

A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência

Renan Cruvinel de Oliveira²⁹⁸

RESUMO

Uma série de alterações na configuração dos mercados tem dado origem a questionamentos ainda não respondidos de modo definitivo pelo ordenamento jurídico. O conceito básico de autonomia da sociedade comercial tem dado espaço a elementos como controle, domínio e dependência inter-societária, bem como à ideia de sociedades empresárias que atuam em prol não apenas de seus próprios interesses, mas também daqueles preconizados pelo grupo a que pertencem ou de outras sociedades integrantes desse grupo. Assim, este artigo tem o objetivo de fornecer elementos para o esclarecimento de questões problemáticas que possam surgir com a adoção dessas novas estruturas de organização, com foco no campo antitruste. Para isso, apresentará a definição dos grupos de sociedades no Brasil e as consequências dessa definição para o sistema regulatório brasileiro em matéria de responsabilidade intragrupal. Após, tratará da responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações antitruste.

Palavras-chave: sociedade empresária; grupo econômico; responsabilidade civil; solidariedade; direito antitruste; direito concorrencial.

ABSTRACT

A series of changes in the configuration of markets has given rise to questions still not properly answered by the legal order. The basic concept of company autonomy has given place to elements like control, dominium and inter-company dependency, as well as to the idea of companies that act in benefit not only of their own interests, but also of the interests of the group they belong to and of the other companies in that group. Therefore, this paper aims to provide elements to clarify issues that may rise with the adoption of these new forms of organization, focusing on the antitrust field. For that purpose, it will present the definition of economic groups in Brazil and the consequences of that definition for the Brazilian regulatory system, regarding intra-group responsibility. After that, it will address the joint liability, for antitrust infractions, between companies of the same economic group.

Keywords: business company; economic group; civil liability; joint liability; antitrust law; competition law.

Classificação JEL: K21; K40; K22

²⁹⁸ Formado em Direito pela Universidade de Brasília, com intercâmbio acadêmico na Universidade Autônoma de Barcelona, é pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Foi Assessor do Gabinete da Superintendência Geral e da Coordenadoria de Combate a Carteis Internacionais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após integrar as equipes dos escritórios Sergio Bermudes Advogados Associados e Trench Rossi e Watanabe Advogados, foi sócio do Schertel Ferreira Mendes Advogados e hoje advoga no Mudrovitsch Advogados.

Sumário: I. Introdução; II. Os Grupos econômicos; II.1. A arquitetura dos mercados e os grupos econômicos; II.2. Os grupos societários: considerações gerais; III. A responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico; III.1. A citação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira no contexto de investigações conduzidas pelo CADE; III.2. Responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico para o pagamento de condenações impostas pelo CADE; III.3. A responsabilidade solidária por ilícitos concorrenciais; IV. Conclusão; V. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Com o processo de integração econômica observado nas últimas décadas do século XX, as operações de fusão e aquisição entre empresas vêm crescendo em número e tamanho, num forte processo de reestruturação dos mercados. Essa reestruturação levou à superação do modelo tradicional da sociedade empresária isolada e ao surgimento dos grupos societários, expressão da globalização econômica e dos novos arranjos institucionais promovidos pelo desenvolvimento da economia.

Tal contexto fez com que surgissem diversas reformulações no campo jurídico, na tentativa de acompanhar as mudanças ocorridas no mercado. Dentre elas, está a atribuição de responsabilidade a uma pessoa jurídica pela prática de infração à ordem econômica por outra integrante de seu grupo econômico.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo tratar dos limites e das possibilidades da responsabilização solidária entre os elementos de um mesmo grupo econômico, especialmente no que tange aos chamados ilícitos antitruste. O objetivo é defender decisões que não só punam e ressarçam os danos de maneira adequada, mas que façam isso com base em critérios justos.

Em sua primeira parte (item II), este artigo apresentará uma definição dos grupos de sociedades no Brasil, expondo alguns conceitos que servirão para a compreensão da discussão travada. Já na segunda parte (item III), disporá sobre a maneira como a responsabilidade solidária tem sido abordada quando se trata dos grupos de sociedades, com foco na responsabilização por ilícitos antitruste, a fim de avaliar se tal entendimento está adequado à realidade econômica dos grupos de sociedades.

II. Os grupos econômicos

II.1. A arquitetura dos mercados e os grupos econômicos

A globalização da economia tem influenciado a maneira com que as empresas atuam para conquistar e dominar mercados. As novas tecnologias da informação e a velocidade com que o conhecimento passou a ser propagado possibilitaram a interconexão rápida de negócios e deram nova feição à arquitetura dos mercados.

Assim, para que as empresas obtenham o máximo de resultados com a aplicação das novas tecnologias, tanto no processo produtivo, quanto na interconexão das demandas e decisões, impôs-se a reestruturação organizacional. Uma organização global, ou de alguma forma vinculada a ações globais, teria de se estruturar de forma a garantir a eficácia de desempenho na interação do processo produtivo com o mercado de consumo. Para as organizações globais, a reestruturação foi um imperativo de produtividade e competitividade, de novas formas de gestão, de relações internas e externas, de eficiência e de minimização de custos.

A fim de eliminar incertezas e custos de transação²⁹⁹, como os relacionados aos preços e condições de fornecimento dos produtos, o empresário passa a organizar internamente as atividades necessárias à sua atividade empresarial (SALOMÃO FILHO, 2002)³⁰⁰.

Com o intuito de garantir a confiança na estrutura de custos, empresas adquirem seus fornecedores e passam a controlar seus preços. Essa explicação que a teoria dos custos de transação dá para as concentrações verticais, que identifica uma nova “eficiência” até então desconhecida – a diminuição dos custos de transação –, é fundamental também para se entender a formação dos grupos de sociedades.

A organização de sociedades controladas dentro de uma mesma estrutura leva, por vezes, à criação de uma direção geral encarregada da elaboração das estratégias comuns às integrantes dessa estrutura multidivisional e da alocação de recursos entre suas diversas unidades (PONDÉ, FAGUNDES, POSSAS, 1997)³⁰¹. Nessa perspectiva de análise, segundo Williamson, surgiriam firmas que operam com divisões e nas quais o escritório central está engajado na implementação de auditorias periódicas e monitoramento de decisões, bem como está ativamente envolvido no processo de alocação interna de recursos (WILLIAMSON,

²⁹⁹ Conforme define Calixto Salomão, os custos de transação são “aqueles custos necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

³⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁰¹ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge e POSSAS, Mario. *Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência*. *Economia Contemporânea* n. 2. Jul - Dez de 1997.

1985)³⁰².

Sobre o gerenciamento das atividades entre empresas, Williamson defende que certos grupos funcionariam como um mercado de capitais que aglutina os recursos dos diversos tipos de negócios do conglomerado, redistribuindo-os segundo as perspectivas de retorno³⁰³. Tal forma de organização gera eficiências que se expressam em economias de custos das transações, na medida em que: (i) economiza em racionalidade limitada; e (ii) cria salvaguardas no processo de alocação interna de recursos contra o risco de exercício de oportunismo. As oportunidades para a obtenção de tais economias repousam na existência de falhas no mercado de capitais, provocadas pela limitada capacidade de processamento de informações e de controle por parte dos agentes econômicos externos à firma, fato que restringe suas habilidades em analisar e selecionar as melhores aplicações possíveis (WILLIAMSON, 1985)³⁰⁴.

Assim, o conceito básico de autonomia da sociedade comercial tem dado espaço a elementos como o controle, o domínio e a dependência intra e inter-societária, bem como à ideia de sociedades empresárias que atuam em prol não apenas de seus próprios interesses, mas também daqueles preconizados pelo grupo a que pertencem. Sendo assim, é fundamental que seja dada especial atenção às características e definições desses grupos.

II.2. Os grupos societários: considerações gerais

Os grupos societários são definidos de diversas formas pela doutrina. Dentre os principais teóricos que buscaram dar um conceito adequado a esses grupos está Engrácia Antunes, que define os grupos de sociedades da seguinte maneira:

(...) o Grupo de Sociedades, unidade de acção económico-empresarial onde afirmam, simultaneamente, a manutenção da personalidade jurídica das empresas societárias

³⁰² WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985.

