

# 7

## RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO GRUPO ECONÔMICO POR INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA<sup>1</sup>

Joint and several liability in the economic group for violations of the economic order

Alexandre Ditzel Faraco<sup>2</sup>

Universidade Federal do Paraná (UFPR/PR) - Curitiba/PR, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O presente artigo discute parâmetros para aplicação do artigo 33 da Lei 12.529/11, o qual estabelece responsabilidade solidária por infrações da ordem econômica entre empresas que integram um grupo econômico.

**Objetivo:** Demonstrar que a aplicação literal da regra a partir da identificação do grupo econômico com base em vínculos societários formais levaria a resultados inconsistentes.

**Método:** Identificação e análise de normas e decisões pertinentes.

**Resultados:** O grupo econômico, para fins do direito da concorrência, não pode ser definido de forma abstrata, mas deve ter como referência a conduta investigada e as relações entre sociedades que permitem identificar, em dado caso concreto, uma direção unitária da estratégia competitiva.

**Conclusão:** A correta definição de grupo econômico terá reflexos sobre como o tema deve ser tratado em processos administrativos voltados a sancionar infrações da ordem econômica e sobre o cálculo de multas.

**Palavras-chave:** grupo econômico; responsabilidade solidária; direito da concorrência.

### STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** This article discusses standards to apply Article 33 of Law 12,529/11, which establishes joint and several liability for violations of the economic order among undertakings that are part of an economic group.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 28/03/2022 **Aceito em:** 30/08/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR). **E-mail:** [adfaraco@gmail.com](mailto:adfaraco@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1695900581926821>. **OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0002-8350-8429>.



**Objective:** Demonstrate that applying the rule literally, based on the identification of the economic group from formal corporate links, would produce inconsistent results.

**Method: Identify and analyze relevant rules and decisions.**

**Results:** The economic group for competition law purposes cannot be defined in an abstract manner. It should have as reference the investigated conduct and the links among corporations that allow, in a certain case, a unitary direction of the competitive strategy.

**Conclusion:** The correct definition of economic group will impact how the matter is addressed in administrative proceedings to sanction violations of the economic order and how fines are calculated.

**Keywords:** economic group; joint and several liability; competition law.

**Código de classificação JEL:** K21

*Sumário: 1. Introdução. 2. A hipótese legal de solidariedade passiva no grupo econômico. 3. Conceito de grupo econômico não pode ser visto de forma estática e construído a partir da mera identificação de vínculos societários. 4. Contornos do grupo econômico depende do caso concreto. 4.1. Solidariedade passiva nos processos do Cade. 4.2. Cálculo da multa. 5. Referências bibliográficas.*

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro pune ilícitos à concorrência – as denominadas infrações da ordem econômica previstas na Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011) – afastando-se dos modelos clássicos de responsabilidade baseados na demonstração de culpa. A responsabilidade é legalmente definida como objetiva – artigo 36 da Lei 12.529/11 –, prescindindo da caracterização de culpa ou dolo dos indivíduos que atuam como representantes ou em prol da empresa.

A responsabilidade objetiva garante maior eficácia à atividade repressiva, pois dispensa a identificação precisa da cadeia de responsabilidade e das ações individuais no interior da estrutura jurídica empresarial, o que pode ser complexo e mesmo inviável. A responsabilização pelo ilícito exige, porém, a demonstração de nexo de causalidade. Prescinde-se de culpa ou dolo, mas não da relação causal entre o ilícito e condutas ou omissões de pessoas físicas relacionadas às atividades desenvolvidas no âmbito da empresa. Se houve adoção de conduta uniforme entre concorrentes, é preciso demonstrar que decorre de atos determinados praticados por administrador ou empregado no contexto e em benefício de dada organização empresarial.

A Lei 12.529/11 complementa a previsão de responsabilização objetiva com a extensão do seu alcance a pessoas jurídicas não necessariamente envolvidas de forma direta na conduta. Há no artigo 33 regra expressa de responsabilidade solidária no âmbito do grupo econômico, o que garante maior eficácia à repressão aos ilícitos no contexto de grupos complexos, nos quais se sobrepõem múltiplas pessoas jurídicas, distintas sob o aspecto formal, mas sujeitas a um mesmo direcionamento em sua atuação. Responsabilidade sem culpa e solidariedade se complementam, assim, para garantir maior eficácia na atuação das autoridades administrativas competentes para sancionar tais condutas.

Essas regras são, por vezes, aplicadas de forma literal e automática a partir da mera consta-

tação da existência de um grupo com base em vínculos societários. Mas se a própria responsabilidade objetiva não prescinde da identificação da relação entre ilícito e ações ou omissões atribuíveis à pessoa jurídica, a solidariedade dentro do grupo tampouco pode surgir sem que esteja presente essa relação. Admitir o contrário faria com que as sanções alcançassem aqueles que não se beneficiam ou não têm meios de impedir o ilícito, o que é incompatível com o princípio de que a pena não deve ir além da pessoa do infrator (artigo 5º, XLV, CF) (BRASIL, 1988).

