



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

RENATA FREITAS CRISPIM

***BIS IN IDEM NO PUBLIC ENFORCEMENT CONCORRENCIAL:
QUESTIONAMENTOS À LUZ DO DIREITO ESPANHOL***

Brasília – DF

2017

RENATA FREITAS CRISPIM

***BIS IN IDEM NO PUBLIC ENFORCEMENT CONCORRENCIAL:
QUESTIONAMENTOS À LUZ DO DIREITO ESPANHOL***

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Brasília, 2017

RENATA FREITAS CRISPIM

***BIS IN IDEM NO PUBLIC ENFORCEMENT CONCORRENCIAL:
QUESTIONAMENTOS À LUZ DO DIREITO ESPANHOL***

Banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
Universidade de Brasília – UnB
(Orientador)

Prof. Mestre Eric Hadmann Jasper
Universidade de Brasília - UnB

Dra. Noemy Cabeleira de Araújo Monteiro de Castro Melo
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Dedico este trabalho de conclusão de curso a
Hilda, Roberto e Rafael.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de conclusão de curso encerra uma importante fase. Cursar uma faculdade sempre foi uma meta, um dos principais objetivos de minha vida. Fui ensinada, desde cedo, a lutar pelo conhecimento e a valorizar a educação. Fui criada em um lar no qual uma das principais virtudes é o conhecimento. Na sociedade em que vivemos, o conhecimento acadêmico, expressado por seus títulos de bacharel, mestre ou doutor, torna oficial anos de dedicação aos livros. E, por isso, a realização deste sonho sempre foi um motor que me impulsionou dia a dia.

No entanto, o conhecimento ao qual fui ensinada a perseguir vai além. A sabedoria que os mais experientes possuem surge a partir da vivência, da humildade de aprender com cada pessoa que passa por nossa vida. Muito além dos livros, estes cinco anos no curso de Direito permitiram que eu conhecesse pessoas com as mais diversas culturas, das mais diversas classes sociais, e com os mais diversos tipos de conhecimento. Muito além dos livros, eu aprendi com essas pessoas. E, por tudo isso, sou muito grata.

Agradeço, portanto, primeiramente a meus pais. Seus valores e ensinamentos são exemplos que tento seguir e honrar diariamente. Graças ao amor, dedicação e paciência depositados em mim por toda minha vida, fui capaz de alcançar tantas vitórias somando a elas, agora, a conclusão deste curso.

Em segundo lugar, agradeço aos amigos que fiz nestes anos. Pessoas que iluminaram meus dias, ajudando nos momentos difíceis e compartilhando muitos momentos de alegria. Sou muito grata por ter vivido tantas experiências com essas pessoas incríveis que muito me ensinaram ao longo dos anos.

Por fim, agradeço a todos que passaram no meu caminho. A estas pessoas, devo grande parte de meu aprendizado prático e parte de quem sou. Aos professores, obrigada por transmitirem seu conhecimento teórico e prático sobre o mundo jurídico e a sociedade. A todos com quem tive a honra de trabalhar nos estágios que realizei, obrigada pelos aprendizados e pelo tempo que dedicaram para contribuir com minha formação; obrigada por me mostrarem um profissionalismo preocupado em manter sempre a humanidade e a

humildade. Aos demais colegas de curso, agradeço pelas contribuições ao longo desses anos, em sala de aula ou em ambiente virtual.

Este trabalho encerra uma fase dinâmica e de muitos aprendizados. Ao mesmo tempo, uma nova fase se inicia. Nela, levarei comigo todas as pessoas que contribuíram na minha formação profissional e pessoal. Espero sempre evoluir e honrar o que todos já fizeram por mim. A forma que possuo, no momento, de realizar esse desejo, é expressar nestas poucas palavras toda a minha gratidão. A todos vocês, muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho apresenta reflexão acerca do princípio *non bis in idem* no Direito brasileiro, especificamente no *public enforcement* concorrencial. Questiona-se, a nível teórico, se a indenização civil decorrente de ação civil pública, a multa administrativa e a contribuição pecuniária (requisito do TCC) – todas decorrentes da prática de cartel –, resultam em medidas proporcionais ao ilícito praticado, quando enxergadas em conjunto. A impossibilidade de *bis in idem* – óbvia no Brasil – entre sanções impostas em esferas distintas (civil, administrativa e penal) é questionada à luz do Direito espanhol, que apresenta contraponto à visão segmentada do Direito sancionador brasileiro.

Palavras-chave: *Bis in idem*. *Public enforcement*. Direito concorrencial. Direito espanhol. Multa administrativa. Indenização civil. Contribuição pecuniária.

ABSTRACT

The following dissertation aims to analyse the *non bis in idem* principle in brazilian law, specifically in the public antitrust enforcement. The dissertation questions, theoretically, if the civil compensation, the administrative fine and the pecuniary contribution (requirement for settlement agreement – “TCC”) – all as a result of cartel practice –, are proportional measures to the illicit, when seen together. The impossibility of *bis in idem* between sanctions of different spheres of the law (civil, administrative and criminal) – which is obvious in Brazil -, is questioned according to the spanish law, which presents a counterpoint to the segmented understanding of the brazilian punitive law.

Keywords: *Bis in idem. Public enforcement. Competition law. Spanish law. Administrative fine. Civil compensation. Pecuniary contribution.*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

FDD – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos

CFDD – Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos

TCC – Termo de Compromisso de Cessação de Conduta

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

PL – Projeto de Lei

CDC – Código de Defesa do Consumidor

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico

USP – Universidade de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS.....	14
1.1. ILÍCITO CIVIL E INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA: CARTEL	14
1.2. ESTRUTURA DE PERSECUÇÃO E PUNIÇÃO CONTRA A FORMAÇÃO DE CARTEL: <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i> E <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	15
1.3. FERRAMENTAS DE PERSECUÇÃO: ACORDO DE LENIÊNCIA E TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO ...	18
1.4. FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS - FDD	20
CAPÍTULO 2 – FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DOS VALORES RECOLHIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA INDENIZAÇÃO CIVIL.....	22
2.1. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EXIGIDA COMO REQUISITO DO TCC	22
2.2. NATUREZA JURÍDICA DA MULTA ADMINISTRATIVA	26
2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL E NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO CIVIL	27
CAPÍTULO 3 – PROIBIÇÃO AO <i>BIS IN IDEM</i> E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO	31
3.1. <i>BIS IN IDEM</i>	31
3.2. PUNITIVE DAMAGES	32
3.2.1. <i>PL N. 283/2016 DO SENADO FEDERAL – INDENIZAÇÃO EM DOBRO</i>	34
3.3. ASPECTOS ECONÔMICOS DO <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i>	36
CAPÍTULO 4 – <i>BIS IN IDEM</i> NO DIREITO SANCIONADOR E A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA	38
4.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO AO <i>BIS IN IDEM</i>	39
4.2. PROIBIÇÃO AO <i>BIS IN IDEM</i> E O DIREITO BRASILEIRO	40
4.3. O “MITO” DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS	44
4.4. COORDENAÇÃO ENTRE ESFERAS PUNITIVAS E A <i>PRÁXIS</i> ESPANHOLA.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Neste estudo, busca-se refletir acerca de um dos princípios basilares do Direito: o *non bis in idem*. A mais fundamental noção de Justiça se baseia na proporcionalidade entre as ações (ato ilícito e sanção), de modo que uma resposta desproporcional (por parte do Estado) contra uma infração ao ordenamento jurídico afeta a confiança, legitimidade e segurança conferidos pela sociedade para o Estado.

O recorte temático aqui realizado restringe a reflexão ao âmbito do Direito Concorrencial, especificamente às respostas jurídicas dadas pelas esferas administrativa e civil contra a prática de cartel. Em outras palavras, será discutida a possibilidade de haver *bis in idem* entre os valores recolhidos pela Administração Pública e pelo Judiciário quando da ocorrência de cartel.

A referida reflexão tem como base a movimentação das autoridades brasileiras no sentido de incentivar ações civis de indenização por danos decorrentes de ilícitos concorrenciais. Soma-se a isto, a destinação dos valores analisados neste estudo¹. A contribuição pecuniária, a multa administrativa e a indenização civil são destinadas ao mesmo fundo: o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Estes fatos levantaram questionamento acerca da possibilidade de abatimento entre os valores citados para evitar uma penalização superdimensionada. A partir dessa questão, chegou-se ao princípio do *non bis in idem*, e sua relevância dentro do Direito impulsionou o desenvolvimento desta monografia de conclusão de curso.

Com a proposta de abordar o princípio do *non bis in idem* no Direito Sancionador brasileiro utilizando, para tanto, o contexto do Direito Concorrencial, o trabalho será dividido em três momentos. No primeiro, serão abordados os principais termos e conceitos utilizados no estudo. Este momento, de caráter explicativo, foi pensado para contextualizar o leitor e definir o recorte temático.

O segundo momento discorre sobre o entendimento brasileiro acerca das questões propostas para reflexão. Serão apresentados o *bis in idem* e os *punitive damages*, além da

¹ Serão analisados a (i) contribuição pecuniária recolhida pelo CADE como requisito do Termo de Compromisso de Cessação – TCC; (ii) a multa administrativa imputada pelo CADE; e (iii) indenização civil decorrente de ação civil pública por dano concorrencial. Todos os valores derivam da prática de cartel.

² “Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por

Proposta de Lei do Senado Federal que visa incentivar o ajuizamento de ações civis por danos concorrenciais, adaptando a prática dos *treble damages* utilizada nos Estados Unidos, e conferindo para a indenização por danos concorrenciais as finalidades preventiva e sancionatória.

Por fim, como contraponto ao entendimento consolidado no Brasil acerca da impossibilidade de ocorrer *bis in idem* em processos que tramitam em esferas distintas do Poder (esfera administrativa e Poder Judiciário), será apresentada a Tese de Doutorado de Fábio Brun Goldschmidt, defendida na Universidade de Salamanca, Espanha.

Para a melhor compreensão do estudo, é importante destacar que o combate à formação de carteis, considerada a infração mais grave à concorrência, ocorre na esfera administrativa (identificação e julgamento pelo CADE), na esfera penal (ajuizamento de ação penal pelo Ministério Público) e na esfera civil (ajuizamento de ação civil privada ou ação civil pública para ressarcimento dos danos). O combate ao ilícito em âmbito administrativo, penal e civil (ação civil pública) configura o *public enforcement* enquanto o combate em âmbito civil, referente às ações civis privadas, configura o *private enforcement*.

Quanto à ocorrência do *bis in idem* entre esferas distintas do Poder (Poder Administrativo e Poder Judiciário), o jurista brasileiro entende de maneira automática e indubitável pela sua impossibilidade. Ou seja, o Direito brasileiro firmou por meio da sua jurisprudência e doutrina sobre o tema que não existe dupla sanção sobre o mesmo fato quando as sanções ocorrem em esferas distintas (esfera administrativa, civil e penal). No entanto, este entendimento, tão solidificado no Brasil, encontra divergência na jurisdição Espanhola.

O entendimento Espanhol acerca do tema proporciona o aprofundamento no estudo deste princípio, fundamental para a segurança jurídica e legitimidade do Estado para sancionar atos contrários ao ordenamento jurídico. Acrescentando à discussão o ponto de vista sob o qual sanções aplicadas por esferas distintas configuram *bis in idem*, o último capítulo apresenta-se com a missão de questionar o entendimento brasileiro e apontar para a importância de construir, no dia a dia, um sistema jurídico unificado e preocupado com a proporcionalidade de suas ações.

Por fim, o estudo busca questionar, a nível teórico, se o ajuizamento de ações civis por danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, somados à multa administrativa ou à

contribuição pecuniária (requisito do TCC), resultam em medidas proporcionais ao ilícito praticado ou se existe a possibilidade de superdimensionamento das sanções, quando enxergadas em conjunto.