³⁰³ *Como se describe más ampliamente en otra parte (Williamson, 1975, pp; 158-162), el conglomerado se entiende mejor como un producto lógico de la forma M de organización de los asuntos económicos complejos. Así pues, una vez reconocidos los méritos de la estructura de forma M para el manejo de líneas de productos separables, aunque relacionadas (por ejemplo, una serie de divisiones automotrices o una serie de divisiones químicas), resultaba natural su extensión al manejo de actividades menos estrechamente relacionadas. Eso no quiere decir que la administración de una diversidad de productos no tenga sus propios problemas. Pero la lógica básica de la forma M, donde se distinguen las decisiones estratégicas y operativas y se separan las responsabilidades, continuó aplicándose. Conviene considerar los conglomerados donde se respetan los principios de organización de la forma M como mercados de capital internos donde se concentran los flujos de efectivo provenientes de diversas fuentes y se dirigen hacia los usos de alto rendimiento.* (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985, pp. 291-292)

³⁰⁴ WILLIAMSON, op. cit.

componentes e a respectiva sujeição a uma autoridade econômica central e ao interesse econômico global do todo (ANTUNES, 2002, p. 22).³⁰⁵

Uma das classificações mais utilizadas dos grupos societários pelo regramento brasileiro subdivide os grupos em dois tipos fundamentais: os chamados grupos de direito (constituídos por meio de instrumento jurídico e regulamentados pela lei societária) e os de fato (aqueles constituídos por outros mecanismos não previstos em lei, mas que ensejam a unidade direcional das sociedades e sua dependência econômica). Tal divisão ocupa papel central na atribuição da responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo, como será demonstrado adiante.

Um grupo de direito caracteriza-se, cumulativamente, pelas seguintes condições: (i) relação de subordinação entre as sociedades; (ii) celebração de uma convenção de grupo pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos e esforços ou a participar de atividades e/ou empreendimentos comuns; (iii) submissão a uma direção única exercida de modo permanente pela controladora (SILVA, 2014)³⁰⁶.

Os grupos de fato, por sua vez, foram identificados pelo legislador brasileiro pela existência de relação de controle. Isso porque, quando o legislador nacional tratou dos grupos de direito, previu que “a sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades” (art. 265 da Lei 6.404/1976, Lei de Sociedades Anônimas - LSA). Tendo em vista tal definição, é importante esclarecer conceitos que tentam explicar o exercício do poder intra e inter-sociedades empresárias, propósito a que se dedicam, brevemente, os parágrafos a seguir.

A relação de controle existe quando uma sociedade é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores em outra sociedade - e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116 c/c 243, § 2º, da LSA)³⁰⁷.

Feitas tais considerações e voltando a tratar dos grupos societários, é necessário ressaltar

³⁰⁵ ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 22.

³⁰⁶ SILVA, Valesca Camargos. Grupos de Sociedades e Responsabilidade Intragrupal. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014, p. 84.

³⁰⁷ Calixto Salomão Filho explica o controle da seguinte maneira: "A noção de controle para o direito concorrencial pode ser entendida como a influência dominante que um agente possui em relação às decisões de outro agente, as quais afetem sua conduta no mercado. Sob tal influência, os referidos agentes comportam-se uniformemente como um único ente econômico e temos, então, uma concentração econômica." (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 89-90).

que não há um consenso entre os doutrinadores sobre o tema.

De toda sorte, as autoridades regulatórias, ao se pronunciarem a respeito da aplicação do conceito de grupo econômico, em especial, no âmbito da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)³⁰⁸, utilizaram conceito que tem como ponto central a capacidade de uma sociedade influenciar a atuação de outra no mercado.

Em voto proferido no Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) proposto pela Unimed Araraquara³⁰⁹, o então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo define o que se deve entender por grupo econômico e a importância da sua correta identificação para aplicação das sanções porventura impostas pelo Cade para coibir atos ilícitos praticados por sociedades empresárias integrantes de grupos.

Para tanto, ele parte da definição de grupo econômico adotada pelo Direito Societário e Trabalhista, especificando as particularidades de sua aplicação no âmbito do Direito Concorrencial. Em resumo, ele entende que para se configurar um grupo econômico no âmbito do Direito Antitruste é preciso que as entidades do grupo possuam personalidades jurídicas próprias e que haja entre elas certa conexão, ou seja, que elas ajam sob orientações gerais centrais capazes de influenciar significativamente a estratégia competitiva por elas adotada.

Conclui-se, portanto, que, sob a  tica do Direito da Concorrência, haverá configuração de grupo econômico quando duas ou mais sociedades atuarem sob direção comum ou quando existir, entre elas, relação capaz de comprometer sua imparcialidade em relação às demais sociedades-membro e que possa, assim, influenciar sua atuação no mercado.

N  obstante a dificuldade da doutrina e da jurisprudência em definir o que são os grupos de sociedade, as teorias a respeito desses grupos apontam para o estabelecimento da direção unitária como o elemento central de sua constituição. Para os fins deste artigo, adotar-se-  a definição de Engrácia Antunes, a qual relaciona de maneira intrínseca o grupo societário e a unidade de direção:

N  obstante cada uma das sociedades do grupo se mantenha formalmente como um ente jurídico distinto, que exerce idealmente a sua atividade econômico-empresarial

³⁰⁸ “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei n  12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, n  só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.” (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b576b679878587a3b1>)

³⁰⁹ Requerimento n  08700.005448/2010-14.Voto do Conselheiro-relator. 14 de dezembro de 2011. Apesar de o conceito de grupo econômico também ter sido discutido pelo Cade no âmbito da análise de atos de concentração econômica, entendeu-se mais adequada a utilização do caso descrito para os fins propostos pelo presente trabalho.

na actuação de uma vontade social e na prossecução de um interesse social autónomos, formados livremente no seio dos seus órgãos próprios, a verdade é que, de um ponto de vista material, ela se encontra dependente, em maior ou menor grau, da estratégia e interesse do todo económico tal como ele vem definido pela sociedade líder do grupo (ANTUNES, 2002, p. 55)³¹⁰.

Contudo, se, de um lado, a unidade de direção tem como fundamento a concentração das decisões que envolvem as atividades das empresas agrupadas, por outro lado, revela-se muito difícil a determinação do grau mínimo dessa concentração que seja suficiente para comprovar essa unidade.

Conclui-se, assim, que os grupos têm papel fundamental na arquitetura dos mercados e indicam uma inequívoca tendência de as sociedades perderem o seu originário estatuto de independência (ANTUNES, 2005)³¹¹. Há, contudo, uma grande dificuldade na definição dos grupos societários, uma vez que a determinação dos limites e parâmetros de identificação dessa unidade ainda é muito frágil, o que dá ensejo a inseguranças jurídicas e abre espaço para discricionariedades. É nessas lacunas que têm origem os problemas a respeito da responsabilidade intra e inter-grupal objeto do presente trabalho.

III. A responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo econômico

Há solidariedade, conforme definição do Código Civil brasileiro, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. O conceito, porém, ganha contornos distintos quando se desloca para análise dos grupos de sociedades, em especial no que se refere à sua limitação.

A limitação da responsabilidade corresponde, primeiro, à lógica do binômio poder/responsabilidade e, por outro lado, como forma de incentivo ao exercício da arriscada atividade empresarial. Ou seja, limita-se a responsabilidade dos integrantes da sociedade comercial para fomentar o seu desenvolvimento empresarial. Nesse contexto, são criados mecanismos para controlar o excesso ou o abuso de direito, através, por exemplo, da solidarização da responsabilidade (HOLLANDA, 2008)³¹².

³¹⁰ ANTUNES, 2002, op. cit.

³¹¹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. Revista Direito GV, v.1 n.2, pp. 29-68, jun-dez 2005.

³¹² HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 170.

Quando o objeto da discussão passa da sociedade comercial isolada, autônoma e independente para os grupos societários, nos quais existe relação de subordinação entre sociedades e de centralização do poder de comando, à discussão deve ser dada nova abordagem. Diante da separação entre propriedade e controle, e da perda da autonomia organizacional, patrimonial e jurídica das sociedades, é preciso repensar o tratamento dispensado à solidariedade.

A solidariedade, como se sabe, não se presume. Ela resulta da lei (extracontratual) ou da vontade das partes (contratual), conforme prevê o art. 265 do Código Civil. Dado que o processo de evolução da formação das sociedades comerciais é constante e acelerado, nem sempre a legislação responsável por regulá-lo é capaz de acompanhar tal evolução de forma a impedir as agressões àqueles direitos que devem ser protegidos³¹³.

Assim, alcançar conclusões sobre tema tão complexo e que ainda não recebeu a devida atenção da doutrina, jurisprudência e legislação nacionais é tarefa árdua e que demanda muitos cuidados. Por isso, não se pretende extrair da discussão, aqui travada, uma resposta definitiva sobre o tema, mas se espera que ela auxilie num pensar do direito dos grupos societários e da responsabilidade nos grupos.