Este artigo identifica parâmetros a serem observados para que a aplicação da regra de solidariedade não se torne arbitrária e se adeque aos objetivos da lei que a prevê. Em síntese, argumenta que não basta apenas caracterizar a existência de grupo econômico a partir de determinados vínculos societários para aplicar a regra de solidariedade. São necessários outros elementos para fins de aplicação do direito da concorrência que darão ao grupo contornos específicos a partir das circunstâncias do caso concreto.

Essa forma de compreender os grupos afeta não apenas a interpretação da regra de solidariedade, mas terá consequências práticas sobre como e em que momento a questão deve ser abordada nos processos administrativos sancionadores. Impacta, ainda, a discussão sobre a base de cálculo da multa. O texto legal permite que a multa seja calculada sobre o faturamento do grupo, sem vincular expressamente essa possibilidade à caracterização de solidariedade. Mas o que se defende, aqui, é que a noção de grupo deve ser a mesma na aplicação de ambos os artigos, o que limitará as situações em que pode ser considerado o faturamento do grupo para cálculo da multa àquelas em que esteja caracterizada a solidariedade.

## 2. A HIPÓTESE LEGAL DE SOLIDARIEDADE PASSIVA NO GRUPO ECONÔMICO

A Lei 12.529/11 estrutura o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Define ilícitos ao funcionamento do mercado – os quais denomina de “infrações da ordem econômica” – e organiza a atuação de autoridades voltadas à repressão e prevenção de tais ilícitos.

O sistema de controle e repressão instituído pela Lei 12.529/11, assim como ocorria com a legislação precedente, é essencialmente administrativo e centrado na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, autarquia federal com caráter judicante e jurisdição em todo território nacional (artigo 2º). O Cade detém competência para investigar e punir os ilícitos.<sup>3</sup>

Os ilícitos são definidos no artigo 36 a partir da descrição abrangente de determinados efeitos sobre o mercado. A ilicitude resta caracterizada quando os atos tiverem por objeto produzir esses efeitos ou puderem simplesmente produzir tais efeitos, ainda que o objeto seja outro e até mesmo lícito. Nessa segunda espécie estão atos que podem ser lícitos em determinados contextos e ilícitos em outros. Como a definição do ilícito não se baseia na descrição de determinada conduta, mas de seus efeitos, é possível que o mesmo comportamento caracterize infração num caso e não em outro, o que responde por parte da complexidade envolvida na caracterização de muitos dos ilícitos

<sup>3</sup> As condutas definidas como ilícitas na Lei 12.529/11 podem gerar efeitos em outros âmbitos. O principal ilícito à concorrência – o cartel – é também tipificado como crime na Lei 8.137/90. A mesma conduta pode, portanto, ser objeto de sanções administrativas e penais. É comum, ainda, a cooperação e atuação conjunta do Cade com autoridades responsáveis pela persecução penal – polícia e Ministério Público – na repressão aos cartéis. O ilícito administrativo pode, também, gerar consequências na esfera cível. Aqueles prejudicados pela conduta podem pleitear judicialmente indenizações pelos danos sofridos e imposições de obrigação de fazer e não-fazer para cessar os efeitos contrários à concorrência.

no direito da concorrência.

O ilícito se caracteriza, ainda, de forma objetiva, independentemente de culpa. Desnecessário, portanto, para caracterizar a conduta ilícita, perquirir sobre a intenção do infrator. Como a ilicitude se define a partir dos efeitos, não tem relevância a efetiva intenção dos envolvidos. Do ponto de vista subjetivo podem até visar resultados lícitos, mas a produção dos efeitos referidos no artigo 36 afasta a licitude da conduta. Apenas em relação à pessoa física do administrador da empresa a responsabilização depende da comprovação de sua culpa ou dolo.

Além da responsabilidade ser aferida de forma objetiva, há previsão de solidariedade no grupo econômico nos seguintes termos: “[s]erão 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” (artigo 33).

A regra de solidariedade no grupo econômico já existia na Lei 8.884/94 que antecedeu a Lei 12.529/11. Em seu artigo 17 estabelecia que “[s]erão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica”. O texto revogado difere do atual por adotar hipótese mais restrita de solidariedade, a qual só se verificaria entre as integrantes do grupo econômico às quais fosse imputável a prática da infração. A regra era semelhante àquela que existe no âmbito da responsabilidade civil quando o dano é causado por ofensa que tem mais de um autor (artigo 942 do Código Civil<sup>4</sup>).

O texto atual admite a solidariedade entre integrantes do grupo econômico quando ao menos uma das empresas pratica infração. Tem, portanto, ao menos sob um enfoque literal, abrangência potencialmente maior. Caracterizada a existência de grupo econômico, no âmbito do qual determinada entidade praticou infração, seria aplicável a regra de solidariedade aos demais integrantes.

A Lei 12.529/11 não define o que seria “grupo econômico”, conceito multifacetado e sem unicidade na legislação brasileira. Na legislação societária há tratamento expresso dos “grupos de sociedade”, que corresponderiam ao “grupo de direito” referido no artigo 33. Trata-se de grupo formalmente constituído reunindo sociedade controladora e suas controladas (artigo 265 da Lei 6.404/76). Apesar do tratamento legal detalhado, não tem relevância alguma e na prática não é usado na organização da atividade econômica (CARVALHOSA, 1998, p. 262).

