

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MAIRA RISDEN ALVES

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES AO
DIREITO DA CONCORRÊNCIA: CRITÉRIOS E LIMITES DA SUA
APLICAÇÃO**

**BRASÍLIA
JULHO 2020**

MAIRA RISDEN ALVES

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES AO
DIREITO DA CONCORRÊNCIA: CRITÉRIOS E LIMITES DA SUA
APLICAÇÃO**

Trabalho apresentado à banca examinadora
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Escola de Direito de
Brasília do Instituto Brasiliense de Direito
Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. Me. Victor Oliveira
Fernandes

**BRASÍLIA
JULHO 2020**

MAIRA RISDEN ALVES

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES AO
DIREITO DA CONCORRÊNCIA: CRITÉRIOS E LIMITES DA SUA
APLICAÇÃO**

Trabalho apresentado à banca examinadora
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Escola de Direito de
Brasília do Instituto Brasiliense de Direito
Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. Victor Oliveira Fernandes

Brasília - DF, 17 de julho de 2020

Prof. Me. Victor Oliveira Fernandes
Professor Orientador Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Me. Raquel Bezerra Cândido Amaral Leitão
Membro da Banca Examinadora Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. João Paulo Soares Coelho
Membro Externo

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: CRITÉRIOS E LIMITES DA SUA APLICAÇÃO

Maira Risdén Alves

SUMÁRIO: Introdução; I. Responsabilidade Solidária por infrações à ordem econômica: embasamento constitucional e vinculação aos objetivos da política antitruste; II. A identificação de grupo econômico para fins da atribuição de responsabilidade solidária por infrações à ordem econômica; III. Fundamentos para a atribuição de responsabilidade solidária por infrações à ordem econômica; IV.1 A Teoria da Unidade Econômica (“*Single Economic Entity*”); IV.2 A Teoria da Influência Decisiva; IV.3 Responsabilidade solidária e princípio constitucional da individualização da pena; V. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo avaliar a consequência processual da responsabilidade solidária a partir da perspectiva do direito antitruste sancionador onde incorre destacar pressupostos de aplicação da Teoria da Unidade Econômico e da Influência Decisiva sob a ótica da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Para tanto, primeiramente serão feitas breves considerações acerca do instituto do grupo econômico no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Posteriormente será feita um breve debate na jurisprudência da autarquia sobre questionamentos no tratamento da responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações antitruste, a partir do princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional da atuação sancionadora do estado.

Palavras-Chave: Direito Antitruste. Direito da Concorrência. Lei 12.529/2011. Grupo econômico. Responsabilidade solidária. Teoria da Unidade Econômico. Teoria da Influência Decisiva.

ABSTRACT

This paper aims is to evaluate the procedural consequence of joint and several liability from the perspective of competition law offences, where it is necessary to highlight assumptions for the application of the Theory of Economic Unity and Decisive Influence from the perspective of Law 12.529, dated 30 November 2011. Therefore, first will be held brief considerations about the institute of the economic group in the context of the Brazilian System for the Defense of Competition. Subsequently, a brief debate will be held in the jurisprudence of the autarchy regarding questions in the treatment of joint and several liability between business companies of the same economic group for antitrust violations, based on the principle of individualization of the penalty under a constitutional perspective of the sanctioning action by the state.

Keywords: Antitrust Law. Competition Law. Law 12.529/2011. Economic group. Joint and several liability. Theory of Economic Unity. Theory of Decisive Influence.

I. INTRODUÇÃO

Desperta nas autoridades antitrustes certa inquietação quanto aos meios de prevenção e repressão ao abuso de poder econômico. O formato das relações empresariais, com o processo de integração econômica, traz uma preocupação adicional para a defesa da concorrência considerando o crescimento das operações de fusão e aquisição e da reestruturação do mercado.

A diversificação das relações contratuais fez com que surgisse reformulações no campo jurídico promovidos pelo desenvolvimento na economia gerando um aumento do número de condutas anticompetitivas devido a modificação formal do desenho das condutas concertadas praticadas por competidores de um mesmo mercado¹.

Tal contexto levou a superação do modelo tradicional de sociedade comercial, dotada de responsabilidade limitada, ao surgimento de uma unidade econômica atribuída à grupos societários. Como consequência dessa superação, por óbvio, essa discussão ganhou força no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em especial, nos debates sobre a atribuição de responsabilidade solidária a empresas ou entidades integrantes do mesmo grupo econômico pela prática de infração à ordem econômica

No âmbito das decisões do Direito da Concorrência, o Cade tem se utilizado do artigo 33 da Lei para possibilitar que a Administração Pública exija o pagamento do débito constituído por outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, nos casos em que o pagamento da multa que lhe for imposta não seja efetuado pela condenada.

Nota-se, não obstante, que a legislação não oferece elementos suficientes para demonstrar quem pertence ao mesmo grupo econômico e como a responsabilidade solidária deverá ser aplicada. Por esse motivo, a controvérsia supramencionada será trazida mais à frente neste trabalho a fim de esclarecer a questão.

Como respaldo ao que foi recentemente ressaltado em voto pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro *“a existência ou não de padrão não implica em fórmula única de apenação, mas apenas em segurança que permita sancionar e/ou negociar punição de modo suficiente e previsível. E esse mecanismo, que garante a propalada segurança*

¹ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. . DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTE A CARTEIS. In: César Mattos. (Org.). A Revolução do Antitruste no Brasil - A Era dos Cartéis. 1ªed.São Paulo: Editora Singular, 2018, v. 3, p. 87-128

jurídica, se encontra atualmente sistematizado no premiado Guia de termo de Compromisso de Cessação do CADE.” (Req 08700.000120/201788).

Indubitavelmente é necessário que se continuem estudos para aprimorar a responsabilização dos grupos econômicos na esfera do direito antitruste. Tal fato pode ser corroborado pela inexistência de uniformidade de procedimento nos julgados proferidos recentemente pelo Cade. Por isso é de suma relevância a análise do entendimento consolidado.

Para tanto, reconhecendo a atualidade e significativa relevância desse debate – em especial a reflexão sobre a adequação das sanções a sociedades empresárias do mesmo grupo econômico –, este artigo buscará: (i) compreender a definição de grupo econômico na lei 12.529/2011; (ii) discutir sobre qual maneira a responsabilidade solidária tem sido abordada pelo tribunal do Cade; (iii) buscar compreender a adequação das políticas antitruste para Responsabilização Solidária por infrações à ordem econômica; e (iv) abarcar a adequada repressão do ilícito atribuído ao Direito Público Sancionador.