Nesse sentido, com foco na solidariedade extracontratual, serão abordados problemas acarretados pela falta de um conceito preciso de responsabilidade solidária, aplicável aos grupos econômicos, que envolve desde aspectos menos complexos, como a notificação de empresas estrangeiras, até mais profundos, como a extensão de uma obrigação pessoal a terceiros.

III.1. A citação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira no contexto de investigações conduzidas pelo Cade

Apesar de a verificação da possibilidade da notificação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira pelo Cade não dizer respeito à solidariedade, o Cade e as decisões judiciais têm utilizado a solidariedade para justificar atos dessa natureza³¹⁴. A análise,

³¹³ Os problemas que envolvem a responsabilidade nos grupos de sociedades já foram objeto de estudo de autores importantes como José Engrácia Antunes, em “*Liability of Corporate Groups*”, e Eduardo Secchi Munhoz, em “*Empresa Contemporânea e o Direito Societário*”. Tanto Antunes, quanto Munhoz demonstraram, por exemplo, grande preocupação com a utilização das sociedades subsidiárias como mero escudo da sociedade principal do grupo societário nas atividades empresariais por ela comandadas. Apesar de reconhecer a importância que esses trabalhos têm na análise da solidariedade, para o presente trabalho, consciente de suas limitações, foi feito outro recorte temático.

³¹⁴ Ver, por exemplo, Nota Técnica nº 49/2015, no Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59 e Processo

portanto, perpassa, além da interpretação do art. 2º, §2º, da Lei de Defesa da Concorrência (12.529/2011), também a do art. 33, da mesma lei, que cuida da responsabilidade solidária. Ademais, a questão é um problema muito recorrente quando se trata da atuação do Cade relacionada aos grupos societários e, por isso, serão feitos breves comentários a seu respeito.

Primeiramente, quanto ao disposto no art. 2º, transcrito a seguir, discute-se qual foi a intenção do legislador ao utilizar as expressões “sucursal”, “agência” e “filial” e se nessas expressões estariam englobadas as subsidiárias e demais empresas de um mesmo grupo econômico.

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (grifos nossos)

Vale ressaltar que a Lei 12.529 não inovou no ordenamento jurídico ao usar tais expressões em seu texto. Disposições semelhantes já haviam sido utilizadas pelo Código de Processo Civil ao tratar da representação judicial de pessoas jurídicas estrangeiras. Veja-se o art. 12 do Código:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(...)

VIII- a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil. (grifos nossos)

Contudo, é necessário esclarecer se a norma se aplica a entidades do mesmo grupo econômico que possuem personalidade jurídica distinta da empresa estrangeira, sem vinculação administrativa com ela.

O Cade tem entendido que sim. Isso porque as expressões “filial”, “sucursal” e “agência”, que antes faziam sentido em um mercado de âmbito nacional, deixam de ter tanta importância no cenário global. A necessidade de rapidez de giro de capital e de investimentos leva as macro-organizações a preferirem uma estruturação societária distinta, que se apresente de fácil alienação.

É nesse contexto que nascem os grupos de sociedades e os conglomerados multinacionais, que dão preferência à criação de uma empresa com personalidade jurídica

distinta ao estabelecimento de uma filial, sucursal ou agência, como extensão do seu próprio patrimônio.

Tal mudança na realidade dos arranjos societários não poderia ser ignorada pelo Cade e não o foi. Hoje é pacífico o entendimento do Cade de que é possível e legítima a citação de empresa estrangeira através de suas subsidiárias no Brasil.

A Superintendência-geral do Cade (SG) abordou a discussão no Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59³¹⁵, que investiga o suposto cartel internacional no mercado de rolamentos. Nessa ocasião, a SG invocou o princípio da unidade econômica dos grupos societários para reforçar o seu entendimento de que as empresas do mesmo grupo econômico são solidariamente responsáveis por eventual prática de infração contra a ordem econômica, o que legitimaria a notificação através de outras pessoas jurídicas do grupo.

A SG, a fim de embasar seu entendimento, utilizou três precedentes judiciais, dois do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³¹⁶ e um do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP)³¹⁷, ainda que eles não tratem de casos oriundos de decisões do CADE.

³¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59. Nota Técnica SG nº 49/2015. 10 de agosto de 2015.

³¹⁶ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIOS ELETRÔNICOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. 5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. 6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR" efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes. (...)15. Recurso especial a que se nega provimento (grifos nossos) (REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL. 1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. 2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta. 3. Recurso especial não conhecido (grifos nossos) (RESP 1021987 RN 2008/0002443-8, FERNANDO GONÇALVES - QUARTA TURMA, DJE DATA:09/02/2009).

³¹⁷ CITAÇÃO - Pessoa jurídica - Realização do ato citatório de empresa estrangeira litisdenunciada na pessoa de empresa nacional do mesmo grupo econômico - Validade - Possibilidade da defesa da outra sem prejuízos - Expedição de carta rogatória que apenas acarretaria atraso na entrega da prestação jurisdicional - Recurso provido

Vale mencionar que, em decisão de 2007, o STJ³¹⁸ reformou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para negar a possibilidade de citação dirigida à pessoa jurídica estrangeira, mas realizada na sede da sociedade brasileira. O tribunal a quo decidiu pela validade da citação em razão de elas pertencerem ao mesmo grupo econômico. A corte superior declarou, contudo, a ineficácia da citação dirigida à pessoa jurídica estrangeira, mas realizada na sede da sociedade brasileira do mesmo grupo, na medida em que as pessoas jurídicas, apesar de pertencerem ao mesmo grupo, não se confundem.

Tal entendimento, entretanto, foi superado pelo STJ e hoje se permite a citação de pessoas jurídicas estrangeiras por meio de seu estabelecimento no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. Esse entendimento, como já dito, vem sendo utilizado pelas autoridades antitruste para prosseguir com a notificação de empresas estrangeiras com subsidiárias no Brasil.

Outro caso investigado pelas autoridades brasileiras que tratou do tema foi o do Cartel do Agenciamento de Frete³¹⁹. Nele, discutiu-se a validade da notificação da Representada PWC, empresa estrangeira situada no Kuwait, por meio da empresa brasileira Itatrans. Na Nota Técnica de 2013, foram utilizados fundamentos praticamente idênticos aos mencionados na Nota da investigação do cartel de rolamentos, tendo sido citados, inclusive, os mesmos precedentes judiciais.

A notificação da PWC pela Itatrans também foi analisada pelo judiciário. No caso, o Juiz Federal do Tribunal Regional Federal, 1ª Região (TRF-1) adotou o parecer do Ministério Público Federal para decidir pela validade da citação promovida pelo Cade, destacando que (i) a possibilidade de notificação de empresa estrangeira por meio da empresa brasileira do mesmo grupo é prevista na lei do Cade e que (ii) na lei não é indicada uma ordem preferencial no que

para reconhecer a validade do ato citatório (grifos nossos) (TJ-SP, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 05/11/2008, 14ª Câmara de Direito Privado).

³¹⁸ RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO NULA. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA. SOCIEDADE BRASILEIRA.

1. É ineficaz a citação dirigida a pessoa jurídica estrangeira mas realizada na sede de sociedade brasileira, ainda que ao recebimento do mandado não se oponha funcionário desta última.

2. Ainda que a ré, sociedade estrangeira, detenha maior parte do capital de sociedade brasileira, não vale como citação a intimação recebida por empregado desta última mas destinada àquela primeira.

3. A invocação da aparência não confere eficácia a citação realizada em pessoa jurídica diversa daquela indicada pelo autor na inicial.

4. Se as pessoas jurídicas não se confundem, não vale citação recebida por uma delas em ação movida contra à outra (grifos nossos) (REsp 993.235/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 28/11/2007 p. 223).

³¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08. Nota Técnica nº 387/2013. 30 de dezembro de 2013.

diz respeito à forma pela qual deve ser realizada a notificação inicial - ou seja, o Cade não está obrigado a tentar notificar diretamente a empresa estrangeira antes de enviar notificação à empresa brasileira do mesmo grupo³²⁰.

Por fim, é razoável que a prática de ato em processo administrativo, cuja parte investigada é pessoa jurídica estrangeira, seja possibilitada por meio de empresas nacionais com a qual possui vínculo por pertencerem ao mesmo grupo econômico. Isso porque, no que concerne à intimação/notificação das empresas estrangeiras, são infinitas as dificuldades impostas à cooperação internacional para a prática de atos processuais. Sendo assim, a prática, por mais simples que seja, do ato em país estrangeiro pode custar anos de impedimento do trâmite processual e comprometer a própria efetividade da investigação.