A legislação societária trata, também, do que se chama na doutrina de “grupos de fato” decorrentes da existência de relações de controle e coligação entre as sociedades, conforme definidas no artigo 243 da Lei 6.404/76. Esses conceitos são fixados legalmente para estabelecer obrigações de prestação de informações, limitar participações recíprocas e disciplinar responsabilidade de administradores e controladores.

Nos termos do artigo 243, “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” e “[c]onsidera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, 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”. Presume-se a existência de influência significativa e, portanto, de coligação quando “a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la”.

<sup>4</sup> “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Os conceitos encontrados na legislação societária – ou em outros diplomas normativos – não abrangem a delimitação de “grupo econômico” para fins do direito da concorrência. As finalidades previstas em cada âmbito são distintas, o que torna os conceitos encontrados na legislação societária insuficientes para disciplinar as questões propriamente concorrenciais. Enquanto o direito societário regula relações patrimoniais e utiliza esses conceitos para proteger interesses privados – de acionistas e credores – o direito da concorrência preocupa-se com o uso das estruturas societárias para fins de organização do exercício do poder econômico (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 437). O próprio uso do termo “grupo econômico” na Lei 12.529/11 indica que se pretendeu trabalhar com conceito não adstrito ao de “grupos societários” de fato ou direito.<sup>5</sup>

No plano infralegal, o Cade delimitou conceito de grupo na Resolução 2/2012 com referências a critérios objetivos de relações entre sociedades. Não se limita a transpor a conceituação da legislação societária, mas faz uso de parâmetros decorrentes das relações formais entre sociedades: “[c]onsidera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente: I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

A conceituação de grupo econômico na Resolução 2/2012, além de ser infralegal, tem finalidade bastante específica. Procura dar certeza e objetividade ao cálculo do faturamento a ser considerado para fins de aferir se as partes de determinado ato de concentração – conforme definido no artigo 90 da Lei 12.529/11 – preenchem o critério que exigiria notificação prévia da operação ao Cade. Não é conceito que deveria vincular o Cade em casos de investigação de infrações, tampouco serve de parâmetro para definir a responsabilidade solidária dentro do grupo econômico.<sup>6</sup>

Ao se destacar a impropriedade do uso da Resolução 2/2012 para fins de interpretação do artigo 33 – e para o controle de condutas em geral – não se pretende sugerir a necessidade de sua revogação. Mas que o respectivo conceito geral e formal de grupo econômico que contém seja aplicado apenas para o fim específico para o qual foi criado no contexto do controle de estruturas.

Não obstante, o Cade tem feito referência a esse conceito para diferentes finalidades no âmbito do controle de condutas. É prática ordinária, por exemplo, requisitar em investigações informações sobre o grupo e seu faturamento tendo como referência o conceito da Resolução 2/2012; ou citá-lo na solução de questões sobre validade da notificação dos representados ou alegações de ilegitimidade passiva. A Resolução 2/2012 é o único conceito infralegal de grupo no âmbito do CADE e, embora formulado para fim específico no controle de estruturas, acaba por ser usado impropriamente

5 Viviane Muller Prado (2006) observa que “o conceito de grupos empresariais não tem nenhum valor em si mesmo e seu conteúdo não pode ser encontrado a partir de uma análise isolada, pois deve estar em consonância com os objetivos e finalidades da regulamentação que atribui determinadas consequências jurídicas a certas estruturas societárias”; acrescenta que “não há uma unidade do conceito de grupo de empresas de forma a ser aplicado a todo o sistema jurídico”.

6 O critério legal para determinar quando determinado ato deve ser submetido ao Cade – i.e., o faturamento do grupo – não é propriamente indicativo de poder econômico, tanto que a maioria dos casos submetidos ao controle de atos de concentração é analisada e aprovada de forma sumária e são poucos os que implicam algum tipo de impacto sobre a concorrência. Como a análise do poder econômico e o impacto de uma operação sobre sua concentração é complexa e inerente ao mérito do controle que o Cade faz, usar parâmetros como participação de mercado como critério de notificação das operações geraria incertezas, como constatado na experiência brasileira sob a Lei 8.884/94. O critério de faturamento garante maior objetividade, embora possa com frequência estar dissociado da existência de efetivos problemas concorrenciais objeto do controle de estruturas pelo Cade. Nesse sentido, o conceito de grupo econômico delineado na Resolução 2/2012 está também dissociado de qualquer relevância para a identificação de abusos de poder econômico ou dominação de mercado no contexto do controle de condutas.

em outros contextos também.

### **3. CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO NÃO PODE SER VISTO DE FORMA ESTÁTICA E CONSTRUÍDO A PARTIR DA MERA IDENTIFICAÇÃO DE VÍNCULOS SOCIETÁRIOS**

Como visto acima, a Lei 12.529/11 não oferece conceito próprio de grupo econômico. Seria errôneo, em função disso, pretender trabalhar com conceito estático de grupo construído a partir de vínculos societários formais de controle e coligação. É a solução da qual o Cade se aproximou na Resolução 2/2012, mas para finalidade específica e com objetivo claro de garantir previsibilidade às situações que exigiriam notificação prévia de atos de concentração.