Importante ressaltar que não é intuito deste estudo apresentar respostas completas, vez que a matéria possui amplo espectro de conteúdo e é de grande complexidade. Não seria possível, no presente momento e no âmbito deste trabalho, abordar todos os aspectos relacionados ao tema de maneira completamente satisfatória. Por esta razão, propõe-se iniciar a reflexão acerca do tema, trazendo posicionamentos pontuais sobre questões relevantes, mas sem a pretensão de esgotar todas as questões apresentadas.

CAPÍTULO 1 – CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

O presente capítulo destina-se à contextualização geral a partir da introdução de termos e institutos que serão abordados no decorrer de todo o trabalho. Para garantir o desenvolvimento linear do raciocínio e argumentações apresentadas, decidiu-se iniciar o estudo a partir de termos relevantes para este estudo, quais sejam: cartel, *public enforcement*, *private enforcement*, acordo de leniência, termo de compromisso de cessação e Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Outros termos e institutos essenciais como a ação civil pública e a indenização punitiva serão abordados no decorrer dos capítulos seguintes.

1.1. ILÍCITO CIVIL E INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA: CARTEL

Em termos práticos, o cartel é caracterizado pela limitação à concorrência devido à dominação de mercado, fixação de preços de maneira artificial, imposição artificial de barreiras de entrada no mercado, entre outras condutas previstas em lei².

Segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o cartel é a principal infração à ordem econômica³. A prática dessa conduta é considerada crime, segundo o art. 4º da Lei nº. 8.137 de 1990, punível com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa - dispositivo alterado pela Lei nº. 12.529 de 2011. Esta última lei, por sua vez, de acordo com seu artigo 1º, 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. A prática de cartel como ilícito administrativo e civil está prevista no art. 36 da referida lei, chamada de Lei de Defesa da Concorrência.

² “Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros”. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> . Acesso em 24/03/2017

³ “[...] essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica.” Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> . Acesso em 24/03/2017.

A análise do conjunto de impactos econômicos e de violação de direitos e princípios jurídicos permite visualizar sua dimensão negativa para o mercado e consumidores. Segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, mercados competitivos são mecanismos vitais para a geração de riqueza e redução da pobreza⁴. Ao quantificar este entendimento, estimativas da OCDE concluem que “os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço praticado em um mercado competitivo”⁵, que resulta em perda de poder aquisitivo da população, prejudicando principalmente as classes com pouco poder econômico.

Outro efeito da prática de cartel é a eventual ineficiência do mercado, com estagnação do desenvolvimento tecnológico dos produtos⁶. Em um mercado competitivo, as empresas estruturam sua produção visando o maior lucro possível. Este objetivo pressupõe o aprimoramento constante do produto para manter o consumo e o lucro. Ao limitar a competitividade, retira-se o elemento de estímulo para inovação tecnológica, pois a necessidade de atrair o consumo é substituída, por exemplo, pela divisão de mercados ou fixação de preços.

As consequências econômicas e éticas para o mercado e sociedade deixam claro que o cartel é, de fato, uma infração extremamente grave que merece ser fortemente punida. Para cumprir esta finalidade, são usados dois sistemas que passarão a ser descritos: o *public enforcement* e o *private enforcement*.

1.2. ESTRUTURA DE PERSECUÇÃO E PUNIÇÃO CONTRA A FORMAÇÃO DE CARTEL: *PUBLIC ENFORCEMENT* E *PRIVATE ENFORCEMENT*

⁴ “Competitive markets are vital mechanisms for the creation of wealth and the reduction of poverty”. P. 82. OCDE. Policy roundtables: competition and poverty reduction. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/competition-and-poverty-reduction.htm>

⁵ Trecho retirado de <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em 24/03/2017

⁶ “Quanto ao desinvestimento nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, o incentivo à inovação e à diminuição dos custos de produção é muito menor no ambiente cartelizado, pois mesmo que o agente econômico continue vendendo produtos tecnologicamente menos avançados ou não lance nenhum produto novo no mercado, continuará vendendo produtos para aqueles clientes que lhe foram alocados. Pode até mesmo fazer parte do acordo a restrição a tais investimentos, para que todos os participantes do cartel se mantenham no mesmo nível tecnológico.

Nesse caso, o mercado não só perde com a falta de inovação e do progresso tecnológico como também pela manutenção dos preços em patamares mais elevados do que poderia ser”. MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Diss. Universidade de São Paulo, 2010. p. 96-100

Uma tradução possível dos termos analisados neste tópico seria “persecução pública” e “persecução privada”, respectivamente. No entanto, por uma questão de preciosismo, optou-se por utilizar as expressões na língua inglesa durante este trabalho.

Simplificadamente, o *private enforcement* caracteriza-se pelo ajuizamento de ações civis privadas de indenização por dano decorrente da prática de cartel. Trata-se, portanto, do combate em âmbito privado a este tipo de conduta. O Brasil, apesar de prever a possibilidade do ajuizamento de ações de indenização por dano concorrencial⁷, não possui um número significativo desse tipo de demanda como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde o *private enforcement* representa o maior desestímulo à formação de cartel⁸.

Observa-se uma tendência mundial crescente de esforço político no sentido de incentivar o *private enforcement*. Nesse sentido podem ser citados os esforços realizados nos últimos anos pela União Europeia⁹ para incentivar o ajuizamento de ações civis privadas de danos concorrenciais e os esforços recentes do Brasil¹⁰ no mesmo sentido. Nos dois casos citados os Estados Unidos são usados como exemplo de sucesso por apresentar a ação civil privada de indenização como forte fator de desestímulo.

No Brasil, quanto às ações civis de indenização, o sujeito ativo determinará o tipo de ação ajuizada. Caso o requerente seja pessoa jurídica de direito privado, deverá ser

⁷ Lei n. 12.529 de 2011, Art. 47 - Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

⁸ “Ocorre que, em que pese o número de ARDC estar crescendo, o enforcement privado no Brasil ainda é incipiente. Estudo indica que, até 2011, pouco mais de vinte ARDC haviam sido ajuizadas no País. Outro estudo de 2015 aponta um crescimento de 450% no número de acórdãos proferidos no bojo de tais ações entre os anos de 2009/2011 (quatro acórdãos) e 2012/2014 (22 acórdãos)”. Trecho retirado da Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. ARDC – Ação de Ressarcimento de Dano Concorrencial.

⁹ “White Paper” - DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

“A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que sofram tais danos.” Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

¹⁰ Consulta Pública nº. 5 de 2016. “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade submeteu à consulta pública nesta quarta-feira (07/12) uma minuta de nova resolução que apresenta dispositivos de fomento à reparação de danos concorrenciais no Brasil, ao mesmo tempo em que regulamenta os procedimentos no órgão para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, de Termos de Compromisso de Cessação – TCCs e de operações de busca e apreensão no âmbito do Cade.”

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>

ajuizada ação civil privada de indenização por danos concorrenciais. Caso o requerente seja um dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347 de 1985, deverá ser ajuizada ação civil pública para ressarcimento de danos coletivos ou difusos. Esta lei disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, por infração à ordem econômica, entre outras hipóteses¹¹. Seu artigo n. 13 determina que:

Art. 13 Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

O fundo do qual trata o art. 13 foi regulamentado em 1994 pelo Decreto n. 1.306, recebendo o nome de Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD. Este trabalho abordará exclusivamente a ação civil pública, pois o montante adquirido em sede de indenização nesta ação específica é destinado ao FDD. Como será visto, os valores recolhidos pela administração pública em sede de contribuição pecuniária e multa administrativa também são destinados ao FDD, que por sua vez possui como finalidade essencial reparar os danos sofridos pela sociedade em decorrência da violação ao direito difuso da livre concorrência. A congruência da finalidade dos valores destinados ao FDD é a base para o desenvolvimento deste estudo.

¹¹ Lei n. 7.347 de 1985, Art. 1º: Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII – ao patrimônio público e social.

Art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por tratar-se de ação para reparação de danos coletivos, ajuizada por representante da sociedade ou de determinada coletividade, sempre com a finalidade de proteção dos direitos coletivos transindividuais, a ação civil pública integra o *public enforcement*.

Este, por sua vez, corresponde ao sistema que dispõe o Governo, para identificar, processar e punir os cartéis. Esse sistema inclui os órgãos administrativos (CADE) e judiciais (ação penal e ação civil pública contra a prática ilícita).

Além da estrutura disponível pela União, o *public enforcement* conta com políticas de incentivo à detecção de cartéis como os Acordos de Leniência e Acordos de Termo de Compromisso Cessação – TCC. Estas políticas possuem especial importância pois o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação são, atualmente, uma das principais ferramentas para detecção desse ilícito no Brasil.

1.3. FERRAMENTAS DE PERSECUÇÃO: ACORDO DE LENIÊNCIA E TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

O acordo de leniência tem se consolidado como mecanismo fundamental na persecução de cartéis, devido à precisão e celeridade na obtenção de informações. Trata-se de benefício concedido ao participante do ilícito que queira contribuir com a autoridade antitruste para identificação e julgamento do conluio.

Na esfera administrativa, pode ser concedida a extinção da ação punitiva ou redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável¹². Na esfera criminal, ocorre a suspensão do prazo prescricional e impedimento de oferecimento de denúncia contra o beneficiário da leniência. Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade dos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica e Lei Geral de Licitações¹³.

A assinatura do acordo de leniência é precedida de três fases, quais sejam o (i) pedido de senha ou “*marker*”; (ii) apresentação de informações e documentos; e (iii) formalização do acordo de leniência¹⁴. A primeira fase consiste em comunicar ao CADE o

¹² Artigo 86, Lei n. 12.529/2011

¹³ Artigo 87, Lei n. 12.529/2011

¹⁴ Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE, Maio/2016, p. 24. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 10/04/2017.

interesse em celebrar acordo de leniência. A Superintendência-Geral do CADE analisa as informações do pedido de senha, respeitando a “ordem de chegada” e o prazo máximo de 5 (cinco) dias para resposta. Apenas o primeiro interessado (que receber resposta positiva) poderá assinar o acordo. Os demais interessados são organizados de acordo com a ordem cronológica de pedido de senha. A ordem gerada na fase de *marker* será mantida para os interessados no Termo de Compromisso de Cessação – TCC, que será abordado adiante.

Após obter o termo de *marker* (resposta positiva), o interessado no acordo, agora proponente, deve submeter, no prazo de 30 (trinta) dias, sua proposta de acordo de forma oral ou escrita. A proposta deve conter: identificação própria e dos outros infratores; detalhamento da infração; área geográfica, produtos e serviços afetados; duração da infração; descrição dos documentos que serão apresentados no acordo de leniência; e informação sobre acordos de leniência firmados em outras jurisdições tendo como objeto o mesmo ilícito¹⁵.

Além das informações obrigatórias, o proponente deve apresentar todos os documentos que considerar relevantes para comprovar a prática do cartel. Nesta categoria, dentre os mais recebidos pelo CADE estão e-mails, correspondências e mensagens de telefones, atas e comprovantes de reunião, extrato telefônico, cartão de visita, edital e ata de julgamento de certame, gravações, planilhas e tabelas, agendas, anotações manuscritas e cadernos¹⁶.

A formalização e assinatura do acordo de leniência ocorrem na terceira fase. Para isso, é chamado a participar do acordo o Ministério Público - conduta realizada pelo CADE que não possui previsão legal, mas está consolidada pela prática. O proponente deve apresentar os documentos físicos e oficiais no ato da assinatura que se realiza na Sede do CADE, do Ministério Público atuante no caso ou em local determinado pelas partes. O beneficiário da leniência deve cooperar com as autoridades sempre que solicitado, bem como reportar ao CADE o conhecimento superveniente de fatos ou documentos relevantes. O cumprimento do acordo, que garante os benefícios citados no início deste tópico, é declarado pelo Tribunal do CADE após julgamento do processo administrativo referente ao cartel investigado¹⁷.