III.2. Responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico para o pagamento de condenações impostas pelo Cade

A fim de responder às questões que este artigo visa a discutir, faz-se necessário aprofundar o entendimento a respeito da responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico, para que se estabeleçam limites para a responsabilização prevista no art. 33 da Lei 12.529/11.

³²⁰ "Ademais, no item 6 da peça preambular, a impetrante esclarece o seu quadro societário, nos seguintes termos: a) AGILITY LOGISTICS INTERNATIONAL BV, empresa sediada na Holanda, detentora de 99,99% das ações representativas de seu capital social; b) AGILITY LOGISTICS HOLDINGS NV, sediada nas Antilhas Holandesas, detentora de 0,01% das ações representativas do capital social. Mencionou que as sociedades supracitadas são indiretamente controladas pela PWC.

(...)

Calha ressaltar que o legislador não indicou, necessariamente, uma ordem preferencial no que diz respeito à forma pela qual deve ser realizada a notificação inicial, sendo suficiente o cumprimento de sua finalidade, qual seja: oportunizar o exercício das garantias fundamentais atinentes ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista a possibilidade de aplicação de sanção motivada pela prática de infração à ordem econômica.

Não há como afastar a qualidade de interessada da impetrante. No item 4 das informações prestadas pela autoridade impetrada, consta a notícia de que a THE PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C. responde pela denominação de AGILITY PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C, controladora do Grupo AGILITY, conforme documentado no Relatório Anual de 2012 da A GILITY PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C.

Frise-se que a SDE ainda tentou lograr êxito na notificação pessoal da PWC, em que pese não estar obrigada por lei a tal procedimento. Veja-se a redação do artigo 2º da Lei Federal nº 12.529/11, *ipsis litteris*:

Art. 2º. Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou devam produzir efeitos.

§1º. Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§2º. A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil, (sem grifos no original)." (grifos nossos)

Dentre as questões a serem debatidas, está a possibilidade de direcionamento, no curso da execução, de cobrança da penalidade pecuniária imposta pelo Cade a pessoa jurídica diversa daquela que figurou no processo administrativo, quando ambas pertençam ao mesmo grupo econômico.

A esse respeito, observa-se que, em outros ramos do direito, o grupo é visto como um todo especial para efeitos de responsabilidade pelo pagamento de dívidas já constituídas por outra sociedade empresária do mesmo grupo. Decisões judiciais e leis específicas que corroboram esse entendimento foram encontradas nas seguintes áreas do direito: Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor e Direito Tributário.

Vale ressaltar, contudo, que a contribuição dada por outras áreas do direito, com exceção da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), é limitada em razão de se tratarem de responsabilidade no âmbito civil, enquanto a solidariedade prevista pela Lei de Defesa da Concorrência se trata de responsabilidade punitiva. Ainda assim, serão utilizadas essas contribuições para, através da analogia, fomentar a construção de um entendimento em torno da responsabilidade por infrações à ordem econômica.

Na esfera do Direito do Trabalho, o art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³²¹ impõe a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo por todas as obrigações advindas da relação de emprego empreendida por uma delas. O judiciário³²² tem

³²¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (grifos nossos).

³²² RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. I. (...). Nesse contexto, ao condenar as Reclamadas de forma solidária pelo pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao Reclamante, sob o fundamento de que as empresas Reclamadas formam grupo econômico em decorrência da constituição de sociedade de fato entre elas, o Tribunal Regional não violou o art. 2º, § 2º, da CLT, mas julgou a controvérsia em conformidade com os seus termos, os quais preveem a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. II. Recurso de revista de que não se conhece (grifos nossos) (TST - RR: 379003320095150010, Relator: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 29/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015).

RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. O art. 2º, § 2º, da CLT dispõe que quando uma empresa encontra-se sob direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo econômico, serão ambas solidariamente responsáveis pelas verbas trabalhistas devidas a seus empregados. O Tribunal Regional, com base nos fatos e provas constantes nos autos, constatou que as reclamadas integram o mesmo grupo econômico, ocorrendo a ingerência conjunta nas atividades bancárias e a utilização do mesmo nome comercial. (...). Recurso de revista não conhecido (grifos nossos) (TST - RR: 1638001720055090662, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18/06/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO. A solidariedade entre as Reclamadas tem fulcro

aplicado essa regra no que diz respeito a verbas trabalhistas devidas por uma das empresas, bastando, para a configuração do grupo, a participação delas no mesmo empreendimento, atuando coordenadamente, mesmo que não se destaque o controle por uma empresa líder.

A responsabilidade solidária de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico também é imposta no art. 30, inciso IX, da Lei de Seguridade Social (Lei 8.212/1991)³²³. Ao apreciar questões referentes a essa normativa, o judiciário também reconheceu a existência de solidariedade passiva entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico no que diz respeito à arrecadação e ao recolhimento de contribuições devidas à Seguridade Social. O conceito de grupo econômico nessa esfera é entendido pelo judiciário³²⁴ de forma ampla, estendendo-se a sociedades meramente coligadas - controle, coligação ou simples participação

em norma vigente (§ 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), em razão do grupo econômico que participam, valendo ressaltar que não possui relevância a investigação de quem tenha sido a empregadora da Reclamante, considerando que o mencionado dispositivo Consolidado não traz qualquer exceção neste aspecto para que se afaste a responsabilidade solidária. Na interpretação atual e adequada do que dispõe o § 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, da qual comungo, basta a participação das empresas no mesmo empreendimento, atuando coordenadamente, mesmo que não se destaque o controle por uma empresa líder, para que a solidariedade das integrantes do grupo esteja configurada (grifos nossos) (TRT-5 - RECORD: 821000820085050021 BA 0082100-08.2008.5.05.0021, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 28/01/2011).

³²³ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX - As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

³²⁴ PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. GRUPO ECONÔMICO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ELEMENTO SUFICIENTE. FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES. INTERESSE COMUM. SOLIDARIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO. I. A Lei nº 8.212/1991, motivada pela equidade no custeio da Seguridade Social, estabelece que as empresas integrantes de grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelas contribuições previdenciárias (artigo 30, IX). II. A generalidade da qualificação faz com que as sociedades meramente coligadas - controle, coligação ou simples participação - estejam sob o alcance da norma jurídica. A existência de convenção não é necessária: basta o vínculo societário. (...). IX. Agravo de instrumento a que se nega provimento (grifos nossos) (AI 00999029120064030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. OPERAÇÕES FRAUDULENTAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I. A Lei nº 8.212/1991, no artigo 30, IX, estabelece que as empresas integrantes de grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelas contribuições previdenciárias. II. A disciplina é ostensivamente inovadora, seja porque identifica agrupamento na simples participação de uma sociedade no capital de outra, seja porque confere solidariedade às obrigações assumidas durante a integração. III. A expressão "grupo de qualquer natureza" abrange as reuniões de fato, oriundas de controle societário. Diferentemente do que dispõe a legislação comercial (artigo 265 da Lei nº 6.404/1976), não é necessária a formalização da coesão por contrato; basta a titularidade de quotas ou ações dominantes por organização empresarial. (...). VIII. Agravo a que se nega provimento (grifos nossos) (AI 00227282520144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015.)

societária -, não havendo necessidade da existência de convenção.

Na esfera do Direito do Consumidor, o art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)³²⁵ prevê a responsabilidade subsidiária de empresas integrantes dos grupos societários e de sociedades controladas. No entanto, a jurisprudência majoritária³²⁶ tem invocado a teoria

³²⁵ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa (grifos nossos).

³²⁶ DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NÃO SANADA. APELAÇÃO DA PRIMEIRA RÉ NÃO CONHECIDA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADAS. ASSINATURAS DE REVISTAS. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO. DESCONTO INDEVIDO NO CARTÃO DE CRÉDITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 7º DO CDC. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. CONDUTA ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NÃO OBSERVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

(...)

3. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a responsabilidade solidária das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

4. As instituições financeiras demandadas, na qualidade de prestadoras de serviços, assumem o risco da atividade econômica que exercem e respondem objetivamente e solidariamente pelos danos causados ao consumidor.

(...)

7. Apelação da primeira Ré não conhecida. Apelação do Autor conhecida e parcialmente provida. Apelações do terceiro e quarto Réus conhecidas, mas não providas. Unânime. (Acórdão n.873505, 20120111222759APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/06/2015, publicado no DJE: 18/06/2015. Pág. 159)

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERTÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONFIGURADA. MOTIVOS DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. MORA CARACTERIZADA. LUCROS CESSANTES. DEVIDOS. VALOR DO ALUGUEL. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. POSSIBILIDADE. MULTA COMPENSATÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA.