No âmbito da sanção de condutas e para fins de aplicação do artigo 33 a mesma abordagem não faria sentido e conduziria a resultados incoerentes. Implicaria, por exemplo, a responsabilização de sociedade por atos ilícitos praticados exclusivamente no âmbito de sua controladora ou de outra que detém mais de 20% de seu capital sem controle. Ou responsabilizar sociedades distintas apenas porque estão sob controle comum. Essas situações não fazem o menor sentido no contexto da aplicação de sanções por infrações da ordem econômica, sob qualquer aspecto em que se analise a questão.<sup>7</sup>

A controlada e a coligada, nos exemplos acima, não têm qualquer capacidade de intervir nas atividades da outra sociedade. A situação pode se tornar ainda mais absurda quando não houver plena identidade de sócios entre essas distintas sociedades, hipótese em que as repercussões patrimoniais das sanções acabariam por atingir quem sequer poderia ter algum benefício com o ilícito ou ter agido para evitá-lo. Além de sócios distintos, tais sociedades podem atuar em mercados que nenhuma relação têm com aquele no qual se verificou a infração.

Considere-se, por hipótese, que sociedade com atividade industrial na área de autopeças tenha participado de um cartel. Tal sociedade é controlada por outra que detém controle e participações em distintas sociedades com diferentes atividades, inclusive participação minoritária de 20% em uma instituição financeira. É claramente irrazoável pretender estender a responsabilidade pelo cartel a essa instituição financeira. Mas é o que decorreria da aplicação literal do artigo 33 se o conceito de grupo for construído de forma estática a partir dos conceitos do direito societário.

No âmbito civil, a solidariedade passiva decorre de manifestação de vontade ou de expressa disposição legal (artigo 265 do Código Civil). No segundo caso, a lei não estabelece a solidariedade passiva sem critério, o que implicaria criar obrigações de forma arbitrária. Há sempre um vínculo jurídico a justificar tais situações, como o mandato, o contrato de transporte, o contrato de comissão, a gestão de negócios, o contrato de sociedade, a relação entre pais e filhos ou empregadores e empregados. Além disso, em tais casos o vínculo envolve alguma atividade ou interesse comum ou algum dever de supervisão. A solidariedade passiva está associada, portanto, à existência de interesse comum entre os devedores ou dever de um supervisionar a ação de outro.

O artigo 990 do Código Civil prevê, por exemplo, que os sócios de sociedade em comum respondem solidariamente pelas obrigações sociais contraídas por qualquer deles.<sup>8</sup> Há entre eles

7 Frazão (2017) destaca a incoerência de resultados como esses decorrentes da aplicação literal da solidariedade prevista no artigo 33.

8 As regras da sociedade em comum aplicam-se às sociedades cujos atos constitutivos não foram inscritos no registro competente e que não adquiriram personalidade jurídica (artigo 986 do Código Civil).

um vínculo jurídico – o contrato de sociedade – e interesse comum na repartição dos lucros advindos da exploração de atividade econômica. A regra tem razoabilidade por diversos motivos. Todos os sócios podem se beneficiar da obrigação contraída para exploração em comum do objeto social, cada sócio pode supervisionar o que o outro faz no âmbito da sociedade e a regra protege o terceiro de boa-fé em relação a sociedade constituída com menor grau de formalidade.

A análise das demais hipóteses legais de solidariedade passiva do Código Civil conduzirá à identificação de razões análogas ou equivalentes. Nunca imposição meramente arbitrária para facilitar o pagamento de determinado credor ou sancionar determinada conduta.

Não é razoável considerar apenas a existência de vínculo de participação societária como suficiente para criar solidariedade por atos ilícitos. A existência desses vínculos não implica necessariamente atuação ou interesse comum. Em regra, o interesse social é específico a cada pessoa jurídica. O direito societário inclusive trata como ilícito usar o poder de controle para direcionar a atividade de uma sociedade para atender o interesse de outra.<sup>9</sup> As hipóteses já descritas no início deste tópico demonstram como a solidariedade passiva derivada exclusivamente de vínculos dessa natureza conduzem a resultados arbitrários.

O que é “grupo econômico” para fins de aplicação das sanções do direito da concorrência não pode ser compreendido a partir das noções de vínculos societários construídas com referência ao direito societário. O direito societário enfatiza a separação formal entre distintas pessoas jurídicas, que são centros de imputação de direitos e obrigações. A separação é importante para os fins desse ramo do direito, cujas regras estão centradas em proteger a posição de sócios e credores de ações oportunistas de quem tem o controle sobre o patrimônio social – o sócio controlador e os administradores. As relações societárias de controle e coligação, definidas na legislação e que baseiam a noção de grupos de fato, tem como referência esses fins.

Os objetivos das normas de direito da concorrência são distintos. O recurso cego a categorias de direito societário, para compreender o que seria “grupo econômico” em determinado caso, implicaria ignorar essa circunstância e aplicar ao direito econômico conceitos desenvolvidos com outras finalidades.