II. Responsabilidade Solidária por infrações à ordem econômica: embasamento constitucional e vinculação aos objetivos da política antitruste

A Lei de Defesa da Concorrência contemplou expressamente a responsabilidade solidária por infração à ordem econômica no seu art. 33 ao dispor que “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”². Trata-se, portanto, de um regime de solidariedade legal que assume função instrumental no cumprimento do mandado constitucional de repressão ao abuso de poder econômico contemplado no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988³.

A consequência processual da responsabilidade solidária, conforme redação o art. 33, da Lei 12.529/2011, consiste no fato de que a multa e a reparação integral do dano

² BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. 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.

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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 A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

causado⁴ poderão ser cobradas de qualquer uma das empresas que compõe o grupo econômico, conforme inteligência do art. 265 do Código Civil⁵⁻⁶. Assim, semelhante ao que ocorre nas relações civis, a solidariedade da Lei de Defesa da Concorrência permite que o título executivo extrajudicial formado a partir de uma condenação do CADE seja executado tanto em relação ao infrator que integrava o polo passivo do processo administrativo quanto a pessoa jurídica controladora da empresa que cometeu a infração.

Ainda que não haja decisões ou pronunciamentos claros do CADE que discutam de forma mais aprofundada a finalidade constitucional do regime de responsabilidade solidária, a opção legislativa deve ser compreendida em harmonia com os próprios fundamentos estruturantes da política antitruste no controle de concorrencial de condutas. Como bem destacado por Mickonytė⁷, naquilo que aplicável ao direito brasileiro, “as noções fundamentais de ‘empresa’, ‘responsabilidade solidária’ e outros elementos constitutivos da aplicação da lei de concorrência devem ser interpretados por referência aos objetivos e sistema da lei de concorrência da qual faz parte e, quando necessário, aos princípios gerais derivados dos sistemas jurídicos nacionais como um todo” (tradução livre).

Considerando que a atuação sancionadora das autoridades antitrustes em geral visa a garantir a adequada repressão do ilícito a partir de uma perspectiva de *deterrence*⁸, o regime de solidariedade pode ser visto como um instrumento que reforça o caráter dissuasório da pena⁹. Essa perspectiva, a propósito, é expressamente assumida no contexto do Direito Comunitário Europeia pela Comissão Europeia, onde o

⁴ Embora o objetivo do presente artigo esteja restrito à responsabilidade solidária na esfera administrativa, reconhece-se que o art. 33 também estende a solidariedade passiva para as hipóteses de reparação civil.

⁵ OLIVEIRA, Renan Cruvinel De. A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 2, n. 1, p. 130–160, 2018, p. 137.

⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda e Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁷ Do original: “**the fundamental notions of ‘undertaking’, ‘joint and several liability’ and other constitutive elements of the enforcement of competition law have been ruled to carry the attributes of ‘an autonomous concept which must be interpreted by reference to the objectives and system of competition law of which it forms part and where necessary, to the general principles deriving from the national legal systems as a whole’**”. (MICKONYTĖ, Aistė. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. **LSEU**, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 33).

⁸ Teoria infere que as leis criminais são desenvolvidas com punições bem definidas para desencorajar réus a se tornarem reincidentes e desencorajar outras na sociedade de se envolverem em atividades criminosas semelhantes.

⁹ Para uma discussão da relevância do regime de responsabilidade solidária para o efeito dissuasório das multas, cf. THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. **Journal of European Competition Law and Practice**, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012, p. 17.

reconhecimento da responsabilidade solidária do grupo econômico tem efeitos imediatos sobre o valor máximo da dosimetria das sanções¹⁰.

No direito antitruste brasileiro, embora o legislador já tenha optado pela definição de uma base de cálculo de multa coincidente com o faturamento do grupo econômico, independente da imputação da responsabilidade solidária no caso concreto, é inegável que a solidariedade corrobora o efeito dissuasório da pena, uma vez que possibilita a extensão dos efeitos adversos da sanção a todos os agentes participantes do grupo econômico.

Ainda nessa perspectiva de reforçar a dissuasão, a adoção de um regime de responsabilidade solidária antitruste inequivocamente deve ser pensada dentro de um contexto de complexificação das relações societárias. Nesse sentido, o regime de responsabilidade visa a impedir que a punição dos agentes econômicos por condutas anticompetitivas possa eventualmente ser prejudicada pelo abuso de mecanismos de limitação da responsabilidade empresarial. A imposição da responsabilidade solidária assume, desse modo, o objetivo de evitar que o conceito de empresa – entendido como núcleo econômico da aplicação do direito da concorrência – confunda-se com o de personalidade jurídica¹¹.

Essa finalidade do regime de responsabilidade solidária, a propósito, espelha o entendimento de que a aplicação da legislação de Defesa da Concorrência deve se pautar por uma lógica de primazia da realidade. As condutas anticompetitivas devem ser tratadas como infrações praticadas, na sua essência, por pessoas físicas e jurídicas e não por ficções jurídicas abstratas¹².

¹⁰ No Direito Comunitário Europeu, o reconhecimento da responsabilidade solidária entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico é um elemento necessário para que as autoridades antitruste possam impor multas que tenham como base de cálculo o faturamento global do grupo. Como destaca Oliveira e Ferro, uma das consequências imediatas desse regime no direito europeu é o de que “o limite da pena máxima passará a ser o de 10% do valor do faturamento global no ano anterior ao sancionamento tendo como referência o grupo econômico como um todo e não apenas a subsidiária em si” (tradução livre). Do original “Determining whether a parent company may be held liable for an infringement of Articles 101 or 102 TFEU carried out by a subsidiary has wide reaching legal consequences, , which may be summarized as follows [...] The maximum fine will be 10% of the group’s (not the subsidiary’s) total worldwide turnover in the preceding year” (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa. The sins of the son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 3, n. 1, p. 53–98, 2010, p. 59).

¹¹ CAUFFMAN, Caroline. Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law By Their Subsidiaries. **SSRN Electronic Journal**, v. 2, n. 1, p. 1–16, 2019, p. 2.

¹² THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. **Journal of European Competition Law and Practice**, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012, p. 15–16.

Daí porque, no direito brasileiro, o art. 31 da Lei 12.529/2011, deixa claro que a aplicação das regras de infração à ordem econômica independente das formalidades que cercam a personalidade jurídica¹³. Na mesma toada, o art. 34 da lei prevê ainda a possibilidade de o CADE realizar a desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica, nas situações que essa personalidade for utilizada de forma abusiva¹⁴.