1. As empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico devem ser solidariamente responsabilizadas pelos danos advindos de contratos por elas firmados. Legitimidade demonstrada, ante à teoria da aparência. Preliminar rejeitada.

(...)

6. Negado provimento ao apelo (Acórdão n.859873, 20130111352429APC, Relator: GISLENE PINHEIRO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/04/2015, publicado no DJE: 13/04/2015. Pág. 257).

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE DUAS EMPRESAS DO MESMO GRUPO, ECONÔMICO QUE INCORREM EM FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRELIMINAR REJEITADA. ANOTAÇÃO INDEVIDA DE NOME DO CONSUMIDOR EM BANCO DE DADOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, POR DÍVIDA JÁ PAGA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM MODERAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A apelante pertencente ao mesmo grupo econômico da Norte Brasil Telecom (VIVO) detém legitimidade para responder solidariamente em ação de indenização por danos morais, quando ambas usam estrutura material e recursos humanos comuns, além de ostentarem a mesma logomarca (VIVO). Reforça esse entendimento o fato de a lide ser regida pelo código de defesa do consumidor e, aos olhos do hipossuficiente, ser

da aparência (que se refere à hipótese em que é difícil para o consumidor diferenciar duas empresas do mesmo grupo, porque atuam sob nomes semelhantes ou por outros motivos desta ordem) para decidir pela solidariedade entre empresas do mesmo grupo econômico.

Apesar de não haver decisões judiciais a respeito, dada a recente promulgação da lei, foi identificada também a previsão de solidariedade entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico na Lei Anticorrupção. Por também referir-se à responsabilidade punitiva, sua análise guarda estreita relação com a solidariedade no âmbito da defesa da concorrência. Ela trata da responsabilização administrativa e penal de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira³²⁷.

Convém destacar que o legislador foi mais claro ao tratar da responsabilidade solidária no âmbito da corrupção do que no das infrações antitruste, deixando menos espaço para dúvidas no que concerne a execução de débitos já constituídos. Conforme expressamente previsto na lei, essa solidariedade é restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. Ou seja, é aplicável na execução de eventual condenação.

É certo que uma análise comparativa entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Defesa da Concorrência pode contribuir para o presente debate. Sendo assim, vejamos o que diz a Lei 12.846/2013:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

(...)

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. (grifos nossos)

Da análise do trecho supra-transcrito, conclui-se, portanto, que (i) ela se restringe às empresas controladoras, controladas e coligadas e não a todas do grupo e (ii) a solidariedade

quase impossível diferenciar uma empresa da outra. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. (...) 4. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da lei nº 9.099/95. Considero pagas as custas processuais. Honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação, a ser pago pela recorrente (grifos nossos) (TJ-DF - ACJ: 20060110053603 DF, Relator: JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 16/07/2008 Pág. 162).

³²⁷“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

[...]

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado” (grifos nossos).

apenas existe para os casos de pagamento de multa e reparação de dano.

Conforme será discutido posteriormente, tal norma se adéqua melhor que a sua correspondente no Direito Antitruste aos ditames do Direito Administrativo Sancionador. Não há que se falar aqui em solidariedade de penas (não monetárias) da infratora. Houve um nítido cuidado do legislador em limitar a incerteza na avaliação de possíveis contingências decorrentes de descumprimentos da legislação brasileira anticorrupção.

Quanto às decisões no âmbito do Direito da Concorrência, o Cade tem usado o art. 33, da Lei 12.529/2011, para determinar que há solidariedade entre as sociedades de um mesmo grupo nos casos em que a infração é comprovada e a empresa condenada pela infração, integrante do grupo, não pague a multa que lhe fosse imposta.

Nessa situação (em que o débito já está constituído e ainda não houve pagamento), a Administração Pública poderia exigir o pagamento da multa por outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico da condenada.

Nesse sentido, o Conselheiro Ragazzo, nos autos do Requerimento nº 08700.005448/2010-14³²⁸, decidiu pela solidariedade para a execução de eventuais multas/obrigações impostas em virtude de condenação ou acordo firmado com o CADE. Vejamos:

122. A responsabilidade solidária da Unimed Brasil pelas infrações à ordem econômica cometidas pelas unidades cooperativas do Sistema Unimed exige que a mesma, no mínimo: *i) pague ou assegure, mediante garantia pessoal, o pagamento da contribuição pecuniária ao FDD; e .ii) assegure, mediante a assunção de obrigações próprias (a serem executáveis somente mediante descumprimento da obrigação original prevista no acordo), que a unidade cooperativa infratora cesse definitivamente a prática anticompetitiva objeto da investigação.* As obrigações próprias serão abordadas no item logo abaixo, de forma a deixar claros o seu escopo e objetivo com relação à prática.

(...)

134. Para tanto, *o maior desafio será conseguir estruturar um modelo que permita a presença de diferentes representados de investigações independentes com a participação solidária da Unimed Brasil para o cumprimento e fiscalização da obrigação de todos.* Dentre os instrumentos à disposição do CADE no exercício do controle de condutas, o que aparentemente se apresenta como o mais adequado para tal tarefa é o TCC. (grifos nossos)

Por outro lado, no Direito Tributário, foi encontrado entendimento mais restrito - a solidariedade é prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN)³²⁹, mas apenas é

³²⁸ Requerimento nº 08700.005448/2010-14.Voto do Conselheiro-relator. 14 de dezembro de 2011.

³²⁹ Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A

aplicável nos casos em que as empresas realizam conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo necessário identificar interesse jurídico (e não meramente econômico) por parte de cada uma das partes envolvidas. Esse entendimento - inclusive no que diz respeito à necessidade de demonstração do interesse jurídico por cada empresa envolvida - já foi consolidado pelo STJ³³⁰.

A doutrina e jurisprudência brasileiras majoritárias afastam ainda a possibilidade de a execução fiscal alcançar pessoas que não figuraram como parte em processo administrativo, do

solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

³³⁰ TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, reconheceu a prática de atividades comuns entre as empresas integrantes do grupo econômico, de forma a reconhecer a responsabilidade tributária solidária e, conseqüentemente, a justificar a legitimidade passiva. Logo, a modificação do julgado requer o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido (grifos nossos) (AGRESP 201400229643, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/03/2015. DTPB).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. EMPRESA DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. 1. No que concerne aos arts. 150, 202 e 203, do CTN e ao art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, a Corte de origem valeu-se de detida análise do acervo fático-probatório dos autos para atingir as conclusões de que não houve a demonstração de fraude, que a CDA continha profundos vícios e que o recorrente não logrou proceder a sua emenda, sendo certo que a alteração desse entendimento esbarraria no óbice inscrito na Súmula 07/STJ. 2. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que inexistente solidariedade passiva em execução fiscal apenas por pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico, já que tal fato, por si só, não justifica a presença do "interesse comum" previsto no artigo 124 do Código Tributário Nacional. 3. Agravo regimental não provido (grifos nossos) (STJ - AgRg no REsp 1102894/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª TURMA, julg. 21/10/2010, DJe 05/11/2010).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 7. Conquanto a expressão "interesse comum" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação. (...) 9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible. 10. "Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008). (...) 13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A (grifos nossos) (STJ - REsp 884.845/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julg. 05/02/2009, DJe 18/02/2009).

qual resultou a constituição do crédito. Humberto Theodoro Júnior afirma:

Sendo a execução fiscal regulada pela Lei no. 6.830 puro procedimento executivo, continua, a meu ver, inadmissível, em feito da espécie, pretender a Fazenda o acertamento de responsabilidades de terceiros ou coobrigados que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 24).³³¹

Nesse sentido, entende o STJ³³² que a solidariedade deve ser observada no momento do lançamento do débito tributário, não sendo possível, no curso da execução fiscal, modificar o polo passivo da demanda para incluir empresa contra a qual não foi constituído o débito.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em processo de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa³³³, ao discutir a possibilidade de responsabilização de sócios por dívidas tributárias da pessoa jurídica, também entendeu que eles devem ser intimados a participar dos atos que culminam na constituição definitiva dos referidos créditos. Para o relator, a inclusão de terceiros como responsáveis pelos débitos tributários sem a demonstração das circunstâncias legais que levaram a tanto seria uma ficção inadmissível no âmbito do direito público.

³³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

³³² RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 31 DA LEI 8.212/91 EM SUA VERSÃO ORIGINAL. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA APENAS CONTRA A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE POSTERIOR RESPONSABILIZAÇÃO DA CONTRATANTE. SOLIDARIEDADE QUE DEVE SER OBSERVADA NO MOMENTO DO LANÇAMENTO DO DÉBITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de recurso especial em que o INSS busca a responsabilização da ora recorrida (tomadora de serviços) pelas dívidas, objeto de execução fiscal, lançadas apenas contra a empresa prestadora de serviços. Afirma que, embora não conste o nome da recorrida na CDA, seria possível o redirecionamento da execução contra ela.