Há, de um lado, regras de personificação de sociedades empresárias que limitam a responsabilidade dos sócios e a possibilidade de o patrimônio social responder por dívidas e atos de outras pessoas. De outro, a necessidade de dar efetividade a normas de direito econômico que incidem sobre a atividade de grupos que se organizam em distintas pessoas legais, mas que operam com algum grau de unicidade no mercado.

Aspectos formais – existência de distintas pessoas jurídicas e vínculos de participação societária – estão no centro das preocupações do direito societário. Para o direito da concorrência o que importa é a realidade material de como as atividades dessas distintas pessoas estão organizadas e se relacionam no mercado. A separação societária e a existência de distintas pessoas jurídicas podem ser absolutamente irrelevantes para a conduta de dada empresa no mercado.

Sociedades empresárias distintas, mas sob controle comum, em geral não concorrem umas com as outras. A separação formal entre pessoas jurídicas, nessa hipótese, não tem relevância para

<sup>9</sup> O artigo 117 da Lei 6.404/76 inclui dentre as modalidades de abuso do poder de controle “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

avaliar o comportamento no mercado a partir da ótica do direito da concorrência. Em regra, não faz sentido imputar a empresas sob controle comum a adoção de conduta uniforme ilícita – como cartel – por estarem seguindo a mesma estratégia competitiva, assim como não há razão para tratá-las como entidades autônomas para outros propósitos do direito da concorrência – como o controle de atos de concentração econômica.

Assim, a interpretação do que é grupo econômico para fins do artigo 33 não deve ser feita a partir da mera identificação de vínculos societários formais – pouco importa se são aqueles descritos na legislação societária ou na Resolução 2/2012 que, embora não reproduza exatamente os mesmos conceitos de controle e coligação da legislação societária, adota abordagem a partir da mera configuração de vínculos formais.

O que importa é avaliar se as diferentes sociedades, em função das relações societárias, contratuais e circunstâncias fáticas existentes, atuam de maneira unitária ou não em dado mercado – i.e., se seguem a mesma estratégia competitiva imputável a um mesmo centro decisório. A noção de “grupo” implica, para fins concorrenciais, a identificação de uma unidade econômica atuando no mercado, ainda que organizada a partir de diversas pessoas jurídicas.<sup>10</sup>

O conceito societário de controle pode ser relevante nesse contexto. Em princípio a sociedade controladora tem meios para dirigir o comportamento da controlada no mercado. Mas pode ser insuficiente. É possível que, no caso concreto, o mesmo resultado possa ser alcançado com base em participação minoritária de acionista com direitos especiais de indicação de administradores ou voto qualificado em assembleias sobre certas matérias concorrenciaismente relevantes.

Disso decorre que mesmo a detenção da maioria do capital social com direito a voto, que em princípio cria condições para exercício do controle, pode não ser suficiente para fins de caracterização de grupo, se circunstâncias outras, disciplinadas em acordos de acionista ou no estatuto social, na prática impedirem que esse acionista controle as decisões concorrenciais da sociedade.

É avaliação que precisa ser feita a partir do caso concreto e os contornos do grupo não serão automaticamente delimitados com base na identificação de relações societárias de controle e coligação. A identificação de uma unidade econômica operando em dado mercado não decorre automática e necessariamente da existência desses vínculos. Tais vínculos podem ser instrumentos para organizar uma unidade econômica no mercado. Mas não há relação de necessidade entre uma coisa e outra que pudesse autorizar a caracterização do grupo econômico apenas a partir da identificação desses vínculos formais.

Em caso no qual o Cade se aprofundou na discussão sobre grupo econômico no contexto da aplicação de sanções chegou-se a conclusões que se aproximam desse entendimento. Apesar de julgado poucos meses antes do início da vigência da lei atual – i.e., tendo como referência o texto da Lei 8.884/94 –, continua a ter relevância e as conclusões não parecem que seriam diversas em razão da redação atual da regra de solidariedade. A decisão centra-se na delimitação do conceito de “grupo econômico”, o qual continua sem definição na Lei 12.529/11 e é pressuposto para aplicação da regra de solidariedade.

---

10 Não se deve confundir a unidade econômica formada a partir de centro decisório comum com a uniformização de comportamento no mercado a partir de um cartel. No segundo caso, os envolvidos de fato procuram atuar no mercado de forma alinhada, mas é decisão tomada a partir de distintos e independentes centros decisórios que combinam a adoção do comportamento uniforme.



A decisão foi tomada no Requerimento 08700.005448/2010-14, tendo como relator o então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, e é citada como referência para o tema pela doutrina e em decisões posteriores.<sup>11</sup> Discutia-se no processo proposta de compromisso de cessação para encerrar investigação de condutas praticadas por determinadas sociedades cooperativas médicas integrantes do Sistema Unimed.

O Cade adotou, então, o entendimento de que dada a especificidade do conceito de grupo econômico para fins do direito da concorrência, não adiantaria simplesmente transpor conceitos de outros ramos do direito. Para que houvesse a configuração de grupo econômico a conexão que precisaria existir entre as sociedades seria aquela decorrente da “*presença de uma unidade decisória central*” cuja atuação impactaria a formulação da “*estratégia competitiva*”.<sup>12</sup>

A existência dessa unidade decisória pode se basear em vínculos societários, mas pode envolver outros aspectos e não necessariamente aqueles vínculos serão suficientes. O que importa é verificar se de fato determinado conjunto de sociedades atua como unidade econômica no mercado em determinado contexto. No caso em questão, sequer havia vínculo societário formal entre as cooperativas que integravam o Sistema Unimed e, mesmo assim, concluiu-se pela existência de grupo econômico.