¹⁵ Arts. 201 – 203, Regimento Interno do CADE.

¹⁶ Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE. Maio/2016. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 10/04/2017.

¹⁷ *Ibidem*.

Como anteriormente citado, o acordo de leniência será firmado exclusivamente com aquele que primeiro realizar o pedido de senha e apresentar informações suficientes para convencimento da autoridade antitruste. Aos demais, resta o Termo de Compromisso de Cessação – TCC, com benefícios que se restringem à esfera administrativa.

O TCC possui entre seus requisitos o (i) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos¹⁸; (ii) reconhecimento de participação na conduta investigada¹⁹; (iii) colaboração com a instrução processual nos termos do artigo 226 do Regimento Interno do CADE; (iv) o proponente deve se obrigar a não praticar a conduta investigada²⁰; (v) aplicação de multa para o caso de descumprimento do compromisso²¹. Assim como no acordo de leniência, o TCC é composto de documentos e informações que comprovam a prática do cartel e a participação do beneficiário no ilícito. Estes documentos apresentam informações como a descrição detalhada da conduta investigada contendo a organização hierárquica e a identidade dos envolvidos, e-mails e ligações telefônicas com conteúdo sigiloso.

1.4. FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS - FDD

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD apresenta-se como ponto de convergência entre os valores pecuniários aqui analisados, vez que, como citado anteriormente, todos os valores são destinados a este fundo. Os trechos a seguir foram retirados do sítio eletrônico do Ministério da Justiça e descrevem o FDD:

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD foi criado em 24 de julho de 1985, pela Lei nº 7.347, e trata-se de um Fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, e regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, por meio do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD.

O FDD tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.²²

¹⁸ Art. 85, §1º, III da Lei 12.529/2011, e arts. 227 e 228 do Regimento Interno do CADE.

¹⁹ Art. 225, Regimento Interno do CADE.

²⁰ Art. 85, §1º, I da Lei 12.529/2011.

²¹ Art. 85, §11, Lei 12.529/2011.

²² <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>. Acesso em 16/04/2017.

Como citado pelo texto do Ministério da Justiça, o FDD foi criado pela Lei nº. 7.347/1985, segundo os arts. 13º e 20º:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

A regulamentação prevista pelo art. 20 ocorreu por meio do Decreto Presidencial 1.306 de 1994²³, que apresenta a seguinte ementa: “Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências”.

O FDD é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD, órgão colegiado do Ministério da Justiça. Entre as competências do CFDD está a promoção de atividades e eventos que contribuam para a proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência e de outros interesses difusos e coletivos²⁴. Segundo o Ministério da Justiça, o maior valor arrecadado desde sua criação ocorreu em 2016, atingindo R\$ 775.042.663,00²⁵.

Importante destacar que, segundo o CDC, serão destinados ao FDD as verbas recolhidas apenas pela União. As indenizações destinadas à reparação de lesões contra direito Estadual ou Municipal são destinadas ao respectivo Fundo Estadual de Defesa do Consumidor²⁶. A seguir serão abordadas três formas de arrecadação do FDD: a contribuição pecuniária do TCC, a multa administrativa e a indenização civil oriunda de ação civil pública. Devido ao recorte temático desse trabalho, não serão consideradas outras formas de arrecadação referentes a outras matérias cujos valores também são destinados ao FDD, como a violação a direitos consumeristas ou ambientais.

²³ Decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm. Acesso em 14/06/2017.

²⁴ Art. 6º, Decreto nº. 1.306 de 1994; e art. 3º, Lei nº. 9.008 de 1995.

²⁵ Informação obtida em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>. Acesso em 16/04/2017.

²⁶ Art. 57, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 14/06/2017.

CAPÍTULO 2 – FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DOS VALORES RECOLHIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA INDENIZAÇÃO CIVIL

O ponto de convergência da discussão proposta encontra-se no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - FDD, por tratar-se do local de destinação das (i) verbas recolhidas pelo CADE como requisito do TCC, do valor recolhido como multa administrativa determinada pelo Tribunal do CADE após julgamento de processo administrativo e das (ii) verbas indenizatórias recolhidas após ação civil pública por dano concorrencial.

Esse capítulo confere especial atenção à natureza jurídica dos institutos utilizados para arrecadação do FDD. O *bis in idem*, como será visto, ocorre quando há dupla sanção sobre o mesmo fato. Desse modo, será analisado se os institutos citados possuem natureza sancionatória, capaz de configurar a dupla sanção.

2.1. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EXIGIDA COMO REQUISITO DO TCC

Para firmar o Termo de Compromisso de Cessação – TCC, o interessado deve respeitar alguns requisitos, como demonstrado no tópico 1.3. Em resumo, são requisitos para habilitar-se ao TCC: (i) reconhecimento da participação na conduta investigada, nos casos de cartel; (ii) obrigação de não voltar a praticar a conduta investigada; (iii) outras medidas possíveis, que estimulem e/ou reestabeleçam a concorrência no mercado, ou ainda que reparem os efeitos negativos da conduta²⁷; e (iv) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Esta contribuição deve ser inferior ao valor da multa aplicada pela prática do ilícito, mas não necessariamente inferior ao valor da vantagem auferida por esta mesma prática.

O último requisito, central para esse estudo, possui previsão no art. 85, §1º, III e §2º, da Lei 12.529 de 2011:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de

²⁷ Trecho retirado de <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em 18/04/2017.

conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

[...]

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

O requisito também está previsto no Regimento Interno do CADE, no art. 224, *in verbis*:

Art. 224. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário, que será estabelecido durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529, de 2011.

A fixação do valor a ser recolhido será realizada pela Superintendência-Geral do CADE, respeitando o limite mínimo equivalente ao valor da multa aplicável ao infrator e, no caso de empresa, da vantagem auferida. O CADE deve considerar ainda os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, além do art. 45 da Lei 12.529/2011²⁸, que trata da aplicação de penas previstas na referida lei²⁹.

²⁸ 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;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

²⁹ Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Superintendência-Geral do Cade. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf. Acesso em 18/04/2017.

Para alcançar o valor pecuniário, o CADE adota os seguintes passos: (i) definição da lei aplicável para determinação da penalidade; (ii) cálculo da contribuição pecuniária; (iii) definição da forma de pagamento da contribuição pecuniária³⁰.

A natureza jurídica da contribuição pecuniária poderia ser vista como a mesma da multa administrativa, ou seja, sanção. O caráter sancionatório seria, então, configurado pela forma de fixação do valor. O art. 45 da Lei 12.529/2011 trata exclusivamente das penas aplicadas e, ao ser utilizado oficialmente pelo CADE como parâmetro de fixação³¹, atribuiria à contribuição pecuniária o caráter de pena. Além desse fator, a fixação possui como base de cálculo o valor hipotético da multa aplicada ao final do processo administrativo³², funcionando como adiantamento da multa administrativa nos casos de confissão da conduta.

O benefício auferido pelo compromissário encontra-se no *trade-off* entre uma possível condenação e os custos de defesa durante o processo. Seguindo a lógica de economia processual, a resolução da lide antes mesmo de completar sua investigação gera benefícios tanto para a administração pública quanto para o investigado³³.

Em oposição a esse entendimento, destaca-se importante fator, referente ao devido processo legal. Torna-se insustentável a natureza de penalidade da contribuição pecuniária sem antes haver o procedimento administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa. Não há que se falar em função sancionatória, mesmo porque o compromissário poderia ser inocentado ao final do processo administrativo.

³⁰ Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Superintendência-Geral do Cade. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf. Acesso em 18/04/2017.

³¹ Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Superintendência-Geral do Cade, p. 23. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf. Acesso em 18/04/2017

³² Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Superintendência-Geral do Cade, p. 21-22. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf. Acesso em 18/04/2017

³³ “Note-se que há um ganho claro para as partes envolvidas, seja a autoridade pública ou as empresas acusadas, por encerrar-se o processo. Este ganho é o de evitar os custos envolvidos na continuidade do processo administrativo e no seu eventual prosseguimento no Poder Judiciário. Custos esses financeiros e reputacionais. (...) Todavia, a condenação da empresa não é certa. Existe uma probabilidade (subjéctiva) que pode ser atribuída a tal evento. Desse modo, o custo final deve ser estimado, considerando-se a magnitude da multa prospectiva (ignoramos aqui eventual sanção penal, como as provenientes de cartel) e a probabilidade de concretizar-se em função da condenação”. TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência / Roberto Domingos Taufick. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 376 e 377.

Além deste fator, a contribuição pecuniária é condição para o exercício de um direito (direito de firmar o TCC), possuindo caráter consensual e facultativo. Caso a contribuição pecuniária tivesse natureza sancionatória, tais características não seriam notadas.

Por não possuir natureza jurídica sancionatória, parte da doutrina classifica a contribuição pecuniária como de natureza jurídica tributária. O Professor do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo – USP, Heleno Taveira Torres, justifica da seguinte maneira a classificação como de natureza tributária:

Nessa hipótese, o pagamento de contribuição pecuniária ao FDD é legitimamente justificado, como condição inafastável para a aprovação de Termo de Compromisso de Cessão (TCC) pelo CADE, a revelar sua natureza de pagamento compulsório, obrigatório, mas em hipótese na qual o interessado pretenda pactuar um TCC, de modo espontâneo e consensual.

Diante disso, a contribuição pecuniária em tela não se confirma como sanção por ato ilícito, mas sim como condição para o exercício de um direito, uma obrigação legal, um verdadeiro pressuposto para a aprovação do TCC — mediante controle da atuação no mercado pelo CADE, em lícito exercício de poder de polícia. A presente matéria coincide com o teor do artigo 78 do CTN, no que concerne aos requisitos de proteção das liberdades concorrenciais, além do mercado nacional, na forma de típico controle regulador.

[...]

Pois bem, os pagamentos de contribuições pecuniárias são feitos em função do poder de polícia do CADE, exercido efetivamente. Traduzem-se em exercício de poder de polícia de forma preventiva. Como diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre os meios de que se utiliza o Estado para o exercício do poder de polícia estão “medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei”. Não há dúvidas sobre a competência fiscalizatória da administração, no exercício de poder de polícia. Isto se dá diretamente pelo CADE e em seguida pelo pagamento de “taxa”, na forma de contribuição pecuniária e não como espécie de “multa” ou de “indenização” — na medida em que ainda não se verifica caracterizada a existência de “ilícito”, que assim a permita qualificar.

A natureza jurídica desta contribuição pecuniária é tributária, pois atende à descrição do artigo 3.º do CTN, como “tributo”. Trata-se de exigência com base legal previamente estabelecida (a), não se constitui em sanção a ato ilícito (b), reveste-se de prestação pecuniária compulsória, com limites mínimo e máximo definidos por lei (c), e como será devida ao FDD de forma compulsória, após a assinatura do TCC (d), será cobrada mediante atividade vinculada (e), até porque poderá ser exigida mediante típica “dívida ativa” federal.

[...]

Aplicados esses pressupostos ao tema sob exame, confirma-se que a contribuição pecuniária é verdadeira taxa, decorrente do exercício do poder de polícia pelo CADE, órgão responsável pela aprovação do TCC, como forma de controle e não de atividade sancionatória, como pode ocorrer com a multa aplicada ao final do processo. A taxa decorre do ato administrativo da aprovação do TCC. E aqui está o seu fato jurídico tributário. Deste emanará a prestação pecuniária e compulsória: ou seja, do fato de o interessado obter TCC aprovado pelo CADE, em virtude do

exercício de poder de polícia individualizado, este se vê obrigado ao pagamento da respectiva taxa.³⁴

Apresentadas as características da contribuição pecuniária prevista pelo art. 85, §1º, III e §2º, da Lei 12.529/2011 e art. 224 do Regimento Interno do CADE, conclui-se que sua natureza jurídica é tributária.