Não se olvida, porém, que o regime de responsabilidade solidária, quando aplicado a um ramo do Direito Público de cunho sancionador, suscita preocupações relevantes, em especial relacionadas à necessária individualização da pena e a necessidade de garantia do princípio da presunção de inocência, conforme será discutido ao longo do presente artigo.

Em uma perspectiva constitucional, portanto, seria possível tomar como ponto de partida o entendimento de que o instituto da responsabilidade solidária no direito antitruste deve buscar a compatibilização de um *enfocement* mais robusto e a preservação das garantias constitucionais de outro¹⁵.

III. A identificação de grupo econômico para fins da atribuição de responsabilidade solidária por infrações à ordem econômica

A despeito da relevância do instituto da responsabilidade solidária para a garantia da função dissuasória da sanção por violação à infração antitruste, a simples expressão “entidades integrantes de grupo econômico” contida no supracitado art. 33 da lei deixa grandes margens de dúvidas quanto ao reconhecimento do vínculo de solidariedade.

A ausência de critérios claros na identificação de grupos econômicos para os fins de imputação da responsabilidade solidária por infrações antitruste, a bem da verdade, não é uma exclusividade do caso brasileiro. Também no Direito Comunitário Europeu, a temática é extremamente controvertida¹⁶.

¹³ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

¹⁴ MICKONYTĚ, Aistė. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. *LSEU*, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 34.

¹⁵ MICKONYTĚ, Aistė. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. *LSEU*, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 8.

¹⁶ Nesse sentido, cf. ALMEIDA, Antónia Ferreira Fontes de. **A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas infratoras do direito da concorrência perpetradas pelas sociedades**

Conforme será discutido no presente artigo, justamente por não existir critérios bem definidos para a conceituação de grupo econômico, a atribuição de responsabilidade solidária por infração à ordem econômica com fundamento na Lei 12.529/2011 tensiona princípios constitucionais estruturantes da atuação sancionadora do estado, em especial a garantia da individualização da pena, que se afigura plenamente aplicável ao campo do direito administrativo sancionador¹⁷.

No tocante à interpretação do art. 33 da Lei 12.529/2011, a questão invariavelmente nos remete às dificuldades de definição do próprio conceito de grupo econômico no Direito Brasileiro. Como destacado por Martins¹⁸ em estudo recente, verifica-se que as legislações societária, trabalhista e consumeristas adotam três nomenclaturas distintas, respectivamente “grupos de sociedades”, “grupo econômico” e “grupos societários”, sendo discutível em que medida essas nomenclaturas guardam ou não significados distintos.

Considerando que o art. 33 da Lei de Defesa da Concorrência dispõe sobre os grupos econômicos de direito e de fato, afigura-se essencial distinguir as duas espécies. A doutrina converge no diagnóstico de que, para fins de aplicação da legislação antitruste, considera-se que há um grupo econômico de direito quando a sociedade controladora e as suas controladas formam grupo a partir da formalização de uma convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, tudo nos termos do art. 265 da Lei das Sociedades Anônimas¹⁹.

A grande dificuldade, porém, coloca-se quando da análise do grupo econômico de fato. De acordo com Eizirik, o grupo econômico de fato “é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional”²⁰. Trata-se, portanto, de situação em que, embora não existe um vínculo expresso de subordinação entre controladora e controlada, essa relação se depreende da própria lógica de exercício do poder de controle, aqui entendido como uma situação de fato.

subsidiárias. In: PAIS, Sofia Oliveira e BAGNOLI, Vicente. (Cord.). *Temas Atuais de Direito da Concorrência: Economia Digital, Direitos Fundamentais e outros desafios.*, Porto: Universidade Católica Editora, 2020, Livro Digital.

¹⁷ Essa afirmação é corroborada em FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 312.

¹⁸ MARTINS, Matheus. **Grupo Econômico e a Lei 12.529/2011: uma análise da utilização do instituto no Direito Concorrencial,** Universidade de Brasília, 2018, p. 7–10.

¹⁹ Transcrever o art. 265 da Lei das S.A.

²⁰ EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada,** São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 515–516.

A esse respeito, estudos como o de Martins²¹, com fundamento nas lições de Munhoz²² e Antunes²³, sugerem que o principal elemento para identificação de um grupo econômico de fato consiste na identificação da chamada “direção unitária”. Nas palavras do comercialista Jorge Lobo²⁴:

“A direção econômica unitária reflete-se na existência de uma estratégia ou política econômica geral do grupo (em alemão), a qual, definida pelo núcleo dirigente do grupo (situado regra geral junto da Sociedade-Mãe), incidindo sobre os diversos aspectos setoriais do respectivo funcionamento (política comercial, política de produção e vendas, política financeira, política laboral, política de investimentos, política de gestão), e assumindo diferentes graus de integração (que vão da total centralização até formas atenuadas de controle descentralizado), coordena e superintende as atividades econômicas particulares das várias sociedades grupadas”.

A despeito dessas considerações, é inegável que não é tarefa fácil, no direito brasileiro, reconhecer a formação de um grupo econômico de fato. Embora o conceito de “direção unitária” faça seja amplo o suficiente para abarcar uma série de situações da realidade comercial dessas empresas, nem sempre é possível afirmar com convicção que determinada sociedade controladora é capaz de exercer influência nas decisões essenciais ao negócio de determinada sociedade controlada.

Foi justamente tentando conferir maior segurança jurídica ao tema que, no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE buscou definir o conceito de grupo econômico para fins de disciplina da notificação dos atos de concentração de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011²⁵. A regulamentação desse dispositivo foi feita a partir da edição da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, posteriormente alterada pela Resolução nº 09, de 01º de outubro de 2014. Na sua redação atual, o art. 4º da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, *in verbis*:

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente:

²¹ MARTINS, Matheus. **Grupo Econômico e a Lei 12.529/2011: uma análise da utilização do instituto no Direito Concorrencial**, Universidade de Brasília, 2018, p. 7-10.

²² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administrador e Interesses do Grupo**, São Paulo: Quartier Latin, [s.d.], p. 280.

²³ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa societária**, Lisboa: Almedina, 2002, p. 197.

²⁴ LOBO, Jorge. **Direitos dos grupos de sociedades**, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 97-98.

²⁵ Transcrever dispositivo.