2. A responsabilidade solidária tributária é instituto que visa dar maior garantia à Fazenda Pública para o recebimento de seus créditos fiscais, ou seja, verificando-se que o responsável solidário tem melhores condições de adimplir o débito, pode a credora executá-lo no lugar do devedor principal.

3. Tal instituto, entretanto, não é capaz de legitimar o redirecionamento de execução fiscal, já em curso, contra pessoa jurídica em relação à qual não foi sequer lançado o débito tributário. Isso porque, tanto na esfera administrativa quanto na judicial devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, possibilitando ao contribuinte, caso deseje, impugnar o lançamento do débito, apresentar provas que entenda cabíveis, dentre outras providências.

4. A solidariedade deve ser observada no momento do lançamento do débito tributário, não havendo como, no curso da execução fiscal, modificar o polo passivo da demanda para incluir empresa contra a qual não foi constituído o crédito.

5. Ressalte-se, por fim, que esta Corte Superior admite o redirecionamento da execução fiscal contra o administrador pelos débitos fiscais da empresa, ainda que seu nome não conste na CDA, quando se verificar alguma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Bem diferente é o caso dos autos, em que o INSS busca responsabilizar empresa pelos débitos de outra pessoa jurídica sem que tenha havido contra ela qualquer lançamento tributário. Assim, não há como se conhecer do recurso especial quanto à alínea c do permissivo constitucional, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas.

6. Recurso especial desprovido (grifos nossos) (STJ, Primeira Turma, REsp 463418, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 18/12/2006)

³³³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 608.426.

É possível afirmar que o STF entende que a administração, ao realizar o lançamento do crédito, deve fazê-lo, desde logo, contra o terceiro, demonstrando claramente (sem presunções) as circunstâncias legais que o solidarizam com o débito da pessoa jurídica, facultando a este o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A despeito da falta de unicidade entre o entendimento das diversas áreas do direito a respeito da solidarização pelo pagamento de multas impostas pela administração, o presente trabalho filia-se às conclusões do STF a respeito das execuções fiscais acima descrito.

A partir da analogia com o Direito Tributário, conclui-se que é imprescindível que ao terceiro solidário seja dada a oportunidade de apresentar defesa administrativa em relação não apenas aos fundamentos que o tornam responsável pelo crédito, mas, também, àqueles que dizem respeito à própria exigência do crédito. Por força dos princípios constitucionais, especialmente da culpabilidade, do devido processo legal e da segurança jurídica, a solidariedade prevista pela Lei 12.529/2011 não deve ser imputada à controladora se ela não participou do processo nem lhe foi oportunizado o direito de defesa. Isso seria abusivo mesmo no plano da responsabilidade civil e, com maior razão, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

III.3. A responsabilidade solidária por ilícitos concorrenciais

A partir das conclusões do capítulo anterior a respeito da solidariedade do pagamento de condenações impostas pela administração, é possível inferir que a responsabilidade solidária pelo próprio ilícito é ainda mais problemática. Sabendo disso, os parágrafos a seguir buscarão demonstrar a delicadeza dessa responsabilização no âmbito do Direito Antitruste com maior profundidade.

Os sistemas legais de imputação dos custos e riscos gerados pela atividade empresarial sofreram uma profunda evolução ao longo dos tempos e acompanharam o desenvolvimento das próprias formas jurídicas das empresas. Ao passo que o modelo tradicional de sociedade comercial individual foi se tornando obsoleto, os grupos de sociedades foram ganhando espaço. Vale dizer que essa transformação dos sistemas econômicos e das estruturas organizativas de empresas apenas foram possíveis graças à consagração do fenômeno do controle intersocietário (ANTUNES, 2005)³³⁴.

As incertezas a respeito das normas que regulam esse controle geram um ambiente de

³³⁴ ANTUNES, 2005, op. cit.

insegurança no mercado econômico que compromete o crescimento econômico e afugenta novos investimentos. Por isso, o presente debate tem papel importante no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país.

As lacunas aqui discutidas se referem aos meios específicos para atingir os patrimônios das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que as beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, ao mesmo tempo que infringem as leis de defesa da concorrência. Nesse sentido, é importante que se discuta as hipóteses de responsabilização solidária por essas infrações.

Ao avaliar se e em que condições poderão ou deverão ser imputáveis à controladora as condutas perpetradas ou as dívidas contraídas pela controlada, Antunes defende que há três tipos de estratégias regulatórias fundamentais no mundo.

O primeiro deles, o modelo norte-americano ou estratégia regulatória tradicional, é o mais difundido a nível mundial, seja nos países da “Common Law”, seja nos países da “Civil Law” e está assentada nos quadros clássicos ortodoxos do Direito Societário (ANTUNES, 2005)³³⁵. Segundo Antunes, essa estratégia, fundada na autonomia societária, não permite que a sociedade-mãe seja responsabilizada pelos atos ou débitos dos demais entes societários integrados no mesmo grupo, uma vez que são pessoas jurídicas independentes.

Nesse caso, as demais entidades de um mesmo grupo apenas poderão ser responsabilizadas quando houver desconsideração da personalidade jurídica das sociedades envolvidas (“*disregard of corporate entity*”, “*piercing the corporate veil*”). Considerando que a responsabilização somente acontecerá em situações de exceção, do ponto de vista jurídico, é criada uma enorme inconsistência e insegurança jurídicas, sendo exageradamente casuístico, como afirma Antunes, o que inviabiliza a previsibilidade para casos futuros (ANTUNES, 2005)³³⁶.

Em reação à ortodoxia do sistema regulatório tradicional, foi criado o modelo europeu ou estratégia revolucionária. Os adeptos dessa linha defendem que a sociedade-mãe será responsável por todas as dívidas ou passivo das respectivas sociedades-filhas. A responsabilização se dá uma vez que a controladora determina a vida e a gestão empresarial das controladas, fazendo com que surja uma empresa unitária (ANTUNES, 2005)³³⁷. Nas palavras de Antunes:

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

Esta nova estratégia arranca de uma pressuposta visão do grupo societário como uma espécie de empresa unitária cujas unidades componentes se encontram debaixo do absoluto domínio exercido pela sociedade de topo (uma espécie de variante de uma sociedade comercial com divisões destituídas de individualidade jurídica), que reclama, em consequência, a aplicação de um regime jurídico de responsabilidade exatamente oposto – a responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe (ANTUNES, 2005, p. 43).

O autor assevera, contudo, que esse modelo gera insegurança e automatismo dos resultados de sua aplicação, especialmente quando se trata de empresas que ocupam o vértice dos grupos econômicos. Essas sociedades controladoras estariam expostas a ações judiciais de responsabilização por passivos alheios a todo tempo, o que poderia até mesmo abalar a estabilidade financeira do próprio grupo. Ao impor solução uniforme a todos os tipos de grupos de sociedades, o modelo se mostra incapaz de regular de maneira flexível e diferenciada, e não permite a acomodação das diversas características que identificam as empresas plurissocietárias, em especial as descentralizadas (ANTUNES, 2005)³³⁸.

A título de exemplo, vale mencionar que, ao analisar a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo, a *European Commission* e a *European Court of Justice* (“ECJ”), por um lado, têm usado o conceito de *single economic entity*³³⁹ para analisar a responsabilidade intragrupal. As instituições europeias têm, todavia, frequentemente se absterido de uma análise detalhada das circunstâncias do caso concreto em favor da mera referência à existência de uma entidade econômica entre a empresa mãe e suas subsidiárias.

A ECJ, por outro lado, tem tentado estabelecer critérios capazes de determinar a distribuição da responsabilidade entre sociedades de um grupo econômico - ou seja, tem buscado estabelecer sob que circunstâncias uma empresa-mãe poderia ser responsabilizada por violações de suas subsidiárias. Destacam-se, a esse respeito, os casos *Stora*³⁴⁰ e *Akzo Nobel*³⁴¹.

No primeiro caso, a corte entendeu que existe no direito antitruste europeu uma presunção relativa (i.e., pode ser refutada) de que as subsidiárias integrais seguem a política de

³³⁸ Ibid.

³³⁹ A noção de *single economic entity* tem, cada vez mais, sido equiparada àquela de *undertaking* no Direito da Concorrência europeu. Ouseja, a *single economic entity* tem sido considerada “*a unitary organization of personal, tangible, and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long term basis, regardless of its legal status and the way it is financed*” (Mestmäcker/Schweizer, *Europäische Wettbewerbsrecht*, 2004, apud, PAUER, Nada Ina. *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2014.)