2.2. NATUREZA JURÍDICA DA MULTA ADMINISTRATIVA

A multa administrativa possui natureza jurídica sancionatória. No entanto, para dar continuidade ao raciocínio, retomemos o entendimento acerca da natureza jurídica da contribuição pecuniária, usando as palavras de Marçal Justen Filho:

O exercício do poder de polícia pode acarretar custos para a Administração Pública. A CF/88 determinou que, verificados determinados pressupostos, tais custos poderão autorizar a instituição de tributo. O art. 145 fixou que os entes políticos poderão instituir 'taxas, em razão do exercício do poder de polícia'. O Código Tributário Nacional veiculou as normas destinadas a regulamentar a matéria.³⁵

O ilustre doutrinador apresenta em seu livro a diferença entre poder de polícia e sancionamento administrativo:

A atribuição da competência de poder de polícia não se vincula à prática de ato ilícito de um particular. Ou seja, o poder de polícia não tem natureza sancionatória. Muito pelo contrário, o poder de polícia apresenta cunho preventivo, sendo orientado a prevenir uma lesão a direitos e a valores tutelados juridicamente.

Mas o poder de polícia também se traduz na implementação de providências materiais destinadas a evitar a consumação da irregularidade ou a continuidade de situação antijurídica³⁶

Diferentemente da contribuição pecuniária, comprovadamente de natureza tributária, a multa administrativa apresenta natureza jurídica de pena/sanção. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração.

[...]

³⁴ Tributos são meios constitucionais válidos de intervencionismo econômico. Por Heleno Taveira Torres. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-30/tributos-sao-meios-constitucionais-validos-intervencionismo-economico>

³⁵ Curso de Direito Administrativo / Marçal Justen Filho. 6. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 583

³⁶ Curso de Direito Administrativo / Marçal Justen Filho. 6. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 587

Sendo muito variadas as relações de Direito Administrativo, são também muito variadas as modalidades de sanção. Assim, existem: a) advertência; b) sanções pecuniárias – isto é, multas; c) interdição de local ou estabelecimento – como o fechamento de uma fábrica por poluir águas [...] ³⁷.

Ainda sobre a matéria, no que se refere às multas, o autor explica que:

Por serem a modalidade sancionadora mais comum, as *multas* merecem referência especial. Todas as sanções – e, portanto, também as multas – cumprem uma função intimidadora e exemplar; mas, entre elas, podem ser discernidas (a) as que se limitam a cumprir esta finalidade; as que, (b) além disto, visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou – são as multas ressarcitórias, reparatorias ou compensatórias -, bem como aquelas (c) de caráter cominatório, que, visando a compelir o administrado a uma atuação positiva, se renovam automática e continuamente até a satisfação da pretensão administrativa. ³⁸

A multa, prevista nos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/2011, é fixada após o julgamento do processo administrativo julgado pelo Tribunal do CADE, respeitados o contraditório e a ampla defesa.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL E NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO CIVIL

Para fins deste trabalho, o *bis in idem* entre os valores recolhidos pelo CADE e a indenização civil concorrencial será tratado em uma realidade que envolva a ação civil pública de reparação de danos. Isto, em razão da destinação dada à indenização civil derivada deste tipo de ação. Quando recolhidas, tanto a indenização civil, quando a multa administrativa e a contribuição pecuniária são destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD.

A ação civil pública deve ser ajuizada pelos legitimados ativos constantes no rol do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Ministério Público, Defensoria Pública, etc), a fim de reclamar direitos difusos, ou seja, direitos transindividuais e indivisíveis, relativos a uma coletividade indeterminada que esteja interligada por uma situação de fato. Devido ao caráter de

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. p. 855.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. p. 870.

indivisibilidade, a reparação é feita por meio de projetos desenvolvidos pela sociedade, com finalidades específicas e custeados pelo FDD³⁹.

Como dito anteriormente, para discutir a possibilidade de *bis in idem* entre os valores, é importante compreender a natureza jurídica dos institutos envolvidos. Já foram abordadas a contribuição pecuniária e a multa administrativa. Passa-se então para a indenização civil.

Diferentemente da multa administrativa de natureza sancionatória, ou da contribuição pecuniária de natureza tributária, a indenização civil tem natureza primordialmente compensatória, visando reparar em pecúnia um dano gerado por ato ilícito. Segundo ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil nasce como dever jurídico sucessivo de reparar um dano causado pela violação a dever jurídico originário (ato ilícito)⁴⁰. Disso, resulta que apenas há responsabilidade civil onde houver violação a dever jurídico (ato ilícito), dano e o respectivo nexa causal.

A responsabilidade civil divide-se ainda em subjetiva e objetiva. Na responsabilidade subjetiva, deve estar presente o elemento ‘vontade’ do agente. Em outras palavras, o agente da conduta ilícita responde civilmente apenas se agir com dolo ou culpa. Por outro lado, na responsabilidade objetiva a vontade do agente não possui relevância. Aplica-se, aqui, a teoria do risco. Ou seja, os atos praticados pelo agente possuem um risco, uma probabilidade de dano que deve ser assumida para que, na ocorrência de eventual dano o agente seja responsabilizado independentemente de sua vontade subjetiva (culpa)⁴¹.

No caso de indenização civil por danos concorrenciais, o CADE apresenta posicionamento que considera a responsabilidade como objetiva. Desse modo, o dano é presumido, bastando que seja comprovada a prática do ilícito concorrencial. Geralmente, essa comprovação ocorre por meio do processo administrativo de competência do CADE. Não

³⁹ Em 2015, o Edital de Chamamento Público CFDD nº 1/2015 teve como chamadas a projetos: I - Promoção da recuperação, conservação e preservação do meio ambiente; II - Proteção e defesa do consumidor; III - Proteção e defesa da concorrência; IV - Patrimônio cultural brasileiro; e V - Outros direitos difusos e coletivos.

⁴⁰ “Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”

Programa de Responsabilidade Civil. FILHO, Sergio Cavalieri. 8. Ed., 2. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2008. p 2.

⁴¹ *Ibidem*.

obstante, o judiciário também é competente para julgar, no mérito, a existência de ilícitos concorrenciais⁴².

Em contraposição, o ex-conselheiro do CADE, Mauro Grinberg, apresenta posicionamento distinto, onde considera a responsabilidade concorrencial como subjetiva.

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 subjetiva⁴³.

Para efeitos de estudo, serão consideradas as duas possibilidades, pois cada qual direciona o raciocínio a caminhos distintos – se objetiva, não se pode falar em função punitiva da indenização (*punitive damages*); se subjetiva, torna-se possível interpretar a indenização civil segundo a ótica da indenização punitiva. Ao fim, independente do entendimento sobre a responsabilidade civil (se objetiva ou subjetiva), o Direito brasileiro não reconhece o *bis in idem* entre os valores destinados ao FDD por tratar-se de decisões tomadas em esferas distintas do Poder (Poder Administrativo e Poder Judiciário), em âmbitos distintos de competência (Direito civil e administrativo), e por inexistir previsão legal que reconheça o *bis in idem*. Estes pontos serão aprofundados nos próximos capítulos.

No entanto, para desenvolver a discussão acerca do *bis in idem* no Direito sancionador, será utilizado o entendimento de Mauro Grinberg, segundo o qual a responsabilidade civil concorrencial é subjetiva. A partir desse ponto será desenvolvida a noção de indenização punitiva e, com ela, a reflexão acerca do *bis in idem* no Direito sancionador brasileiro.

⁴² REsp 1.181.643/RS – Voto do Min. Relator Herman Benjamin.

⁴³ Disponível em <http://gcalaw.com.br/publicacoes/responsabilidade-concorrencial-objetiva-ou-subjetiva/>

Por fim, destaca-se que a quantificação do dano concorrencial adentra discussão extremamente rica e complexa que não será aprofundada por não ser essencial para o entendimento do recorte temático deste trabalho. Basta a compreensão de que os danos concorrenciais são coletivos. Por tratar-se de violação a direito difuso (transindividual e indivisível), o dano atinge uma coletividade indeterminada. Por esta razão, a indenização civil oriunda de ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/1985, será destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos que, como visto anteriormente, redireciona os valores arrecadados para projetos e medidas relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado⁴⁴. A partir dessa sistemática garante-se a restituição e indenização referentes às perdas e danos sofridos pela sociedade.

⁴⁴ Art. 6º, VI e art. 7º, Decreto 1.306 de 9 de novembro de 1994; e art. 1º, §3º, Lei n. 9.008 de 21 de março de 1995.

CAPÍTULO 3 – PROIBIÇÃO AO *BIS IN IDEM* E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

O conteúdo apresentado neste trabalho destina-se à análise da possibilidade de *bis in idem* entre os valores recolhidos pela Administração Pública (CADE) em sede de multa administrativa e contribuição pecuniária e valores recolhidos pelo Poder Judiciário em sede de indenização civil decorrente de ação civil pública, ambos referentes a ilícitos concorrenciais.

O Capítulo 2 demonstrou que os valores destinados ao FDD possuem natureza jurídica distintas. Para o Direito brasileiro, mesmo que o FDD possua uma finalidade específica (reparar a sociedade), a origem dos valores a ele destinados é distinta. Desse modo, torna-se difícil afirmar que os valores constituem dupla sanção. Ainda sobre a origem e finalidade dos valores recolhidos, entende-se que apenas a multa administrativa possui caráter sancionatório.

No entanto, uma análise crítica sobre a indenização civil e o cenário brasileiro de combate a ilícitos concorrenciais orienta à teoria norte americana dos *punitive damages*. Em linhas gerais, a teoria dos *punitive damages* dita que a indenização civil pode ter caráter preventivo e punitivo, fato que sustentaria o entendimento de *bis in idem* (sanção administrativa e sanção civil). Desse modo, passa-se a discorrer acerca do *bis in idem* e dos *punitive damages* no Direito Brasileiro.

3.1. BIS IN IDEM

O princípio do *non bis in idem*, utilizado principalmente pelo direito penal, determina que o mesmo fato jurídico (com as mesmas partes) não seja duplamente sancionado. Em outras palavras, este princípio impede a dupla sanção – *non* (não) *bis* (repetição) *in idem* (sobre o mesmo)⁴⁵.

⁴⁵ “Tampouco é possível punir-se, mais de uma vez, uma mesma conduta por um mesmo fundamento jurídico, sob pena de violação ao princípio *ne bis in idem*

[...]

Trata-se de proibição que resulta diretamente dos princípios da proporcionalidade e legalidade, a obstar a dupla valoração e punição do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico. Consequentemente, é vedada a multiplicidade de penas para o mesmo sujeito, por uma mesma ação, se tiverem um mesmo fundamento”.
QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 12. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 86-87.

O Direito brasileiro não reconhece a existência de *bis in idem* entre os valores analisados neste trabalho, vez que a contribuição pecuniária e a multa administrativa são aplicadas na esfera administrativa, enquanto a indenização civil é aplicada na esfera civil. A origem dos valores em Poderes distintos (Poder Administrativo e Poder Judiciário) impossibilita a ocorrência de *bis in idem* segundo jurisprudência e doutrina nacionais⁴⁶.