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.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:

I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas;

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/11, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)

O art. 4º, § 1º, da resolução, portanto, prevê critérios pretensamente mais objetivos para a configuração de um grupo econômico de fato. O inciso I do dispositivo se refere à situação em que há uma relação clara de controle entre as pessoas jurídicas. O conceito de controle societário aqui pode ser complementado pela interpretação conjunta da norma com o art. 1.098 do Código Civil, o qual estabelece que exerce controle a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores²⁶. Assim, sempre que uma “sociedade-mãe” detiver a maior parte do capital votante da “sociedade-filha”, restará configurado o grupo econômico.

A hipótese contemplada no inciso II do § 1º do art. 4º, por sua vez, aproxima-se à chamada situação de “influência significativa” prevista na Lei das S/A. Nos termos do art. 243, § 1º da Lei nº 6.404/1976. Nessa situação, embora não haja propriamente uma relação de controle entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha, a detenção de um volume significativo do capital social sugere a possibilidade de a empresa-mãe exercer o poder de participar nas suas decisões financeiras ou operacionais²⁷.

²⁶ Transcrever o art. 1098.

²⁷ EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 337–339.

Destaca-se que a Resolução do CADE elegeu o mesmo percentual de 20% (vinte por cento) que é previsto na Lei das S/A para que se possa presumir a influência significativa. Percebe-se, no entanto, que enquanto a Lei das S/A estipula esse percentual tão somente em relação ao capital votante, para os fins de aplicação do ato normativo do CADE, também se considera que esse percentual incide sobre o capital social como um todo. Assim, é possível afirmar que a Resolução do CADE é ainda mais abrangente do que a Lei das S/A ao definir o escopo do grupo econômico de fato.

É importante entender, no entanto, que, ao menos na doutrina comercialista, a indicação desses percentuais de detenção de capital social configuram tão somente uma regra de presunção da influência significativa que, no final do dia, constitui uma realidade *de facto*. Como destacado mais uma vez por Nelson Eizirik²⁸ ao comentar a Lei das S/A, “no regime atual, o conceito de coligação deixou de ser objetivo e passou a repousar no critério da ‘influência significativa’”.

Trata-se, assim, de noção subjetiva, de um standard, a ser examinado e aplicado caso a caso, a partir do julgamento da existência ou não de uma influência significativa em cada situação concreta²⁹. A ideia de que a regra de 20% do capital social ou votante constitui mera presunção suscita o debate sobre se a empresa poderia eventualmente apresentar prova concreta que desconstituisse a relação de influência significativa em uma determinada investigação antitruste³⁰.

A Resolução nº 09, de 01º de outubro de 2014 do CADE traz esses direcionamentos mais objetivos quanto à configuração de grupo econômico, no entanto, verifica-se que tal ato normativo do CADE tem aplicação voltada primordialmente ao controle concorrencial de estruturas.

A própria redação do § 3º do art. 4º dessa Resolução esclarece que a definição de grupo econômico nela trazida “se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/11, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos”.

É claro que alguns dos elementos expressos nessa resolução sem dúvida podem auxiliar o Tribunal a identificar uma situação de grupo econômico de fato no âmbito de

²⁸ Idem.

²⁹ EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 337–339.

³⁰ Esse ponto é explorado em: SVETLICINII, Alexandr. Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A rebuttable presumption or *probatio diabolica?*, n. 7, 2011.

uma investigação por infração à ordem econômica. Todavia, fica claro que os pressupostos da identificação da responsabilidade solidária para fins de sancionamento na lógica do controle antitruste repressivo se distanciam bastante da lógica que é utilizada no controle preventivo de atos de concentração.

Enquanto na avaliação *ex ante* de atos de concentração o objetivo do Tribunal é o de analisar o espectro mais amplo possível de relações societárias, a partir da aferição do risco que crescimentos não orgânicos causam à concorrência, a identificação de grupos econômicos na atuação repressiva do CADE deve seguir um perfil restritivo e não ampliativo.

Principalmente os critérios de participação societária previstos inciso II do § 1º do art. 4º não parecem ser os mais adequados para a atribuição da responsabilidade solidária na atuação repressiva do CADE, já que o que se afigura determinante na aplicação do supracitado art. 33 da Lei 12.529/2011 não é necessariamente o vínculo formal societário que uma eventual empresa controladora estabelece com a controlada, mas sim a identificação de uma influência da empresa-mãe sobre a empresa-filha que tenha relação direta com a conduta investigada.

Considerando que a Resolução nº 09, de 01º de outubro de 2014 do CADE não apresenta critérios seguros para a aplicação do art. 33 da Lei 12.529/2011, cumpre avaliar quais seriam os princípios orientadores adequados para o reconhecimento da responsabilidade solidária antitruste no controle de condutas.

IV. Fundamentos para a atribuição de responsabilidade solidária por infrações à ordem econômica

A partir da análise da doutrina nacional e estrangeira sobre a temática, é possível identificar fundamentos que têm sido invocados e discutidos pelos Tribunais e Agências Antitrustes internacionais e também pelo CADE, justamente com o espírito de promover a conciliação entre o objetivo de manter o caráter dissuasório da sanção por meio do regime de responsabilidade solidária e o objetivo de respeitar a garantia constitucional da individualidade.

Esses fundamentos podem ser sistematizados em torno de duas principais teorias que foram profundamente trabalhadas no Direito Comunitário Europeu nos últimos anos: a Teoria da Unidade Econômica (“*Single Economic Entity*”) e a Teoria da Influência

Decisiva³¹. De antemão, é preciso advertir que essas duas teorias, embora estejam sendo didaticamente exploradas nesse artigo como teorias autônomas, apresentam profundas intersecções³². Além disso, é também importante destacar que, mesmo que não existem muitas decisões do CADE que façam referências expressas a essas duas teorias, os elementos que as integram dialogam diretamente com as discussões feitas no Conselho sobre o tema de responsabilidade solidária, conforme será discutido.

Conforme será exposto a seguir, ainda que essas duas teorias não sejam isentas de críticas, elas servem para tornar a aplicação do regime de responsabilidade solidária mais objetiva. A partir dos conceitos de Unidade Econômica e de Influência Decisiva é possível estabelecer critérios – ainda que nem sempre tão precisos – sobre as condições que devem ser preenchidas para a imposição da responsabilidade solidária por infrações à ordem econômica.

IV.1. A Teoria da Unidade Econômica (“*Single Economic Entity*”)

A Teoria da Unidade Econômica (“*Single Economic Entity*”) preleciona que, sempre que for possível identificar na realidade que duas ou mais empresas com vínculos societários administram um mesmo conjunto de ativos e atuam de forma uníssona no campo econômico, elas devem ser consideradas como um único ente para fins de sancionamento³³. Essa teoria corresponde à forma mais tradicional de se reconhecer a responsabilidade solidária por empresas de um mesmo grupo econômico no direito da concorrência³⁴.