Ainda que a decisão tenha se centrado em conceitos abertos – “*presença de uma unidade decisória central*” e “*estratégia competitiva*” – ela claramente recusa a possibilidade de definição de grupo a partir de meros vínculos formais.<sup>13</sup> Apesar de a mesma abordagem ter sido usada em situações subsequentes,<sup>14</sup> não se trata de algo consolidado na prática do Cade. Há inúmeras situações nas quais se aborda a questão da solidariedade dentro do grupo como se fosse algo que decorresse automaticamente da identificação dos vínculos de um grupo societário.<sup>15</sup>

#### 4. CONTORNOS DO GRUPO ECONÔMICO DEPENDE DO CASO CONCRETO

11 V. Frazão (2017). Em relação às decisões do Cade, v. aquela tomada com base no voto-vista do então Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo 08012.000778/2011-52. Neste caso a caracterização de grupo econômico, com referência à decisão antecedente citada acima, foi usada para afastar a aplicação de sanção em razão de já ter sido sancionada outra empresa do grupo econômico pelos mesmos fatos.

12 V. parágrafos 75 a 78 do voto do relator.

13 A referência a uma *unidade decisória central* e a noção de que diferentes sociedades podem integra-la guarda certa proximidade com o conceito de *single economic entity* formulado no direito europeu para justificar a extensão da responsabilidade por infrações concorrenciais de uma sociedade a sua controladora. Embora não faça sentido simplesmente transpor a prática europeia para o contexto brasileiro, dadas as especificidades dos textos normativos e sistemas jurídicos, o conceito foi desenvolvido para endereçar a tensão que existe entre os conceitos do direito societário e os fins do direito da concorrência, afastando-se de soluções baseadas meramente em vínculos societários (embora a jurisprudência europeia tenha criado presunções que conduzem à responsabilização baseada nesse tipo de vínculo). Sobre o tema e discussão das principais decisões, v. Lang (2014), Koenig (2017) e Botta (2019).

14 V. o já citado Processo Administrativo 08012.000778/2011-52.

15 V. por exemplo como a Superintendência-Geral do Cade justificou mudanças no polo passivo do Processo Administrativo 08700.004633/2015-04. Alguns dos representados pediram a substituição da sociedade que constava do polo passivo, para que o processo fosse direcionado àquelas às quais estavam vinculadas as pessoas físicas envolvidas na conduta. O pedido foi deferido, mas com a ressalva de que isso não implicaria prejuízo à *aplicação da regra da solidariedade, nos termos dos art. 32 e 33 da Lei nº 12.529/11, pois como as sociedades integram o mesmo grupo econômico, eles respondem solidariamente por eventual infração à ordem econômica praticada por qualquer uma das empresas do grupo*. Em outras palavras, a exclusão do polo passivo e a ausência de relação com a conduta investigada não afastaria a solidariedade diante da existência de um grupo societário.

A identificação de determinado grupo econômico para aplicação de sanções da Lei 12.529/11 não pode ser feita de forma estática a partir de certos vínculos formais. Não existe em abstrato grupo integrado pelas sociedades A, B e C com base na identificação de relações societárias de controle e coligação. É necessário avaliar, a partir do contexto fático pertinente, se tais sociedades atuaram no mercado como unidade econômica a partir de estratégia concorrencial definida por centro decisório comum.

Trata-se de questão a ser verificada e avaliada a partir do caso concreto. O grupo precisa corresponder ao conjunto de sociedades que formam a unidade econômica envolvida na conduta. Apenas nesse contexto faz sentido cogitar de solidariedade entre diferentes sociedades. Responderão de forma solidária porque estarão, direta ou indiretamente, abrangidas por essa unidade econômica.

Assim, **o grupo econômico se define a partir da conduta investigada e das relações entre sociedades que permitem identificar, naquela circunstância concreta, uma direção unitária da estratégia competitiva.** A abrangência do grupo pode variar para cada situação concreta – i.e., determinada sociedade pode fazer parte de um grupo econômico em certo contexto, mas não necessariamente em outros.

No âmbito de um cartel, por exemplo, haverá solidariedade entre as diferentes sociedades que atuam no mercado afetado sob a mesma direção unitária da estratégia competitiva. Essa solidariedade não exige que todas tenham praticado o ato de organização do cartel. O acordo com os concorrentes pode ter sido feito pela sociedade controladora, que orientou a atuação das demais a partir do que foi acordado.

Neste exemplo, outras sociedades sob o mesmo controle, mas que atuam em mercados distintos, não farão parte do grupo econômico para fins de aplicação do artigo 33. Não integram a unidade econômica empresarial que tem relação com a conduta praticada. Tampouco vínculos de coligação terão relevância, exceto em contexto no qual foram suficientes para integrar a coligada à mesma estratégia competitiva.