Além desse fator, os valores recolhidos possuem a mesma finalidade reparatória, representada pelo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. No entanto, como visto anteriormente, suas naturezas jurídicas são distintas. A contribuição pecuniária possui natureza tributária, a multa administrativa possui natureza sancionatória e a indenização civil possui natureza compensatória. Este fator também exclui o *bis in idem*.

O tópico a seguir, aborda o caráter sancionatório da indenização civil, quando vista pela ótica dos *punitive damages*. Entendida como sanção civil, a indenização passa a ter a mesma natureza jurídica da multa administrativa. Partindo desse entendimento (indenização civil com caráter sancionatório), passa-se à discussão sobre o *bis in idem* entre a multa administrativa e a indenização punitiva com base no Direito espanhol (capítulo 4).

3.2. PUNITIVE DAMAGES

A natureza jurídica da indenização civil é, a princípio, reparatória e compensatória. No entanto, parte da legislação estrangeira confere à responsabilidade civil, além destas funções, a função de sanção ou penalidade. Os “*punitive damages*”, serão traduzidos nesse trabalho como “indenização punitiva”⁴⁷.

A compreensão de que a indenização civil possui caráter sancionatório aponta para a possibilidade de ocorrência do *bis in idem*, pois acaba mitigando a distinção entre as naturezas jurídicas dos institutos em questão (multa e indenização). Somando a função reparatória e a função punitiva, presentes em ambos, torna-se plausível o argumento de dupla sanção. Para compreender melhor este raciocínio, passamos a analisar os *punitive damages*.

⁴⁶ “Não há *bis in idem*, porém, em princípio, quando o fato é punível simultânea ou sucessivamente em âmbitos jurídicos distintos, visto que diversa é a fundamentação jurídica. Assim, por exemplo, o peculato (CP, art. 312) é legitimamente punível civil, administrativa e penalmente (respectivamente, reparação do dano, perda do cargo e prisão)”. QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 12. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 87.

⁴⁷ SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2011.

Essa corrente doutrinária teve origem na Inglaterra do século XVIII, a partir do caso *Wilkes x Wood*, no qual o júri popular estabeleceu uma indenização punitiva em decorrência da gravidade da conduta. O desenvolvimento dos *punitive damages* teve como principal território os Estados Unidos da América, com casos emblemáticos e indenizações milionárias⁴⁸.

Os *punitive damages* são uma espécie do gênero dano moral. Neste, não é possível quantificar o dano sofrido, por tratar-se de violação a direitos de personalidade, com ânimo moral. Os danos materiais, por outro lado, podem ser quantificados na maioria dos casos pois tratam de dano patrimonial, bastando a comparação entre o momento anterior e posterior ao dano para determinar o valor do prejuízo.

A impossibilidade de quantificação do dano moral confere-lhe caráter compensatório, enquanto o dano material possui caráter ressarcitório. No entanto, como julgado pelo júri inglês no caso *Wilkes x Wood*, a mera compensação pode ser insuficiente frente a gravidade da conduta. Torna-se necessária a majoração da indenização com a finalidade de desestimular a ocorrência daquela conduta em situações futuras e penalizar o infrator. Desse modo, os *punitive damages* possuem como base o binômio “punição-prevenção”⁴⁹.

O Brasil possui acentuada discussão acerca da aplicação dos *punitive damages*. Atualmente, entende-se que a indenização por danos morais possui caráter compensatório e, acessoriamente, caráter pedagógico. Este entendimento encontra divergência naqueles que buscam aplicar ao Brasil o raciocínio americano, segundo o qual os danos morais podem possuir como caráter principal a punição e prevenção contra o ilícito⁵⁰.

Até o momento falou-se de *punitive damages*, em sua acepção original, aplicada pelos Estados Unidos e outros países da *Common Law*. No entanto, o movimento atualmente visto no Direito brasileiro aponta para a “importação” dos *punitive damages* de forma particular. No Brasil, como aponta o estudo de Pedro Ricardo e Serpa⁵¹, o entendimento caminha para a aplicação da indenização punitiva que, apesar de manter semelhanças com os *punitive damages*, apresenta-se como uma nova forma da função punitiva da responsabilidade civil.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

Da mesma forma que os danos morais não podem ser objetivamente quantificados, a violação a direitos difusos gera danos que, também, não possuem fórmula objetiva e precisa de quantificação. Em razão de seu caráter coletivo e indivisível, determinar a dimensão dos danos gerados pela violação a direitos difusos torna-se tarefa extremamente complexa.

Além desse fator, os direitos difusos são classificados como transindividuais, ou seja, ultrapassam a materialidade da sociedade e atingem as futuras gerações. Por esta razão, o dano contra direitos difusos pode ser entendido como um dos danos mais graves dentro do direito civil. Sua gravidade justificaria, dentro da lógica das indenizações punitivas, a aplicação prática das funções punitiva e preventiva das indenizações.

A interpretação sob a ótica da indenização punitiva permite concluir que a indenização, assim como a multa administrativa possui função punitiva, visando prevenir novas condutas ilícitas. Concomitantemente, a multa e a indenização possuem caráter reparatório, como visto anteriormente em decorrência da destinação ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

3.2.1. PL N. 283/2016 DO SENADO FEDERAL – INDENIZAÇÃO EM DOBRO

Como visto, a indenização punitiva busca compensar a vítima, punir o infrator e desestimular a ocorrência de novo ilícito. O Brasil não possui previsão legal para a indenização punitiva, o que gera divergência doutrinária acerca da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro⁵².

O STJ apresentou posicionamento contrário à indenização punitiva no REsp n. 1.354.536/SE, que trata de dano ambiental. Nessa ocasião, o Tribunal alegou que, por tratar-se de responsabilidade objetiva, não há que se falar em indenização punitiva. Além desse argumento, afirmou que a indenização punitiva propiciaria *bis in idem*.

⁵² “[...] a indenização punitiva não é uma completa estranha a nosso ordenamento, já se a tendo previsto de maneira expressa no passado e, ante à sua atual e momentânea ausência, apresentado uma série de propostas legislativas para reinseri-la em nosso Direito”. SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2011. p. 346.

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (punitive damages) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o bis in idem (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).⁵³

Por outro lado, encontram-se na doutrina posicionamentos favoráveis à aplicação da indenização punitiva no ordenamento pátrio, como o de Fábio Ulhoa Coelho:

Entendo, portanto, ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável. Se restar provado que o cirurgião foi totalmente displicente, sem a mínima consideração para com o paciente, indiferente aos efeitos de sua desatenta conduta, a indenização não deve limitar-se à compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais da vítima. Cabe acrescentar-lhe uma verba a título de sanção civil, que integrará o crédito da indenização. Este profissional não pode ser tratado de modo igual ao colega que, embora incorrendo em erro médico, havia agido com total apreço pelos direitos do paciente⁵⁴.

Seguindo a linha daqueles que aprovam a indenização punitiva no Direito brasileiro, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n. 283 de 2016. O projeto encontra-se em tramitação no Congresso, aguardando análise pela Comissão de Constituição e Justiça. Este projeto visa alterar a Lei n. 12.529 de 2011 para, entre outras finalidades, instituir o ressarcimento em dobro, ressalvados os réus signatários de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, desde que estes apresentem documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado⁵⁵.

Sua exposição de motivos deixa clara a intenção de conferir à indenização caráter punitivo, inclusive pelo fato de conceder benefício aos infratores que contribuírem com a autoridade da concorrência (o ressarcimento não será em dobro para estes).

[...] a inovação trazida pelo projeto, com o acréscimo do §1º do artigo 47 da Lei n. 12.529/2011, visa instituir uma sanção civil ao agente econômico que por má-fé (naturalmente decorrente da formação do cartel) cobra e recebe quantia indevida do prejudicado. A criação de tal sanção tem função dupla, pois gera um estímulo ao prejudicado para ajuizar a ação civil reparatória do dano, bem como possui caráter de dissuasão à prática de cartel.⁵⁶

Esta inovação, como foi chamada pelo Projeto de Lei, possui origem no Direito norte americano. Nos Estados Unidos, a indenização civil por dano decorrente da formação de

⁵³ Resp 1.354.436/SE

⁵⁴ Trecho retirado de: <https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 01/05/2017.

⁵⁵ Projeto de Lei do Senado Federal nº. 283 de 2016. Autoria Senador Aécio Neves.

⁵⁶ Ibidem.

cartel corresponde ao triplo do valor do dano gerado (*treble damages*), constituindo fator essencial para o desestímulo a esse tipo de infração.

A ampla discussão acerca da indenização punitiva no Direito brasileiro demonstra a complexidade e ambivalência do tema. Podem ser levantados argumentos válidos a favor e contra este tipo de sanção. Observa-se uma tendência legislativa para a sua aplicação e uma tendência do judiciário em afastar a possibilidade de aplicação da penalidade civil aos casos concretos.

De todo modo, o impacto financeiro que as penalidades conferem aos infratores deve ser relevante, por sua própria natureza sancionatória e educativa. A reflexão acerca do *bis in idem* entre os valores aqui estudados aborda o impacto gerado, no que tange à proporcionalidade entre o ilícito e a sanção. Nesse contexto, o item a seguir apresenta algumas considerações sobre o controle de proporcionalidade exercido no *public enforcement* e alguns de seus aspectos econômicos.

3.3. ASPECTOS ECONÔMICOS DO *PUBLIC ENFORCEMENT*

Questão pertinente ao tema diz respeito aos efeitos econômicos que os institutos ora estudados geram. Como visto, tanto a multa administrativa quanto a indenização civil possuem função educativa, funcionando como desestímulo à prática do ilícito concorrencial. A partir desse entendimento, o efeito gerado pela imposição de pagamento desses valores seria positivo, vez que propicia um mercado mais competitivo, eliminando as consequências negativas da prática de cartel, citadas no item 1.1.

A defesa da concorrência realizada pelo SBDC é vista, então, não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para implementação de políticas públicas que visem a promoção de um mercado mais competitivo.

O papel do *enforcement* privado ganha força dentro desse contexto pelo seu potencial impacto financeiro nos agentes infratores. Da mesma forma, o *enforcement* público atua com importante papel no desestímulo das práticas anticoncorrenciais. Este último, concentra a maior parte das políticas públicas brasileiras, apesar dos recentes esforços para desenvolver o

private enforcement no país. A concentração das ferramentas de maior impacto nas mãos do poder público possibilita o controle de eficiência das medidas punitivas e preventivas⁵⁷.

O poder público torna-se capaz de mensurar as medidas cabíveis a cada caso, de modo que torne a relação entre (i) o benefício econômico da infração, (ii) a probabilidade da punição e (iii) o prejuízo econômico da punição, desfavorável ao infrator. Sem o controle das medidas punitivas poderia ser aplicada penalidade excessiva, com potencial negativo para a tomada de decisões dos agentes econômicos a longo prazo⁵⁸.

A importância do controle sobre as medidas antitruste praticadas pelo poder público no âmbito de processos administrativos e ações de indenização civil por danos coletivos, torna essencial a discussão acerca do *bis in idem*. Apesar de consolidado no Direito brasileiro o entendimento de que não é possível a ocorrência da dupla sanção em esferas distintas da jurisdição (esfera administrativa e judiciária), a imposição de multa somada à indenização civil pode culminar em excessiva penalidade. Desse modo, faz jus questionar teoricamente se há ocorrência de *bis in idem*, inclusive em sua acepção mais ampla.

⁵⁷ “cumpre reconhecer que, ao menos em tese, a autoridade administrativa, em julgamento uno da matéria, está muito melhor equipada para garantir a aplicação de uma sanção mais próxima da ideal”. FRANSCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. p. 48

⁵⁸ “Há, portanto, uma fundada preocupação de que a punição exagerada acabe por coibir práticas lícitas e eficientes para o mercado. Daí a necessidade de um justo dimensionamento da multa, de modo a reprimir adequadamente a prática de infrações, sem comprometer as condutas benéficas ao mercado”. FRANSCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. p. 48.