Trata-se de entendimento que foi desenvolvido no Direito Comunitário Europeu originalmente em âmbito jurisprudencial. Em um Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 1972, decidiu-se que “o fato de uma subsidiária possuir personalidade jurídica separada não é suficiente para excluir a possibilidade de imputar a sua conduta à

³¹ A centralidade dessas duas teorias para a discussão em exame é destacada em MICKONYTÉ, Aistè. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. **LSEU**, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012.

³² Como destacado por John Lang: “it is not clear whether the ‘influence’ criterion and the ‘single enterprise’ criterion are equivalent, or whether both need to be complied with, or whether they are considered alternatives, so that the parent would be liable if it either exercised influence or could be shown to be part of a single enterprise”.(LANG, John Temple. How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved. **Fordham International Law Journal**, v. 37, n. 5, 2013, p. 1495).

³³ ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1725.

³⁴ LANG, John Temple. How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved. **Fordham International Law Journal**, v. 37, n. 5, 2013, p. 1488.

sociedade-mãe”³⁵. Daí porque a Corte considerou que deve haver responsabilidade solidária “quando a subsidiária, embora tenha personalidade jurídica distinta, não decide de forma independente sobre o seu próprio comportamento no mercado, mas cumpre, em todos os aspectos materiais, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe”³⁶.

A identificação de uma unidade econômica, portanto, tem relação com a própria perspectiva de empresa que orienta a aplicação das leis antitruste. Na ótica do Direito da Concorrência, o que importa não é a personalidade jurídica, mas sim a identificação de um núcleo de atuação econômica autônomo com algum grau de significância na dinâmica competitiva.

Como esclarecem Odudu e Bailey³⁷, para que uma atuação econômica possa se materializar no mundo real, faz-se sempre necessária a combinação de pessoas naturais, ativos de produção em entidades com ou sem personalidade jurídica própria. Para os efeitos da aplicação do Direito da Concorrência, esclarecem os autores, a empresa enquanto unidade “resulta da menor combinação possível de pessoas e ativos tangíveis e intangíveis que juntos são capazes de exercer uma força competitiva única no mercado” (tradução livre)³⁸.

Essa ideia de que a empresa é o conjunto mínimo de ativos envolvidos no exercício da atividade econômica tem como corolário imediato o entendimento de que, mesmo que determinado agente econômico goze de personalidade jurídica própria, ele não será considerado empresa no sentido funcional do termo se não gozar de independência para a prática de atos anticompetitivos.

É a partir dessa premissa que a jurisprudência da União Europeia se estabilizou em torno da tese de que “a conduta de uma empresa subsidiária pode ser imputada à empresa-mãe quando, essa subsidiária não decide de forma independente sobre a sua conduta no mercado, mas, ao contrário, cumpre as determinações da empresa-mãe”³⁹.

³⁵ CALDEIRA, Margarida. **Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE**, Universidade de Lisboa, 2018, p. 51.

³⁶ *Ibid.*, p. 53.

³⁷ ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1724.

³⁸ Do original: “**Since the constituent elements of an economic entity are the minimum necessary to exert a single competitive force on the market, even when the economic entity is composed of several natural and corporate legal persons, competition inter se is impossible**” (ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1726).

³⁹ CAUFFMAN, Caroline. Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law By Their Subsidiaries. **SSRN Electronic Journal**, v. 2, n. 1, p. 1–16, 2019, p. 3.

Trata-se, portanto, de uma situação na qual há uma verdadeira convergência econômica, organizacional e legal entre as duas entidades que apenas na perspectiva da personalidade jurídica foram separadas⁴⁰.

Em outro vértice, ainda a partir da perspectiva do Direito Comunitário Europeu, o reconhecimento da unidade econômica da empresa decorre também pode ser explicado pela lógica de que as legislações antitruste não punem por condutas coordenadas os acordos celebrados entre agentes econômicos que, embora formalmente separados, exercem atividade de forma integrada em um determinado mercado⁴¹. De fato, os Tribunais da União Europeia há muito consideram que os acordos havidos entre pessoas jurídicas integrantes de uma mesma “empresa” no sentido funcional não configuram as infrações estabelecidas no art. 101 do TUE.

A *contrario sensu*, não faria sentido considerar que duas empresas com forte vínculo societário configurariam entes econômicos distintos para fins da repressão a uma conduta ilícita. Tal raciocínio é muito bem explicado por Caldeira⁴², ao afirmar que:

A delimitar negativamente o âmbito de aplicação do artigo 101.º do Tratado, surge a teoria da unidade económica, nos termos da qual o referido normativo não se aplica aos acordos celebrados entre entidades que formem uma unidade económica, ou seja, que mantenham entre si uma organização unitária, composta por vínculos económicos, organizacionais e jurídicos. Tal significa, por um lado, que não se subsumem aos normativos em causa os acordos celebrados entre sociedade-mãe e sociedade-filha, porquanto as mesmas, por aquelas razões, não concorrem entre si. No reverso da medalha, significa que se admite a atribuição de responsabilidade pessoal solidária à sociedade-mãe por práticas restritivas da concorrência perpetradas pela sociedade-filha, uma vez que, segundo este entendimento e nos casos em que a sociedade-mãe detenha a (quase-)totalidade do capital social da sociedade-filha, **ambas formam, para efeitos do direito da concorrência, uma única unidade económica** e, portanto, consideram-se uma só empresa, uma vez que, teoricamente, a sociedade-filha não goza de verdadeira autonomia na determinação da sua conduta no mercado e, conseqüentemente, se limita a cumprir as instruções emanadas pela sociedade-mãe, que a controla.

Para os fins do presente artigo, importa destacar que todos esses pressupostos de aplicação da Teoria da Unidade Econômica que se desenvolveram no Direito

⁴⁰ ALMEIDA, Antónia Ferreira Fontes de. A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas infratoras do direito da concorrência perpetradas pelas sociedades subsidiárias. **in: PAIS, Sofia Oliveira e BAGNOLI, Vicente. (Cord.). Temas Atuais de Direito da Concorrência: Economia Digital, Direitos Fundamentais e outros desafios.** Porto: Universidade Católica Editora, 2020, Livro Digital.

⁴¹ ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1727.

⁴² CALDEIRA, Margarida. **Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE**, Universidade de Lisboa, 2018, p. 20–21.