³⁴⁰ ECJ em 16/11/200, Caso C-286/98 P, *Stora Kopparberg Bergslags AB vs. Commission of the European Community*, [2000], ECR I-9925.

³⁴¹ ECJ em 10/09/2009, C-97/08 *Akzo Nobel NV vs. Commission*, [2009] ECR I-08237.

negócios de suas controladoras; enquanto no outro, a corte esclareceu as circunstâncias pelas quais as empresas-mães devem ser responsabilizadas, observado o comportamento anticompetitivo de suas subsidiárias.

O conceito de *single economic entity*, poderia, a princípio, permitir que uma subsidiária, sua empresa-mãe ou até mesmo o grupo inteiro respondessem solidariamente por condutas ilícitas praticadas por uma das sociedades do grupo. Contudo, não é certo que se pode utilizar indiscriminadamente essa teoria para responsabilizar, de forma solidária, outras entidades integrantes do grupo econômico de uma sociedade que tenha agredido o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia³⁴².

Sua aplicação indiscriminada peca ao não considerar as várias possibilidades e meios de estruturação de grupos econômicos sob o prisma do direito societário, bem como o escopo e intensidade do controle econômico que a sociedade-mãe tem poder para exercer e os efeitos gerados pelo acordo entre as empresas de um mesmo grupo no mercado como um todo.

O terceiro e último modelo é conhecido como estratégia intermediária ou modelo alemão. Esse regime de responsabilidade dos grupos societários decorre do acomodamento da realidade grupal em um dos modelos formais de grupo (de direito ou de fato). Esse entendimento é resumido da seguinte maneira na obra de Antunes:

Em suma, pode afirmar-se que o regime de responsabilidade da empresa plurissocietária resultante deste modelo dualista decorre automaticamente do acomodamento ou integração da realidade ou fauna grupal num destes dois modelos formais de grupo: ou um sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, estabelecido “ex ante”, no caso dos grupos de direito (onde a sociedade-mãe viu reconhecido um poder legal de controlo sobre a condução dos negócios sociais daquelas), ou um sistema de compensação pontual e casuístico, apenas constatável “ex post” no caso das filiais dos grupos de facto (onde é suposto as sociedades-filhas permanecerem autónomas na condução dos seus negócios, pelo que a sociedade-mãe apenas poderá ser obrigada a compensar aqueles prejuízos patrimoniais que hajam concretamente resultado para as filiais em consequência do uso ilegítimo por aquela da sua influência dominante) (ANTUNES, 2005, p. 46)³⁴³.

³⁴² O tratado estabelece em seu artigo 101 (1) que: "*The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:*

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".

³⁴³ Antunes, 2005, op. cit.

A terceira via ganhou popularidade por separar e conciliar de um modo formal e artificial duas teorias antagônicas. Isto é, ela foge ao modelo americano que tende a ver os grupos exclusivamente da perspectiva do princípio da autonomia societária, ao mesmo tempo que dá solução diferente à proposta pela União Europeia que está, de maneira diametralmente oposta, apoiada no princípio do controle societário.

Apesar do disposto no art. 33, da Lei de Defesa da Concorrência, que parece aproximar o sistema brasileiro do modelo europeu, Antunes defende que o Brasil aderiu ao terceiro modelo com a LSAs. A generalidade que o legislador deu à norma não invalida sua interpretação racional, visando uma adequação sistêmica e harmônica com nosso ordenamento jurídico.

Apesar de as ações do ente controlado, por integrar um ambiente de confusão patrimonial, organizacional e de interesses, não poderem ser isoladas das ações das demais sociedades do grupo, é possível entender que os critérios para a responsabilização de sociedades controladas devem ser estabelecidos tendo em conta o poder de influência das outras sociedades integrantes desse mesmo ambiente, em especial das que comandam tais grupos econômicos.

A partir dessas conclusões, não poderia o art. 33 acima mencionado ser aplicado de maneira genérica, no que se refere à responsabilização por infrações por elas cometidas. Ademais, ela deixa a desejar quando se trata da adequação das garantias constitucionais ao processo administrativo sancionador, especialmente no âmbito dos grupos de sociedades, conceito tão flexível e elástico, do ponto de vista societário. A relação desse debate com os princípios do direito brasileiro será discutida no Capítulo IV.

Ao analisar os deveres e responsabilidades do titular do controle *interna corporis* e o desvio de poder, Comparato e Calixto Salomão (2014)³⁴⁴ concluem que para que se possa responsabilizar grupos econômicos é necessário que o elemento subjetivo esteja presente. É necessário enfatizar que a responsabilidade mencionada por eles não se confunde com a responsabilidade subjetiva pura, baseada na demonstração da intenção, ou mesmo com a responsabilidade objetiva. Para eles, é sempre possível que a sociedade se exima de responsabilidade demonstrando que respeitou a independência patrimonial da sociedade controlada:

Por responsabilidade de grupo subjetiva deve-se emendar aquele tipo de regra (legal ou jurisprudencial) que com base em uma predeterminada configuração da estrutura

³⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima, 6 ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2014.

grupal, “presume” a existência de um comportamento fraudulento (COMPARATO, SALOMÃO FILHO, 2014, p. 362).³⁴⁵

O presente trabalho não poderia chegar a um entendimento diverso do apresentado pelos autores. Caso fosse dispensada a necessidade de avaliação da reprovabilidade da conduta, não haveria que se discutir a atribuição da responsabilidade à controladora por ações ou omissões de suas controladas. Isto é, caso fosse admitida uma interpretação que entende a responsabilidade, por qualquer que seja o ilícito antitruste, como uma responsabilidade objetiva, vazio seria o debate a respeito do alcance da responsabilidade entre empresas do mesmo grupo, pois estaria dispensada a imputação subjetiva. É por isso, portanto, que Ana Frazão defende que as autoridades antitruste têm o dever de avaliar a reprovabilidade da conduta³⁴⁶.

No mesmo sentido, entende-se que, ao se tratar da responsabilidade por uma infração à ordem econômica, sempre será possível que a empresa se exima de responsabilização caso demonstre que não exercia controle (ou influência dominante do ponto de vista concorrencial) sobre a sociedade infratora, isto é, se a empresa não envolvida diretamente na conduta é capaz de provar que não influenciou o comportamento da infratora no mercado.

O próprio texto constitucional³⁴⁷ apenas autoriza a repressão aos abusos de poder econômico que têm por fim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, exaltando a necessidade de imputação subjetiva. Essa previsão é decorrência do princípio da individualização da pena, que exige que a reprovabilidade deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, não havendo reprovabilidade da conduta, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria.³⁴⁸

Outro aspecto importante é a necessidade de apuração ou não dos efeitos da conduta ilícita perpetrada pela infratora para apuração da reprovabilidade e, em consequência, da atribuição de responsabilidade à controladora. Seria necessário que a controladora se beneficiasse direta ou indiretamente do fato ilícito investigado? Nesse caso, seria possível

³⁴⁵ Ibid., p. 362.

³⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01. Voto da Conselheira Ana Frazão. 01 de outubro de 2014.

³⁴⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

³⁴⁸ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão, em 01.10.2014, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01, pp. 51-52.

afirmar que a conduta ilícita da controlada refletiu as estratégias negociais da controladora, a qual, portanto, deveria ser punida?

Considerando que a infração antitruste tem tipicidade aberta e ainda pode ser considerada uma infração de perigo (dispensa a produção de efeitos), a união da responsabilidade independente de culpa, ou seja, sem aferição de sua reprovabilidade, é ainda mais problemática. Nesse caso, seria conferido às autoridades antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem a arbitrariedades.³⁴⁹

A Lei 12.529/2011, ao atribuir responsabilidade solidária às empresas integrantes de grupos econômicos pela conduta ilícita praticada por outra empresa do mesmo grupo, ampliou o polo passivo de uma obrigação, repercutindo sobre o direcionamento da exigibilidade do seu cumprimento a mais de uma pessoa.

Os tribunais brasileiros, por vezes, ao analisar o tema, têm atribuído responsabilidade pelo cumprimento de obrigações a pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo daquela originariamente obrigada. Para embasar esse entendimento, utilizam o argumento da existência de um controle comum entre as sociedades e de que elas teriam estruturas meramente formais. Aduz-se que a separação é meramente formal entre as empresas uma vez que elas constituem um só grupo econômico, com a mesma direção e que os negócios, nesse caso, são conduzidos tendo em vista os interesses do grupo e não os de cada uma das diversas sociedades.