CAPÍTULO 4 – *BIS IN IDEM* NO DIREITO SANCIONADOR E A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA

A questão do *bis in idem* trazida para discussão neste trabalho pode parecer, à primeira vista, óbvia. No entanto, por tratar-se de um princípio do Direito brasileiro extremamente importante e com ampla aplicação nas mais diversas matérias jurídicas, faz jus a uma análise mais detalhada. Para isso, utilizou-se como base o trabalho de GOLDSCHMIDT, que trata da proibição do *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário⁵⁹. Realizando um exercício intelectual de adaptação dos conceitos e conclusões, pretende-se aproveitar a obra do referido autor para alcançar novas conclusões, agora, no âmbito do Direito Concorrencial.

Deste modo, a questão que se põe no desenvolver de todo o trabalho é a seguinte: há *bis in idem* entre os valores recolhidos como (i) contribuição pecuniária requisito do TCC, (ii) a multa administrativa por ilícito concorrencial, e (iii) a indenização civil por dano concorrencial coletivo?

Como dito anteriormente, a princípio, e como uma resposta automática de qualquer jurista brasileiro, diríamos que não existe *bis in idem* por tratar-se de institutos com natureza jurídica distinta e por tratar-se de valores cobrados em esferas distintas de poder (esfera administrativa e poder judiciário). É neste ponto que entra o trabalho de Goldschmidt, com uma visão particular e inovadora para o Direito brasileiro. Em sua obra “Teoria da Proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário”, o autor aponta com maestria a superficialidade que a academia e o judiciário brasileiros conferem ao princípio do *non bis in idem*. Para justificar sua crítica, apresenta a visão Espanhola do instituto. Neste país a proibição ao *bis in idem* possui grande relevância para os Tribunais e é objeto de inúmeras pesquisas acadêmicas, ganhando profundidade e abrangência de conteúdo.

A partir da análise desta obra, baseada na experiência do autor com o Direito Espanhol, busca-se refletir sobre o Direito brasileiro no que tange às sanções aplicadas aos cartelistas. Em momento oportuno, o CADE apresentou ao final do ano de 2016 uma Consulta Pública que possui, como um de seus objetivos, o incentivo ao ajuizamento de ações civis privadas para ressarcimento de danos materiais e morais pela prática de cartel. Do mesmo

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014.

modo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado Federal nº. 283/2016 que possui, entre outras, a mesma finalidade de incentivar as ações privadas por danos materiais e morais decorrentes de ilícitos concorrenciais.

Observando tal contexto, surgiu o questionamento sobre os limites do Estado em penalizar práticas ilícitas, por mais maléficas e prejudiciais que sejam. Até que ponto o Estado pode, reiteradas vezes, e sob vários argumentos, penalizar o infrator?

4.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO AO *BIS IN IDEM*

O conceito central deste trabalho possui origem extremamente remota. A proibição ao *bis in idem* não encontra origem exata, podendo ser identificado em diversos momentos da história do Direito. Desde a Lei das XII Tábuas, passando pelos Discursos Políticos de Demóstenes, o Direito Ático do século IV a.C, ao Digesto de Justiniano. Desde as épocas mais remotas, onde o Direito ainda não era entendido como uma ferramenta de estruturação e organização da sociedade, entendia-se como justo que uma pessoa não sofresse duplamente pelo mesmo fato⁶⁰.

No Direito Romano, vê-se a proibição ao *bis in idem* presente no aforismo latino “*bis de eadem re ne sit actio*” (não há ação repetida sobre a mesma coisa), bem como na fórmula “*bis de eadem re agere non licet*” (não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo). Até esse momento, a proibição ao *bis* possuía natureza processual, impedindo que um sujeito sofresse dois processos sobre o mesmo fato⁶¹.

Na *common law*, a proibição ao *bis in idem* remonta ao reinado de Henrique II, sob o entendimento de proibição ao duplo julgamento (*double jeopardy*) pelos Tribunais da Coroa, contra aqueles sujeitos à jurisdição canônica⁶².

O fim do século XVIII altera a lógica processual transformando o homem de objeto para sujeito, e aproximando cada vez mais o princípio do *non bis in idem* ao Direito Penal. Quanto ao *bis in idem*, altera-se o pilar fundamental do princípio passando da “coisa” (processo) para o “homem” (sanção/condenação). Segundo a Constituição Francesa de 1791,

⁶⁰ Ibidem. p. 1-5.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

“todo o homem absolvido por um júri legalmente constituído, não mais poderá ser julgado ou acusado pelo mesmo fato”. A comparação deste exemplo com as máximas latinas do Direito Romano, torna evidente a alteração de foco da “coisa” para o “homem”⁶³.

No Positivismo, entre os séculos XIX e XX, pregou-se a eliminação da proibição ao *bis in idem* para que as sentenças penais pudessem ser revisadas, em nome da “defesa social”. Após diversos abusos durante a Segunda Guerra Mundial, a proibição ao *bis in idem* retomou força. Com o amadurecimento dos Direitos Fundamentais no século XX, a proibição ao *bis in idem* passou a abranger, além do duplo processo, a dupla punição. A proibição ao duplo processo preocupa-se com a estabilidade jurídica enquanto a proibição à dupla punição preocupa-se com a proporcionalidade e os limites da culpabilidade⁶⁴.

Com a preocupação de garantir a dupla proibição, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, determinou que ninguém pode ser julgado ou punido novamente por infração da qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país⁶⁵.

Diante de todo o apanhado histórico, realizado para a melhor compreensão do princípio em estudo, entende-se essencial a noção de que o sistema jurídico deve ser ordenado, coordenado e harmônico, devendo haver ainda coerência interna para que ninguém seja penalizado em montante desproporcional e irrazoável.

4.2. PROIBIÇÃO AO *BIS IN IDEM* E O DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a proibição ao *bis in idem* possui aplicação extremamente ampla, sendo vastamente utilizado nas mais diversas disciplinas jurídicas. Vemos o termo “*bis in idem*” em

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ “Já a proibição do cúmulo de sanções tem origem na preocupação de não punir o indivíduo com demasiada severidade, por relação à ilicitude do acto cometido, à culpa do seu autor e aos danos por ele causados – ideia de proporcionalidade da punição” RAMOS, Vania Costa. *Ne Bis in Idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009 *apud* GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.

⁶⁵ Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

julgados de Direito Empresarial, Administrativo, Ambiental, Civil, entre outros⁶⁶. Sua principal aplicação, no entanto, ocorre nos processos penais.

Nestes julgados, a proibição assume caráter ora de regra, ora de princípio. Para distinguir entre um e outro, Canotilho apresenta características principais que os diferenciam. Enquanto os princípios possuem elevado grau de abstração, as regras possuem alto grau de determinabilidade na aplicação aos casos concretos. As regras são funcionais, enquanto os princípios são abstratos e ligados à ideia de justiça e/ou direito. Ainda segundo Canotilho, os princípios coexistem entre si, enquanto regras antinômicas excluem-se⁶⁷.

No Direito Internacional a proibição ao *bis in idem* apresenta-se primordialmente como princípio, um valor a ser alcançado e que é normatizado por meio de tratados e pactos internacionais. Por esta razão, Goldschmidt afirma que “Sua força [da proibição ao *bis in idem*] normogenética é inconteste, já que induz a vinculação de Estados Soberanos por sua livre e espontânea vontade de expressar o rechaço à ideia de se exigir duas vezes o mesmo, tanto em busca de segurança, quanto de proporção”⁶⁸.

Para continuar com o desenvolvimento do tema, são transcritas as palavras de Goldshmidt:

Nosso interesse sobre o tema da proibição de *bis in idem* despertou justamente a partir da dúvida em saber se existe um limite à superposição de sanções administrativas no Direito Tributário. Com efeito, ao nos confrontarmos com as Sentenças do Tribunal Constitucional Espanhol e, em especial, com a impressionante orientação segundo a qual a aplicação de uma determinada sanção no âmbito administrativo pode impedir até mesmo a aplicação de uma segunda sanção pelo Poder Judiciário, ainda que se trate – esse segundo processo – de uma ação penal, quedamo-nos vivamente impactados com tamanho prestígio outorgado ao *non bis in idem* na Espanha.

No Direito Sancionador Brasileiro atual, tal posicionamento seria simplesmente impensável. Jamais se cogitou de impedir o processo penal, por ofensa à proibição de *bis in idem*, sob o argumento de que o sujeito passivo já foi sancionado no âmbito administrativo; quanto mais quando a primeira sanção é, v.g., uma sanção pecuniária, uma multa administrativa. No sistema brasileiro, a cumulação de uma, duas ou várias sanções é comum, normalmente “justificada” pela existência de fundamentos legais diversos.

⁶⁶ Em GOLDSCHMIDT (2014), o autor cita, entre outros, os seguintes julgados que abordam a temática do *bis in idem*: RE n. 116.288/PR (Direito Empresarial Falimentar); RE n. 98.763/RJ (Direito Processual Civil); RE n. 80.093/SP (Direito Tributário); RE n. 88.443/RJ (Direito Civil); RMS-AgR n. 23.481/DF (Direito Administrativo).

⁶⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992 *apud* GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014.

⁶⁸ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 41

No Brasil, o âmbito de aplicação atual da proibição de *bis in idem* no Direito Sancionador é praticamente restrito aos casos em que uma mesma autoridade aplica, no plano dos fatos, uma segunda sanção com base no mesmo fato, em um segundo processo instaurado com suporte em um mesmo dispositivo legal. De modo geral, vige a convicção de que a legitimação da superposição de sanções depende, pura e simplesmente, da mera existência de previsão legal específica para cada uma delas⁶⁹.

As palavras acima resumem grande parte da reflexão a qual este trabalho se propõe. O Brasil, apesar de utilizar amplamente o princípio do *non bis in idem* não demonstra profundidade no conhecimento da matéria⁷⁰. Sua aplicação depende de uma simples análise normativa que identifique a existência de dispositivo proibitivo da dupla sanção (nesse caso, aplica-se o princípio *non bis in idem*). Na ausência de dispositivo que proíba a dupla sanção, o jurista brasileiro entende não haver problema na sobreposição de penalidades. Daí a conclusão (óbvia no Brasil) de que a multa administrativa pode coexistir com uma condenação por danos materiais e morais e/ou uma condenação penal (em decorrência do recorte temático deste trabalho não será aprofundada a relação do *bis in idem* no que tange ao processo penal).

No cenário internacional, segundo Goldshmidt (2014), o desenvolvimento do tema levou ao entendimento de que a proibição ao *bis in idem* é um princípio orientador de todo o Direito Punitivo (que se entende como uno), não sendo restrito apenas ao Direito Penal. Dentro de uma visão material, entende-se a proibição como um mecanismo de proteção ao indivíduo e de limite à culpabilidade.

Quanto ao Direito Punitivo, trata-se de um Direito uno, regido pelo princípio de unicidade punitiva. Ou seja, o sistema jurídico deve ser ordenado, de forma que garanta a coesão e proporcionalidade das ações de todo o sistema (e não apenas de partes específicas como o direito penal ou direito administrativo)⁷¹.