Comunitário Europeu são plenamente compatíveis com o Direito Brasileiro. Entre nós, o conceito de empresa contido no Código Civil também se dirige ao núcleo normativo da “atividade econômica organizada”, independente da autonomia jurídica formal da pessoa jurídica.

A Lei de Defesa da Concorrência parece ter incorporado esse mesmo sentido funcional do conceito de empresa. Embora o já citado art. 31 da lei preveja a sua aplicação “a qualquer pessoa física ou jurídica”, a parte final do *caput* do mesmo dispositivo deixa claro que a incidência da Lei 12.529/2011 ocorre ainda que as entidades sejam constituídas de fato e mesmo que temporariamente elas não detenham personalidade jurídica.

Essa mesma perspectiva funcional do conceito de empresa pode ser extraída do conceito de poder de mercado qual estabelecido no art. 36, § 2º, da lei. Isso porque a norma estabelece que se pressupõe a posição dominante sempre que “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”. A referência a “grupo de empresas” suscita justamente a compreensão de que, para a aferição da posição dominante, mais de uma personalidade jurídica pode ser considerada conjuntamente.

A discussão sobre a relevância de uma entidade econômica única para fins de caracterização da responsabilidade solidária foi explorada em alguns poucos casos da jurisprudência do CADE. No voto-vista proferido pelo ex-conselheiro Gilvandro Araújo no Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52, por exemplo, a mesma linha de raciocínio que é empregada na tradição europeia serviu para que o conselheiro concluísse que as empresas investigadas pela prática de *sham litigation* que integravam um mesmo grupo econômico deveriam ser solidariamente responsáveis pela infração:

Considerando que as condutas anticompetitivas se manifestam através de diferentes configurações, tal qual na Europa a legislação brasileira procurou abstrair formalismos para responsabilizar os infratores. É exatamente por isso que a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que podem ser responsabilizadas pessoas físicas ou jurídicas, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica (art. 15 da Lei nº 8.884/94, reproduzido no atual art. 31 da Lei nº 12.529/11). Há que se perquirir, assim, no caso concreto, qual centro decisório praticou a conduta, independente da pessoa (física ou jurídica) que a tenha executado.

É pela lógica acima descrita que não se poderia cogitar, por exemplo, que duas filiais de um conglomerado empresarial que seguissem a

mesma política de preços fixada pela matriz fossem punidas por formação de cartel por possuírem personalidade jurídica distinta. Por outro lado, também não se poderia cogitar que a mera detenção de participação acionária de um concorrente em outro servisse como caracterização de grupo econômico, a fim de elidir a ilicitude da prática concertada. Havendo alguma demonstração de lógicas econômico-empresariais autônomas, o centro decisório não pode ser considerado o mesmo em razão de meros vínculos societários. Em uma frase: a infração concorrencial não se apega aos formalismos, mas sim à realidade do mercado.

(...) Existe não só a solidariedade como também não se afigura possível aplicar a pena dissuasória a um mesmo comportamento no mercado por meio dos sujeitos de direito que podem ser pessoalmente responsáveis.

Posto isto, **a multa deve levar em consideração a existência de um grupo econômico, cuja consequência será a possibilidade de se buscar o ressarcimento do ilícito de qualquer dos seus integrantes.**
(...) ⁴³.

As condições particulares do PA em tela serão discutidas mais a frente. Percebe-se dessa passagem, no entanto, que o voto do ex-conselheiro deixa claro que a existência de um centro decisório único teria como consectário identificar uma única entidade econômica, traduzida no conceito de grupo econômico.

Há se reconhecer, todavia, que a superficialidade desse debate na jurisprudência da autarquia impede que se faça um exame mais apurado da internalização, entre nós, da teoria da unidade econômica. De todo modo, seu raciocínio central – a ideia de que a empresa é o conjunto homogêneo de ativos voltados à atividade econômica – afigura-se totalmente compatível com o nosso regime.

IV.2. A Teoria da Influência Decisiva

A grande dificuldade de instrumentalização da Teoria de Unidade Econômica consiste em saber sob quais circunstâncias uma autoridade antitruste poderá, em determinado caso concreto, concluir que a multiplicidade de pessoas jurídicas atuou como se fosse um único grupo econômico na prática da conduta anticompetitiva. Esse debate, sem dúvida, é o ponto mais tortuoso da análise de um regime de responsabilidade solidária. Se a invocação da teoria da unidade econômica, por um lado, resolve o problema de justificar a atribuição da pena a uma pessoa jurídica que não participou

⁴³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52. Julgado em 08 de junho de 2016.

diretamente do ilícito, por outro essa teoria precisa de um critério objetivo para ser aplicada⁴⁴.

Há um relativo consenso na doutrina de que o principal elemento que deve ser comprovado para a caracterização da unidade econômica é a existência da chamada “influência decisiva” da empresa-mãe sobre os atos da empresa-filha⁴⁵. Esse conceito foi desenvolvido a partir de uma evolução jurisprudencial que ocorreu na União Europeia em torno da Teoria da Unidade Econômica⁴⁶.

Em um momento inicial, as decisões da Comissão Europeia e da Corte Europeia de Justiça entendiam que, para a configuração da responsabilidade solidária, seria necessário demonstrar que a sociedade-mãe emitiu ou direcionou à sociedade-filha instruções expressas quanto aos preços a praticar e às condições de venda a aplicar na relação com o consumidor. Nas palavras de Caldeira⁴⁷, nessa perspectiva inicial da jurisprudência “interessaria, portanto, na falta de uma qualquer presunção, demonstrar o efetivo exercício, sobre a sociedade-filha, de influência determinante, em medida tal que a liberdade de determinação da conduta no mercado desta última fosse de tal forma cerceada que não houvesse como não concluir que era a sociedade-mãe a responsável, de facto, por aquela conduta”.

Principalmente a partir do julgamento dos chamados casos Store e Akzo, no entanto, a jurisprudência europeia passou a entender que o critério de influência decisiva poderia ser apreendido não necessariamente a partir da análise da política comercial efetivamente implementada, mas sim a partir de uma análise da estrutura dos vínculos econômicos, organizacionais e legais do grupo econômico.

Daí porque autores como Mickonyté defendem que, ao longo dos anos, “a importância da política comercial foi sendo abandonada em favor do exame da estrutura

⁴⁴ LANG, John Temple. How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved. **Fordham International Law Journal**, v. 37, n. 5, 2013, p. 1497.

⁴⁵ Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa. The sins of the son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 3, n. 1, p. 53–98, 2010, p. 59 e CAUFFMAN, Caroline. Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law By Their Subsidiaries. **SSRN Electronic Journal**, v. 2, n. 1, p. 1–16, 2019, p. 3.