Também já se autorizou a solidariedade em um grupo pelo fato de as sociedades exercerem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. O entendimento, pois, é no sentido de que, no grupo econômico, os negócios são realizados com interesse globalmente unificado, já que o controle é comum e unitário, sendo solidária, portanto, a responsabilidade entre todas as controladas.

Nesse sentido, pode-se citar o acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 12.872, Relatora Nancy Andrichi, de 24.06.2002, no qual se estendeu os efeitos da falência para outra empresa controlada pelos mesmos sócios da falida. A decisão, como já mencionado, fundamentou-se na existência de um controle comum entre as sociedades, defendendo que elas teriam estruturas meramente formais³⁵⁰.

³⁴⁹ Ibid., p. 53.

³⁵⁰ Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

Em acórdão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ao fazer referência à desconsideração para atingir empresa do mesmo grupo ou conglomerado (de fato ou de direito), entendeu que quando ele servir para impedir fraudes e abusos de direito³⁵¹, deverá ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica à relação existente entre sociedades do mesmo grupo empresarial³⁵².

Diante do exposto e considerando as questões que o presente trabalho se propõe a discutir, é necessário analisar com maior cuidado as normas que regulam a responsabilidade solidária no direito antitruste. Para tanto, partir-se-á da análise do art. 17 da Lei 8.884/1994³⁵³ (antiga Lei de Defesa da Concorrência). O artigo dá ensejo a duas possíveis interpretações, conforme será demonstrado a seguir.

De acordo com a primeira interpretação, entende-se que não se permitia a investigação de uma pessoa jurídica em decorrência de ações de outra. A solidariedade a partir desse ponto de vista era possível somente nos casos em que ambas as empresas tivessem concorrido para a prática do ilícito.

Tal entendimento se torna evidente com o texto dado ao art. 33 da Lei 12.529/2011³⁵⁴ (nova Lei de Defesa da Concorrência). A substituição na lei do termo "praticarem" pelo "praticar" [infração à ordem econômica] evidencia que, para a lei anterior, era necessário que a sociedade empresária praticasse a infração para ser responsabilizada. Tal mudança revela que, segundo a lei anterior, apenas poderia haver a responsabilização por ato próprio, bastando, para

Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. (grifos nossos) (STJ, Terceira Turma, RMS 12872/SP, Rei. Min. Nancy Andriughy, j. 24/06/2002)

³⁵¹ Flagrante a intenção da "doutrina da penetração" de combater fraudes e abusos de direito, foi com essa motivação que o Acórdão embargado, ante as circunstâncias do caso, considerou válida a penhora de bem pertencente à embargante nos autos de ação movida contra outras sociedades do mesmo grupo empresarial. Assim é que, na hipótese dos autos, a "Disregard of Legal Entity" com origem na separação entre sócio e sociedade foi estendida à relação existente entre sociedades do mesmo grupo empresarial. (grifos nossos)

³⁵² A esse respeito, referir-se aos trabalhos mencionados na nota de rodapé 42.

³⁵³ Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

³⁵⁴ "Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica."

afastar a responsabilização, que se mostrasse que as demais empresas do grupo ou a controladora não são infratoras por não terem participado diretamente na infração.

Essa conclusão lógica que se retira da comparação entre a norma prevista na antiga lei e na nova, contudo, não é inquestionável. O artigo, como já dito, também pode ser interpretada de uma segunda maneira.

A partir desse segundo ponto de vista, pode-se inferir que o legislador de 1994 foi atécnico ao redigir o art. 17 da Lei 8.884. Isso porque, ao usar o termo “praticarem”, ele deixa claro que apenas responderão aquelas sociedades que tiverem participado de forma direta na infração. Nesse caso, em que todas as sociedades participam diretamente da infração, não há que se falar em solidariedade, já que elas estariam apenas sendo responsabilizadas pela infração que elas mesmas cometeram. Haveria, portanto, reprovabilidade.

Passando à análise do art. 33 da Nova Lei de Defesa da Concorrência, seria possível inferir que o legislador, com a nova redação dada à norma, abriu espaço para uma interpretação extensiva do dispositivo de maneira a se considerar de forma ampla a solidariedade, fazendo com que as consequências dessa solidarização pudessem ser impostas de maneira indiscriminada a outras sociedades empresárias que integrassem o mesmo grupo societário.

Tal interpretação é delicada, tendo em vista que a punição de uma infração administrativa não pode estar desvinculada da reprovabilidade da conduta, como já defendido.

Uma vez que a análise da reprovabilidade decorre de princípios constitucionais inafastáveis, é importante ressaltar que, ainda que se faça mais complexa a análise antitruste, não é possível desconsiderar tal análise ao aplicar uma punição.

Nesse contexto, é necessário identificar quais as entidades e condutas e de que maneira elas devem ser consideradas para a aplicação da norma. Não se questiona que quem exerce o poder deve ter a respectiva responsabilidade. Defende-se apenas que os parâmetros para tal responsabilização devem ser determinados de maneira clara, observando os óbices de certos princípios, especialmente quando se cogita uma interpretação extensiva da norma e a responsabilização de controladoras não apenas pelas multas impostas às suas subsidiárias, mas também por suas infrações.

Diante do exposto, conclui-se que não é possível a atribuição de punição sem que haja um juízo subjetivo, que leve em conta as intenções e características dos diferentes agentes a serem responsabilizados.

IV. Conclusão

Ante o exposto, é certo que a prática de ato em processo administrativo, cuja parte investigada é pessoa jurídica estrangeira, através de empresas nacionais integrantes do mesmo grupo econômico, é legítima. Isso porque, no que concerne à intimação/notificação das empresas estrangeiras, são infinitas as dificuldades impostas à cooperação internacional para a prática de atos processuais, o que pode comprometer a própria efetividade da investigação. Sendo assim, e por não representar imputação de pena pelo Estado, é razoável que esse meio seja utilizado.

Contudo, quando se trata do pagamento de débitos já constituídos, isto é, multas e condenações já aplicadas, não deve haver imputação do ônus à controladora se ela não participou do processo e se não lhe foi oportunizado o direito de defesa. Isso seria abusivo mesmo no plano da responsabilidade civil e com maior razão no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Com relação à responsabilidade pela infração, conclui-se que ela exige um juízo subjetivo. Caso fosse admitida uma interpretação que entende a responsabilidade, por qualquer que seja o ilícito antitruste, como uma responsabilidade objetiva, vazio seria o debate a respeito do alcance da responsabilidade entre empresas do mesmo grupo. Nesse sentido, ao se tratar da responsabilidade por uma infração à ordem econômica, deve ser possível que a empresa controladora, ou qualquer outra do grupo econômico, se exima de responsabilização caso demonstre que não participou da conduta ou que não exercia controle sobre a sociedade infratora.

Isso nos leva a uma segunda conclusão: o art. 33 da Lei 12.529/2011 não pode ser aplicado de maneira genérica, no que se refere à responsabilização por infrações antitruste. Com efeito, a aplicação genérica agride uma série de garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo sancionador, como os princípios da culpabilidade, do devido processo legal e da segurança jurídica. Essas garantias são ainda mais importantes quando se trata de grupos econômicos, conceito tão flexível e elástico, do ponto de vista societário, e tão importante jurídica e economicamente.

V. Referências Bibliográficas

ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório**. Revista Direito GV, v.1 n.2, pp. 29-68, jun-dez 2005.

_____. Os Grupos de Sociedades. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

AMORIM, Raquel Rodrigues. **A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos societários: uma análise da doutrina e da jurisprudência do STJ**. Brasília, 2011.

COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm**. Econômica, n. 4, 1937. Disponível em: <<http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>>. Acesso em 04 de março de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**, 6 ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2014.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira; ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Hipóteses de Responsabilidade Solidária e Decorrentes de Sucessão Empresarial na Lei de Empresa Limpa e Impacto nas Operações Societárias**. Revista do Advogado nº 125, Ano XXXIV, Dezembro de 2014.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16705/Disserta%3F%3Fo%20-%20Pedro%20Ivan%20Vasconcelos%20Hollanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04 de março de 2016.

MEDEIROS, Ana Rafaela M. de. **O abuso do poder de controle nas sociedades anônimas abertas: análise das decisões da CVM**, Brasília, 2012.

PAUER, Nada Ina. **The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law**. Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge e POSSAS, Mario. **Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência**. Economia Contemporânea n. 2. Jul - Dez de 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Valesca Camargos. Grupos de Sociedades e Responsabilidade Intragrupal. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/valescacamargossilvagruposdesociedadeseresponsabilidadeintragrupal.pdf>>. Acesso em 04 de março de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institutions of Capitalism**. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985.