Para garantir a proporcionalidade das sanções dentro do Direito Punitivo existe a noção de culpabilidade, que denota o grau de reprovação social dado a determinada conduta ilegal. Ela funciona como limite material da punição. Nesse sentido, a relação de proporção

⁶⁹ Ibidem, p. 298 e 299

⁷⁰ “No Brasil, apenas o Direito Penal dedicou-se, de forma adequada, ao assunto. O Direito Administrativo Sancionador, contudo, talvez por sua incipiência doutrinária, é ainda praticamente silente, e hoje não se encontra objetivamente dotado de um regramento acerca da cumulação de infrações e sanções que imponha limites claros ao poder do Estado e à garantia dos direitos do acusado/infrator”. GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 300

⁷¹ “O *ne bis in idem* pode ser reconduzido a um princípio geral de unicidade da acção punitiva contra a mesma pessoa pelos mesmos factos. Segundo este princípio, a um facto corresponde uma acção punitiva, devendo toda a ordem jurídica punitiva configurar-se de forma a realizar esta ideia. Como tal, o *ne bis in idem* é, na designação utilizada por Alexy a propósito dos princípios, uma ‘exigência de optimização’” – RAMOS, Vania Costa. *Ne Bis in Idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 31-2). GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 306

entre o grau da infração e a intensidade no exercício *jus puniendi* é o que o legitima, ao mesmo tempo em que, se quebrada, descredencia-o, por exceder os termos do mandato outorgado pelo povo para a proteção de sua liberdade⁷².

Até o momento, viu-se que a sanção é parte integrante e fundamental do sistema punitivo e que a legitimidade para sancionar conferida ao Estado depende, inclusive, da relação de proporcionalidade entre a ação e a punição. Passa-se, então, ao desenvolvimento da noção de sanção, atentando para a relação entre a proporcionalidade e o *bis in idem*.

Para configurar sanção, o castigo deve ser algo não prazeroso, decorrer de uma ofensa à ordem jurídica e deve ser aplicado por autoridade competente para tanto. Assim, a sanção imposta pelo Estado legitima-se como um meio para reestabelecer a ordem social e prevenir novos atos ilícitos. No entanto, a busca por uma finalidade socialmente desejável não poderá ser usada como justificativa para uma ação desproporcional do aplicador da sanção. Do mesmo modo, uma sanção imposta por quem não tenha competência para tanto perde sua legitimidade. Tais cuidados com a competência para sancionar, a proporcionalidade, e o meio utilizado na sanção, impedem que o castigo torne-se vingança. A vingança, ao contrário da sanção que reestabelece o equilíbrio entre as relações jurídicas, apenas contribui para uma nova injustiça afetando negativamente a ordem⁷³.

Contra a noção de vingança⁷⁴, Hegel entende a pena como um processo dialético entre ação (delito) e reação (pena). Nesse processo dialético, o crime é a negação ao Direito e

⁷² Ibidem, p. 310

⁷³ “Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito. Observem que a palavra *direito* não contradiz a palavra *força*, mas a primeira é antes uma modificação da segunda, isto é, a modificação mais útil à maioria. E por justiça eu não entendo mais que o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade; todas as penas que ultrapassem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas por sua própria natureza. É necessário evitar associar à palavra justiça a idéia de algo real, como uma força física ou um ser vivo; ela é uma simples maneira de conceber dos homens, que influencia infinitamente a felicidade de cada um; tampouco me refiro àquele tipo de justiça, a que emana de Deus e que tem relações imediatas com as penas e recompensas da vida por vir”. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 43-44.

⁷⁴ “Nesse sentido, é importante retomar a crítica de Hegel às teorias contratualistas tradicionais da pena. Ele critica a teoria preventiva (sendo um exemplo de autor que segue essa linha Beccaria), por ela ser um mero modo de coação e intimidação, na medida em que o objetivo da pena seria apenas prevenir o cometimento de novos crimes. Também critica o posicionamento formalista de Kant, por tratar-se de uma aplicação da lei abstrata, perdendo a referência do direito penal aos componentes éticos.

Isso porque Hegel acredita que o objetivo da pena deve ser reconduzir o infrator aos parâmetros racionais dos quais ele fugiu ou, melhor dizendo, restabelecer o elo ético do criminoso por meio da reconciliação. Nesse sentido, a tarefa última do direito penal seria preservar a ligação do criminoso para com a comunidade, mesmo com aquele que rompeu o laço jurídico. Deve-se, pois, elevar a reconciliação ao patamar de objetivo último do

a pena é a negação à primeira negação (delito). Ao negar a negação, chega-se a um resultado positivo – o direito, que reestabelece o equilíbrio anterior ao delito. Nesse sentido, uma segunda pena poderia, inclusive, causar um dano por desequilibrar a relação dialética entre ação-reação⁷⁵.

Disto resulta a importância da proibição ao *bis in idem*, pois figura como limite e condição de legitimidade ao poder sancionador do Estado. Sem o limite às sanções aplicadas pelo Estado, a sociedade estaria sujeita ao desequilíbrio da relação dialética de Hegel. Tal relação poderia sofrer quebra tanto pelo indivíduo ao cometer ação contrária ao ordenamento jurídico, quanto pelo Estado ao extrapolar o limite do seu poder sancionador com penas desproporcionais à culpabilidade.

4.3. O “MITO” DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS

A proibição ao *bis in idem*, como visto, evita que o Estado aja de maneira desproporcional à culpabilidade da conduta ilícita. No Brasil, esta proibição é restrita ao âmbito de atuação da autoridade sancionadora (esfera cível, administrativa ou penal). No entanto, à luz do Direito Espanhol, a ausência de comunicação entre as esferas cível, administrativa e penal pode incorrer em superdimensionamento da sanção.

A comunicação entre as esferas, fundamental para o entendimento unificado do Direito Sancionador, foi abordada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.611 em dezembro de 2003, que resultou na necessidade de constituição definitiva do crédito tributário como requisito para o ajuizamento de ação penal sobre o mesmo fato. “Muito além disso, contudo, possui outro aspecto de extremo relevo para o presente trabalho: a ruptura e desconstrução do mito da ‘independência das esferas’”⁷⁶. Em outras palavras, o entendimento de que a ação penal depende do resultado de ação administrativa demonstra a relação entre estas esferas, demonstra a existência de um sistema sancionador uno. Mesmo tratando-se de julgado em

ato de punir”. CHIECHELSKI, Daniel da Silva. A teoria da pena na filosofia do direito de Hegel. Trabalho de conclusão de curso – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, Porto Alegre, 2016.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 412

matéria tributária, a conclusão a qual chegou a Corte, referente à unicidade do Direito Sancionador, é aplicável a todo o ordenamento jurídico.

Sobre este “mito”, GOLDSCHMIDT afirma que:

O Direito, como ciência cultural que é, elabora, organiza e estabelece conceitos que, muitas vezes, com o passar do tempo, atingem o *status* de ‘entidades sacras’ cuja simples evocação constitui afirmação incontestada da ‘verdade’. Tais conceitos, sem qualquer questionamento acerca de seu significado ou de sua correção, adquirem caráter mítico, travestindo-se em verdades absolutas, inatacáveis, sob o discurso de ameaça da desestruturação do próprio Direito.

Uma dessas ‘verdades míticas’ era o referido argumento da *independência das esferas administrativa-tributária e penal*.⁷⁷

No julgamento desta ação, o Ministro Relator afirmou que existe independência entre as esferas civil, administrativa e penal. No entanto, o ordenamento jurídico é uno e as normas devem ser interpretadas sistematicamente⁷⁸. A independência entre as esferas, importante para o melhor entendimento e manuseio do ordenamento jurídico não pode interferir no ordenamento como sistema. A parte não deve se sobrepor ao todo.

Ainda sobre este entendimento, o referido autor diz que:

Se existe um sentimento humano – extrato axiológico – comum, transnacional e mesmo natural, de rechaço à imposição de um duplo ou múltiplo castigo por um mesmo fato, é absolutamente incoerente que se permita que a segmentação formal do ordenamento possa ignorar tal necessidade e projetar-se sobre o homem de forma irracionalmente cumulativa. A ser assim, cada ramo do Direito, tal qual um diálogo de surdos, poderia outorgar-se o poder de projetar uma reação punitiva frente a um mesmo fato, como se a anterior não existisse, sem que se ponderassem as razões ou a forma pela qual se está procedendo à punição em outra esfera e, principalmente, sem que se considerasse que todas as punições recairão sobre um único e singular indivíduo⁷⁹.

Importante observar que as divisões realizadas dentro do ordenamento jurídico são artificiais – sejam as divisões disciplinares realizadas no âmbito acadêmico ou até mesmo as divisões materiais e processuais do judiciário. Não obstante, os resultados destas divisões são, muitas vezes, reais. A mesma segmentação que proporciona a melhor organização do

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ “Quanto à ‘independência das esferas’ concluiu o Relator que ‘há a independência, não existe a menor dúvida, das esferas civil, administrativa e penal. Mas a ordem jurídica é única, sendo essa independência norteada pela interpretação sistemática das diversas normas’”. GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 418

⁷⁹ Ibidem, p. 432

sistema jurídico pode resultar em ações desproporcionais por parte do Estado caso não seja realizada uma análise sistêmica do conjunto fático-jurídico⁸⁰.

Diante de tais colocações, pode-se afirmar que:

[...] a superação do mito da independência das esferas é exigência da proibição de *bis in idem*, para o efeito de garantir que autoridades distintas e – mais importante – Poderes distintos possam coordenar-se, de modo a exercer suas competências de forma harmônica, isto é, cientes do simultâneo ou sucessivo exercício de idênticas competências repressivas por outra(s) autoridade(s), sempre em prol da máxima proteção às garantias individuais que lhes são superiores. A outorga do Poder de punir pela lei a mais de uma autoridade não pode implicar autorização para a dupla punição (simultânea ou sucessiva), para a punição exagerada, ou mesmo para a geração de insegurança (mediante novos processos sobre idênticos fatos já julgados)⁸¹.

E, ainda nesse sentido:

A Ordem Jurídica é ferramenta criada pelo homem para a proteção de um fundo substantivo. Divisões epistemológicas que, didática e formalmente, foram criadas pelo homem para um melhor manuseio da ordem não podem jamais se sobrepor à unidade do ordenamento e à sua compreensão sistêmica, devendo servir ao *homem*, seu único centro de interesses e razão de ser.

Se o rechaço à imposição de um duplo ou múltiplo castigo por um mesmo fato, ou de um duplo ou múltiplo processo, é um valor universalmente aceito como princípio, é absolutamente incoerente que se permita que a segmentação formal do ordenamento possa ignorar tal necessidade e projetar-se sobre o homem de forma irracionalmente cumulativa. Se a divisão entre as esferas é artificial, não há dúvida de que as consequências são reais. A noção de proporção – que o mais elementar sentimento de Justiça recomenda observar, entre a ofensa e a reação -, então, será esfacelada em nome da proteção do ‘sistema’, com um ato cego e dogmático

No mundo inteiro, a concepção de unidade do ordenamento jurídico vem ganhando força e projetando seus efeitos nas mais diversas situações, exatamente pelo reconhecimento dessas premissas. Não hesitamos em dizer que a independência das esferas é noção arcaica que, se bem serviu à estruturação dos sistemas jurídicos, hoje cede passo ante a necessidade de afirmação da centralidade do indivíduo e sua proteção contra o aparato estatal onipresente⁸².

O trecho exposto acima foi retirado das conclusões apresentadas no livro Goldschmidt (2014), e demonstra claramente entendimento segundo o qual o ordenamento jurídico possui um sistema sancionador que, em teoria, é uno. Por essa razão, as esferas de Poder devem se comunicar para que, no exercício da função sancionadora do Estado, seja respeitado princípio fundamental para a concretização da Justiça: a proporcionalidade.