⁴⁶ Para uma análise da referida evolução, cf. ALMEIDA, Antónia Ferreira Fontes de. **A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas infratoras do direito da concorrência perpetradas pelas sociedades subsidiárias**. in: PAIS, Sofia Oliveira e BAGNOLI, Vicente. (Cord.). *Temas Atuais de Direito da Concorrência: Economia Digital, Direitos Fundamentais e outros desafios.*, Porto: Universidade Católica Editora, 2020, Livro Digital.

⁴⁷ CALDEIRA, Margarida. **Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE**, Universidade de Lisboa, 2018, p. 54.

do grupo econômico; a ênfase passou a ser colocada no fato de que se as unidades econômicas em questão formam ou não um empreendimento único” (tradução livre)⁴⁸, de modo que “o conceito [de influência decisiva] foi estendido ou até mesmo diluído em expressões mais amplas, tais como os vínculos econômicos, legais e organizacionais entre entidades” (tradução livre)⁴⁹.

De todo modo, a evolução do conceito de influência decisiva acabou por consolidar que, para o reconhecimento da responsabilidade solidária por infração à ordem econômica, a autoridade antitruste teria que comprovar dois critérios cumulativos que juntos formariam o chamado *AKZO test*⁵⁰. Em primeiro lugar, deveria a autoridade comprovar que a empresa-mãe detém juridicamente o poder de direcionar a conduta da sua subsidiária ao ponto de privar dela qualquer independência na determinação da sua política comercial. Em segundo lugar, a autoridade deveria mostrar que a empresa-mãe de fato exerceu esse poder de direcionamento da conduta⁵¹.

Ocorre que, ainda conforme decidido no caso AKZO, passou-se a entender que a autoridade antitruste poderia legitimamente presumir que houve o exercício de fato do poder de direcionamento nas hipóteses em que a empresa principal detém 100% (cem por cento) das ações da empresa subsidiária. Ainda mais recentemente, a Corte de Justiça Europeia entendeu que essa presunção é válida também para os casos em que a empresa principal detém até 90% (noventa por cento) da totalidade do capital votante da empresa-filha⁵².

Essas flexibilizações de entendimentos, cumuladas com o alargamento do regime de presunções tem despertado duras críticas por parte da doutrina nos últimos anos⁵³. É por essa razão que autores como Lang chegam a afirmar que “a Comissão Europeia gradualmente começou a enxergar que seria mais simples e fácil se existisse uma

⁴⁸ Do original: “**Over the years, however, the importance of commercial policy has been undermined in favour of determining the structure of the economic group; the emphasis has been placed on the establishment of the fact that the economic units in question form one undertaking**”. MICKONYTÉ, Aistè. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. *LSEU*, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 35.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa. The sins of the son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 3, n. 1, p. 53–98, 2010, p. 6–7.

⁵¹ THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012, p. 12–13.

⁵² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa. The sins of the son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 3, n. 1, p. 53–98, 2010, p. 12–13.

⁵³ ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. *Common Market Law Review*, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1722.

presunção de que uma empresa controladora sempre exerce controle sobre uma subsidiária e pode ser penalizada com base nisso sem qualquer análise probatória”⁵⁴ (tradução livre).

Embora no caso AKZO a Corte de Justiça Europeia tenha deixado claro que essa presunção poderá ser afastada caso as empresas apresentem prova de que não houve o efetivo direcionamento da conduta da empresa-filha, fato é que essa inversão do ônus probatório, na opinião de muitos doutrinadores, acaba por restringir por completo a possibilidade de contra-argumentar que não houve o exercício poder de influência⁵⁵.

V. Responsabilidade solidária e princípio constitucional da individualização da pena

Até o presente momento, este artigo já demonstrou (i) que a Resolução nº 02 de 2009 do CADE que define grupo econômico não apresenta critérios adequados para a identificação desse conceito no campo da atuação repressiva da autarquia e (ii) que as teorias de unidade econômica e de influencia decisiva, embora sujeita a críticas, podem fornecer critérios mais objetivos para o reconhecimento da responsabilidade solidária nos termos do art. 33 da Lei 12.529/2011.

Estabilizadas essas premissas, no presente item, será discutido em que medida o regime de responsabilidade solidária tal qual aplicado pelo CADE apresenta-se compatível ou não com as garantias constitucionais da individualização da pena e da presunção de inocência que, malgrado tenham seu campo de incidência precípua no direito penal, são plenamente aplicáveis ao direito administrativo sancionador⁵⁶.

Reconhece-se aqui que esse debate tem relação direta com a proteção de direitos fundamentais no campo empresarial. A caracterização de grupo econômico para fins de responsabilidade prevista pela Lei de Defesa da Concorrência possui um caráter

⁵⁴ LANG, John Temple. How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved. **Fordham International Law Journal**, v. 37, n. 5, 2013, p. 1487.

⁵⁵ Sobre esse ponto, cf. SVETLICINII, Alexandr. Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A rebuttable presumption or probatio diabolica?, n. 7, 2011. (“**It remains to be seen what evidence the parties will need to present in order to succeed in rebutting the presumption.**”) e ainda MICKONYTĖ, Aistė. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. **LSEU**, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 12–13.

⁵⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259.

eminentemente sancionatório e, como tal, deve sempre seguir, na medida do possível, as garantias típicas do Direito Penal⁵⁷.

A discussão sobre a responsabilidade solidária de agentes econômicos por infrações à lei antitruste tenciona diretamente a aplicação do princípio da individualidade da pena consubstanciado no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988⁵⁸. Não há grandes dúvidas de que, na sua atuação repressiva, o CADE não pode se desincumbir do ônus de justificar e atribuir a cada um dos agentes econômicos sancionados uma conduta antijurídica correspondente à configuração de um ato que tenha por objeto ou que possa produzir o efeito de limitação da concorrência (art. 36, *caput*, da Lei 12.529/2011). Essa necessidade de individualização, portanto, configura-se como critério de controle da fundamentação de uma eventual decisão condenatória da autarquia.

A jurisprudência do CADE reconhece amplamente a necessidade de individualização da conduta no direito antitruste. Como bem destacado pela Conselheira Paula Azevedo, a atribuição de uma reprimenda só é possível quanto a autoridade entende haver, de fato, houve uma infração a ser punida e houve um agente a ser responsabilizado por ter praticado tal infração justamente por ter assumido a autoria do delito⁵⁹. Nas palavras da conselheira: “o processo administrativo no CADE é regido pelo princípio da individualização das condutas e das penas. Isto é, a apuração da infração é feita separadamente em relação a cada um dos envolvidos, podendo haver desfechos distintos entre os diferentes Representados e, até mesmo, entre empresa e empregado”.