A análise precisa ser feita sempre a partir do caso concreto e o conceito de grupo será delimitado para aquele caso. Outras investigações, eventualmente envolvendo as mesmas sociedades, precisarão reavaliar a questão sob as particularidades de cada contexto. A identificação de grupo econômico, que permite aplicar a regra de solidariedade, é questão que não pode ser automaticamente replicada em investigações sucessivas.

Não se delimita o grupo econômico de forma dissociada da conduta. Primeiro é preciso compreender a conduta e quais sociedades estavam diretamente envolvidas, para então avaliar a existência de circunstâncias que fazem com que outras sociedades devam ser consideradas como parte das respectivas unidades econômicas com atuação no mercado afetado. É no âmbito dessas unidades econômicas que poderá ser aplicada a regra de solidariedade.

A interpretação aqui defendida do artigo 33 não pretende ignorar o texto legal, que afirma que a responsabilidade será solidária no âmbito do grupo quando pelo menos uma das integrantes praticar a infração. A existência da unidade econômica não exige que todas as sociedades tenham tido participação direta no ato. Nessa hipótese a solidariedade existiria como decorrência dessas sociedades serem coautoras do ilícito e o texto do artigo 33 não trata de coautoria.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Na hipótese de coautoria a solidariedade – pelos danos, mas não pelas sanções – decorreria da própria regra geral do artigo 942 do Código Civil. Ana Paula Martinez (2013) destaca que sob esse fundamento da lei civil todos os partícipes do

A unidade econômica que caracteriza a existência de um grupo – e permite aplicar a regra de solidariedade – decorre da existência de um mesmo centro decisório ao qual pode ser referido o ato infracional. As demais sociedades do grupo integraram o seu comportamento ao que foi decidido, mesmo que seus órgãos administrativos ou empregados não tenham participado dessa decisão.

O acordo de preços, por exemplo, pode ter sido organizado com concorrentes por sociedade que representa o principal volume de vendas de determinado grupo. Outras sociedades sob controle comum ajustaram a sua política de preços aos parâmetros desse acordo – sem interagir com concorrentes, mas como decorrência de seguirem usualmente os preços praticados pela sociedade principal.

A constatação de que a definição de grupo econômico, para fins do artigo 33, só pode ser feita a partir do caso concreto traz outras consequências práticas para a atuação do CADE na repressão a infrações da ordem econômica. Trata-se de questão fática que precisa ser apurada no âmbito da investigação conjuntamente com a conduta. Terá reflexos, ainda, sobre a forma de cálculo da multa.

#### **4.1. Solidariedade passiva nos processos do Cade**

Como a solidariedade passiva não decorre da análise estática de vínculos formais, mas da caracterização de uma unidade econômica no mercado, sua aplicação dependerá da comprovação desta no respectivo processo administrativo. Trata-se de questão que precisa ser objeto da investigação, assim como a conduta infracional.

Da mesma forma, deve ser dada oportunidade às partes representadas no processo de se defenderem da imputação de integrarem grupo econômico no âmbito do qual uma das sociedades praticou a infração. Assim, a Superintendência do Cade, quando instaura processo administrativo para aplicação de sanções, nos termos do artigo 69, já deve incluir no polo passivo as empresas às quais pretende imputar responsabilidade com base no artigo 33.

A aplicação da regra de solidariedade não pode ser invocada pela autoridade quando da execução da sanção imposta à sociedade que praticou a conduta, sem que as demais integrantes do grupo tenham tido oportunidade de se defender da imputação de que fariam parte do grupo econômico. Não se trata de questão a ser avaliada após o Cade concluir que houve infração e pretender executar a sanção. Seria evidente desrespeito ao direito de defesa e ao devido processo legal.

Pode-se pretender contrapor que isso não seria praticável, pois no curso da instrução do processo administrativo é que poderiam ser identificados os elementos necessários à constatação da existência de grupo econômico. Mas isso não deveria se sobrepôr ao direito de defesa. Feita essa constatação pela Superintendência do Cade no caso concreto, deve se retificar o polo passivo e oportunizar o exercício da plena defesa pela sociedade à qual se pretende imputar responsabilidade solidária.

A retificação do polo passivo tende a estender o tempo de tramitação do processo administrativo. Mas é inconveniente que poderia, em geral, ser evitado se o processo administrativo previsto no artigo 69 fosse aberto apenas após a Superintendência ter feito investigação suficiente sobre os fatos no contexto de inquérito administrativo antecedente aberto com base no artigo 66, o cartel poderiam responder solidariamente pelos danos da conduta em ações privadas de indenização.



que lhe permitiria identificar os contornos dos eventuais grupos econômicos envolvidos na conduta.

Na prática atual da Superintendência, porém, o processo administrativo é com alguma frequência aberto com entendimento ainda preliminar dos fatos e indicação de que instrução adicional será feita pela autoridade. Isso diverge da finalidade dos tipos processuais disciplinados pela Lei 12.529/11 e pode prejudicar o direito de defesa.