⁸⁰ “[...] o que muitas vezes leva determinados operadores à aplicação cumulativa de punições (ou à defesa cega da independência das esferas) é a opção por ignorar os efeitos nocivos e inconstitucionais que essa prática proporciona, submetendo garantias fundamentais da pessoa humana ao império burocrático da divisão da ciência jurídica em escaninhos. Não se pode, contudo, confundir ‘independência das esferas’ com ‘isolamento das esferas’”. GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 434

⁸¹ Ibidem, p. 435

⁸² Ibidem, p. 479 e 480

Goldschmidt demonstra que, sem a comunicação entre as autoridades competentes para sancionar, o Estado incorre em grave risco de superdimensionar a pena. Em suas individualidades, as sanções aplicadas por esferas distintas do Poder podem apresentar-se como justas. No entanto, considerando que todas as penalidades recaem sobre a mesma pessoa, o somatório das sanções aplicadas pode resultar em uma ação desproporcional do Estado. Daí a necessidade de entender o ordenamento jurídico e o Direito Sancionador como unificado.

Ressalta-se que, no livro, o autor trata do Direito Sancionador Tributário, abordando a sanção administrativa e a sanção penal. O presente trabalho realizou um exercício de adaptação, utilizando-se dos conceitos e princípios gerais do livro-base. Desse modo, questões como o princípio da proporcionalidade, a unicidade do Direito Sancionador e a reflexão acerca do *bis in idem* foram adaptadas para aplicação no âmbito do Direito Concorrencial.

Em conclusão de todo o exposto neste item, a unicidade do Direito Sancionador permite a superação do “mito” da independência das esferas e garante a comunicação entre as autoridades sancionadoras – fatores importantes para a proibição ao *bis in idem*. No entanto, a realidade prática de todo o exposto até o momento encontra barreiras e dificuldades, discutidas brevemente no item a seguir.

4.4. COORDENAÇÃO ENTRE ESFERAS PUNITIVAS E A PRÁXIS ESPANHOLA

Na teoria e na prática o Direito Brasileiro entende que as esferas cível, administrativa e penal são distintas e, sem norma que determine a proibição de dupla sanção entre essas esferas, não há *bis in idem* entre suas decisões. O Direito Espanhol, por outro lado, entende que estas esferas compõem do Direito Sancionador que, por sua vez, é classificado como uno. Desse modo, uma sanção aplicada por autoridade cível, administrativa ou penal é suficiente para reestabelecer o equilíbrio do sistema (equilíbrio quebrado pela prática de ato ilícito). A aplicação de sanção civil cumulada com sanção administrativa, portanto, configuraria *bis in idem* (sanções sobre o mesmo fato). Após a compreensão teórica do entendimento espanhol sobre o tema, passa-se a discutir a prática realizada nesse país, que permite a integração e comunicação entre as esferas.

O “mito da independência das esferas” foi derrubado na Espanha a partir de reiteradas decisões do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional que garantiam a comunicação entre a esfera administrativa e o Poder Judiciário. Dentre as decisões, estão a proibição de um fato ser existente em uma esfera e inexistente em outra, bem como uma pessoa ser punida em uma esfera e absolvida em outra⁸³.

Sobre a preferência entre a via administrativa ou a via judiciária, o Tribunal Constitucional Espanhol dá preferência ao judiciário sem, no entanto, impedir que a decisão administrativa prevaleça em certos casos. O entendimento espanhol segue, sempre, no sentido de impedir a cumulação de sanções independentemente da divisão entre as esferas com vistas a impedir o excesso punitivo.

No Brasil, e segundo Goldschmidt, a separação dos Poderes da forma que foi expressa na Constituição Federal, impede que um Poder se sobreponha ao outro. Desse modo, não há que se falar em preferência dentro do sistema brasileiro. No entanto, observa-se uma sequência cronológica, onde a esfera administrativa é acionada antes do judiciário⁸⁴, garantindo que este possa rever as decisões administrativas a fim de reparar quaisquer equívocos ou ilegalidades. No entanto, a sobreposição cronológica do Poder Judiciário face ao Poder Administrativo não implica, do ponto de vista teórico, em maior relevância ou importância de um sobre o outro, justamente em decorrência da separação constitucional dos Poderes.

Seja no Brasil ou na Espanha, a comunicação entre as esferas e a prática de proibição ao *bis in idem* encontram difíceis barreiras de operacionalização. Em linhas gerais, para superar tais barreiras, pode ser utilizada a noção de relação de prejudicialidade. Em outras palavras, realizar um juízo de qual decisão deverá aguardar a outra, com base em qual escolha é menos prejudicial às partes e ao sistema jurídico⁸⁵.

⁸³ Ibidem, p. 437

⁸⁴ O princípio da inafastabilidade garante que o interessado na lide possa acionar diretamente o Poder Judiciário, sem antes ter acionado a via administrativa. No entanto, a prática jurídica demonstra que, quando possível, é dada preferência ao processo administrativo.

Art. 5º, XXXV, CF – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”

⁸⁵ “Sempre que o julgamento de uma esfera (ou mesmo de um órgão, dentro do próprio seio da Administração), puder influir e tornar prejudicada formação de juízo em processo em trâmite junto a outra esfera, haverá de se aplicar a proibição de *bis in idem* para se outorgar prioridade de processamento ao feito em favor do qual estiver estabelecida a relação de prejudicialidade. O outro processo, então, deverá ser suspenso no aguardo da solução do primeiro.

Não se trata de uma questão de preferência, nem tampouco de negar a independência ou as competências específicas de cada ordem, senão que de emprestar-lhes funcionamento coerente, racional, evitando a

superposição inútil de demandas, altamente prejudicial ao acusado, além de custosa à Administração. Emprega-se a proibição de *bis in idem* para prestigiar o princípio administrativo da eficiência, evitando que as desinteligências do sistema possam vir em prejuízo da centralidade do indivíduo, gerando insegurança jurídica, risco de decisões contraditórias e de superposição punitiva. Trata-se de aplicar, analogicamente, as regras de litispendência (de mais a mais, expressivas do postulado *non bis in idem*), para o efeito de afastar o duplo processamento simultâneo [...]”.GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014. p. 443 e 444.

CONCLUSÃO

Este trabalho propôs uma reflexão acerca das penalidades cujos valores são destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, abordando sua natureza sancionatória e a possível ocorrência de *bis in idem*. Dentro do recorte temático realizado (contribuição pecuniária requisito do TCC, multa administrativa e ação civil pública – decorrentes da prática de cartel), foram abordadas questões como (i) o limite do Estado para penalizar os infratores; (ii) *bis in idem* e limites na aplicação de reiteradas sanções pecuniárias com a finalidade de restituir o dano causado à sociedade; (iii) a indenização punitiva no Brasil e o possível *bis in idem* em decorrência da indenização dupla, proposta pelo PL n. 283/2016 do Senado Federal; (iv) a reflexão acerca do Direito Sancionador brasileiro para evitar abusos pelo Estado com sanções que, somadas, ultrapassam o valor/tamanho do dano e afetam diretamente o princípio da proporcionalidade e a noção de justiça.

Em vista de todo o apresentado, conclui-se que os valores destinados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos a título de requisito do TCC, multa administrativa por ilícito concorrencial (cartel) e indenização civil decorrente de ação civil pública por dano concorrencial, apesar de possuírem naturezas jurídicas distintas, apresentam, todos, a mesma finalidade reparatória. Além de destinados à reparação dos danos causados pela prática de cartel, os valores em questão – com exceção da contribuição pecuniária requisito do TCC – são aplicados com o intuito de orientar um comportamento, podendo ser entendidos como educativo-sancionatórios.

No que tange à indenização por danos concorrenciais, viu-se que o Brasil não é adepto da teoria dos *punitive damages*, fato que conflui para a impossibilidade de ocorrer *bis in idem*. No entanto, a discussão sobre a indenização punitiva no país é farta e gera grande divergência doutrinária. Nessa seara, o Projeto de Lei n. 283/2016 do Senado Federal propõe a indenização em dobro, importando – de maneira adaptada – a função sancionatória praticada pelos Estados Unidos da América. Por fim, conclui-se que decisões judiciais que não considerem a totalidade das sanções aplicadas (incluindo esfera administrativa) podem desequilibrar a relação entre Estado e sociedade, afetando a legitimidade (do Estado) para sancionar.

O tema em questão possui grande relevância para o sistema jurídico e, mesmo diante da óbvia (para o Direito brasileiro) impossibilidade de *bis in idem* entre os valores

destinados ao FDD, considera-se importante revisitar os conceitos e entendimentos aplicados no judiciário brasileiro para evitar abusos do Estado quanto ao seu poder sancionador. Tal reflexão, propõe-se, que seja feita levando em consideração (i) o ordenamento jurídico unificado, (ii) a finalidade dos institutos e (iii) suas consequências práticas no mundo real.

Sobre o *bis in idem* conclui-se que, atualmente no Brasil, não há dupla sanção quando se trata de contribuição pecuniária do TCC ou multa administrativa e indenização civil por dano concorrencial. Esta conclusão considera o entendimento brasileiro sobre o tema, segundo o qual sanções oriundas de diferentes esferas do Poder não configuram o *bis in idem*.

No entanto, se analisada sob a perspectiva ampla das finalidades essenciais dos institutos e do Direito Sancionador unificado, a incidência de tais valores sobre a mesma pessoa, destinados ao mesmo fundo (FDD) para atingir a mesma finalidade (reparar a sociedade), resulta em dupla sanção sobre o mesmo fato. Como resultado sistêmico, a desproporcionalidade entre ato ilícito e sanção, decorrente do *bis in idem*, interfere em noções basilares do Direito como a justiça e a legitimidade do Estado para sancionar atos contrários ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BERNARD, Kent. **Making victims whole: a restitution approach to cartel damages**. *Revue des droits de la concurrence, Competition Law Journal*. N. 1-2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1306.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Lei n. 9.008 de 21 de março de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9008.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.354.436/SE**. Voto do Min. Relator Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 05/05/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202466478&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 20/06/2017.

CARVALHO, Lívia Cristina L. G. de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos**. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

CHIECHELSKI, Daniel da Silva. **A teoria da pena na Filosofia do Direito de Hegel**. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, Porto Alegre, 2016.

CONJULTOR JURÍDICO - CONJUR. **Implicação tributária do tcc: despesas com o cade devem ser dedutíveis do ir**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-16/despesas-cade-dedutíveis-imposto-renda>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade em números**. Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/qvajaxzfc/opendoc.htm?document=painel%2fcade%20em%20n%c3%bameros.qvw&host=qvs%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade submete à consulta pública resolução sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia programa de leniência antitruste do cade, maio/2016.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia: termo de compromisso de cessação para casos de cartel, maio/2016.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Novo regimento interno do conselho administrativo de defesa econômica - cade.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/regimento-interno-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-13-06-17.pdf/view>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR. **Tributos são meios constitucionais válidos de intervencionismo econômico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-30/tributos-sao-meios-constitucionais-validos-intervencionismo-economico>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

EUR-LEX. **Directive 2014/104/eu of the european parliament and of the council of 26 november 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the member states and of the european union text with eea relevance.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/?uri=celex:32014l0104>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo.** 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica.** Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2014.

GRINBERG CORDOVIL ADVOGADOS. **Responsabilidade concorrencial: objetiva ou subjetiva?.** Disponível em: <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/responsabilidade-concorrencial-objetiva-ou-subjetiva/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

JUS. **A aplicabilidade da indenização punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

MACHADO, Luiza Andrade. **Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização.** Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, pp. 114-132

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo.** 28 ed. [S.L.: s.n.], 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Arrecadação.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Direitos difusos.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTA TÉCNICA N. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. **Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg>. Acesso em 20/06/2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition and poverty reduction.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/competition-and-poverty-reduction.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL N. 283 DE 2016. **Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.** Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 20/0/2017.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVEIRA, Paulo Burnier Da. **O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência**. Revista de Defesa da Concorrência, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2017.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira – a lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. [S.L.]: Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.