Quando um processo administrativo é aberto nos termos do artigo 69 a Superintendência já deveria ter um entendimento claro dos fatos e suas consequências. A autoridade precisa acusar os representados de conjunto específico de fatos e de como entende que a lei deveria ser aplicada a esses fatos. O ato administrativo em questão é análogo à denúncia em âmbito criminal. Estabelece os fatos de que os representados estão sendo acusados e contra o que devem se defender – inclusive eventual existência de grupo econômico.

A fase de instrução do processo administrativo não serve para a Superintendência investigar com o objetivo de construir o seu entendimento sobre o caso. Há outro procedimento previsto na Lei 12.529/11 para esse propósito – o já citado inquérito administrativo disciplinado nos artigos 66 a 68. Se a Superintendência não tem certeza da extensão dos fatos, de seus efeitos no mercado e como qualificá-los sob as regras legais aplicáveis, deveria iniciar um inquérito administrativo e usar todos os amplos poderes de investigação de que dispõe para chegar a uma conclusão. Apenas após chegar a uma conclusão sobre os fatos é que deveria acusar as empresas e indivíduos de violarem a lei.

Não é um detalhe que sob a Lei 12.529/11 o processo administrativo é para a “*imposição de sanções*” e não para investigação. A fase de instrução no processo administrativo é precipuamente em benefício dos representados, que não participaram da coleta de provas no âmbito do inquérito administrativo, o qual tem natureza inquisitorial. O artigo 69 deixa isso expresso ao prever que o processo administrativo “*visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo*”.

Não se trata de tecnicidade irrelevante. Pode afetar diretamente o direito de defesa dos representados e a garantia do devido processo legal. O direito de defesa precisa ser exercido contra acusações claras, que devem incluir as razões pelas quais se pretende aplicar a regra de solidariedade do artigo 33.

## **4.2. Cálculo da multa**

A discussão sobre como aplicar o artigo 33 impacta também os parâmetros de cálculo da multa prevista no artigo 37. A base de cálculo da multa é o “*faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração*”. Trata-se de parâmetro bastante abrangente que poderia conduzir a resultados díspares e arbitrários.

Considere-se, por hipótese, que empresa integrante de conglomerado multinacional pratica infração no mercado brasileiro. A aplicação literal do artigo 37 sugeriria que o Cade teria discricionariedade para escolher entre o faturamento da empresa do Brasil ou de todo o conglomerado global. A diferença seria obviamente extrema e no segundo caso completamente dissociada da conduta. T tamanha discricionariedade poderia conduzir a arbitrariedades e não deveria ser critério

para definir a dosimetria da multa. A dosimetria se dá em função do percentual que incide sobre a base de cálculo – 0,1% a 20% –, sendo que as agravantes e atenuantes referidas no artigo 45 justificarão o percentual fixado, mas não a base de cálculo.

Analisando a hipótese legal de base de cálculo sob o mesmo enfoque da regra de solidariedade chega-se a resultado consistente que evita multas dissociadas da conduta. Não se deve definir grupo ou conglomerado de forma estática – até porque para a hipótese de conglomerado não há outros conceitos formais do direito societário que poderiam ser usados.<sup>17</sup> A definição deve se dar no caso concreto a partir das circunstâncias em que ocorreu a conduta.

Assim, se há razões para caracterizar grupo econômico e aplicar a regra de solidariedade, a multa pode tomar como base o faturamento das integrantes do grupo em questão, definido conforme os parâmetros referidos acima para o artigo 33. Mas isso só pode ser feito se demonstrado, no contexto do processo administrativo, que há a caracterização de grupo econômico. Se isso não acontecer, o faturamento deve ser o da pessoa jurídica que foi efetivamente representada no processo administrativo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATTAYDE, Maria Cristina de Souza Leão. Efeitos conglomerados na jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 159-187, dez. 2021.

BOTTA, Marco. The economic succession doctrine in private enforcement of EU competition law: ‘nothing extraordinary’ after Skanska Industrial? **Market and Competition Law Review**, Braga, v. 3, n. 2, p. 171-186, out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Vol. 4: Tomo 2**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

KOENIG, Carsten. An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law.

<sup>17</sup> A noção de conglomerado é tratada na jurisprudência do Cade no contexto do controle de estruturas, em que se discutem “efeitos conglomerados” decorrentes de um ato de concentração que abrange empresas com atuação em mercados relevantes distintos e que não implicam sobreposição horizontal ou vertical (ATTAYDE, 2021, p. 162). Mas o conglomerado formado a partir da operação, que reúne sob controle comum empresas com atuação em distintos mercados, não é algo distinto do grupo de sociedades. No controle de estruturas o conceito é desenvolvido para avaliar efeitos restritivos à concorrência que independem de concentrações horizontais e verticais. No contexto do controle de condutas pode ser igualmente relevante quando a infração envolver empresas com atuações em mercados distintos. Quando integrarem um mesmo grupo serão solidariamente responsáveis e a sanção poderá ter como base de cálculo o faturamento de ambas as empresas, ainda que originado em mercados distintos.

**Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 13, n. 2, 2017.

LANG, John Temple. How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved? **Fordham International Law Journal**, Fordham, v. 37, n. 5, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interfaces entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013.

PRADO, Viviane Muller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

### **Como citar este artigo**

FARACO, Alexandre Ditzel. Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 126-139, 2022.