A despeito disso, em se tratando especificamente da temática da responsabilidade solidária, são bastante escassos os casos da jurisprudência do CADE em que o debate sobre a individualização da pena foi trazido de forma mais profunda na discussão sobre responsabilidade solidária. A grande parte dos precedentes da autarquia simplesmente envolve a imposição da regra do art. 33 da Lei 12.529/2011 a situações em que a empresa investigada é subsidiária de um grupo econômico maior, sem que os votos utilizem uma fundamentação mais longa para explicar a solidariedade.

A posição do CADE sobre o tema fica bastante clara na análise dos votos dos conselheiros no julgamento do Processo Administrativo 08012.000778/2011-52. Nesse

⁵⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁵⁹ Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31. Relatora Conselheira Paula Azevedo.

processo, apurava-se possível abuso do direito de petição com fim anticompetitivo (*sham litigation*) perpetrado pelas empresas MC 3 Vídeo Produções Ltda. (MC 3), Léo Produções e Publicidade Ltda. (Léo Produções), Shop Tour International e Shop Tour TV Ltda. (Shop Tour TV) no mercado de programas de vendas e promoções veiculados em emissoras de televisão a nível nacional.

As condutas investigadas consistiam basicamente na prática de *sham litigation*, por terem as empresas investigadas prejudicado concorrentes e criado barreiras artificiais à entrada ao ajuizar inúmeras ações judiciais sem embasamento jurídico e omitir intencionalmente decisões anteriores (transitadas em julgado) que negavam as pretensões deduzidas.

Ocorre que este PA consistia, na realidade, em um desdobramento do Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, ocorrido em 15/12/2010, em que a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. (Box 3) foi condenada por ter praticado o abuso do direito de petição com objetivos anticompetitivos. Ocorre que a Box 3 integrava o mesmo grupo econômico das investigadas no Processo Administrativo 08012.000778/2011-52 e, na decisão naquele PA originário, considerou-se como prova da materialidade da conduta imputada à Box 3 ações judiciais ajuizadas indistintamente pelas empresas que compunham o grupo econômico, entre elas as representadas no Processo Administrativo 08012.000778/2011-52.

Essa circunstância suscitou a alegação de *bis in idem* por parte das empresas. Isso porque, na visão da Shop Tour TV Ltda. (Shop Tour TV) as ações que esta empresa ajuizou já tinham sido utilizadas para imposição de condenação ao grupo econômico como um todo no julgamento do Processo Administrativo 08012.004283/2000-40.

O voto-relator do caso, de lavra do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, refutou a alegação de *bis in idem* por entender, em síntese, que, ainda que estivessem sendo punidos os mesmos fatos (haveria coincidência objetiva), as pessoas jurídicas investigadas em cada um dos processos administrativos eram distintas (ausência de coincidência subjetiva). Como destaca o voto no que interessa na apreciação da tese do *bis in idem*:

Os Representados fazem a confusão conceitual de que o grupo econômico a que pertence a Box 3 é que foi apenado na primeira ocasião e que, em tese, é o mesmo grupo seria apenado agora. O primeiro e mais óbvio aspecto, que foi objeto de instrução complementar no meu gabinete, é qual a base de cálculo que foi alvo de reprovação sob o ponto de vista do direito da concorrência. Os próprios Representados esclareceram *ipsis litteris* que “o mencionado valor de R\$ 22.508.089,00 correspondente somente ao faturamento da empresa

Box 3 no ano de 1999” (SEI 185614 e 185770). O segundo aspecto diz respeito à própria lógica da decisão no primeiro processo, no qual o Plenário decidiu (a) pela condenação da Box 3 e (b) pela abertura de investigações, e aqui transcrevo parte do dispositivo do voto condutor daquele caso, “para avaliar se outras pessoas físicas ou jurídicas também realizaram este tipo de prática” sem, em momento algum, fazer alusão a grupo econômico (tanto é que, no presente polo passivo, há pessoa jurídica alheia ao grupo da Box 3 – Léo Produções). Por outro lado, na descrição das ações judiciais utilizadas pela Box 3 com fim anticompetitivo, o Relator fez juízo de mérito estritamente em relação à Box 3, ainda que várias dessas ações, como ele mesmo mencionou, tenham sido propostas por mais de uma requerente.

A posição do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior acabou sagrando-se vencedora. Todavia, como já destacado no presente artigo, o voto vencido do ex-Conselheiro Gilvandro Araújo acolheu a alegação de *bis in idem* justamente por entender que, diante da regra de responsabilidade solidária contida no art. 33 da Lei do CADE, o que interessaria para fins de punição seria a unidade do grupo econômico e, por isso, a entidade econômica investigada nos dois processos administrativos seria a mesma.

É curioso notar que, no voto do ex-Conselheiro Gilvandro Araújo, foi reproduzida justamente a tese de que a incorporação da teoria da unidade econômica seria incompatível com a ideia de individualização da pena. Nas palavras do ex-Conselheiro: “a responsabilização do grupo deve ser feita considerando a unidade econômica do centro decisório, sendo, portanto, prescindíveis a inclusão de todas as unidades de atuação no polo passivo da investigação; a individualização da conduta perpetrada por cada empresa, ou mesmo a análise do grau de subordinação entre elas”.

Ainda que nesse caso específico tenha prevalecido a posição do ex-Conselheiro Márcio de Araújo, examinando-se a jurisprudência do CADE, verifica-se que em quase todos os processos administrativos em que se discutiu a responsabilidade solidária, considerou-se que o mero reconhecimento de um grupo econômico no sentido societário seria suficiente para impor a solidariedade passiva.

Essa perspectiva de que a unidade econômica ilide a necessidade de se individualizar a conduta parece colidir frontalmente com a regra prevista no art. 5, inciso XLV, da Constituição Federal.

Considerando que do princípio da individualidade da pena decorre a necessidade de se demonstrar, de forma autônoma e segregada, o vínculo entre a materialidade da conduta e sua autoria, não há grandes dificuldades em se entender que referida garantia constitucional é desafiada por um regime de responsabilidade solidária de aplicação

automática. Como muito bem destacado por Yves-Bot⁶⁰ em uma passagem amplamente citada na literatura, deve-se entender que:

“Em conformidade com o princípio da responsabilidade pessoal, ninguém é responsável senão pelos seus próprios actos. Em virtude do princípio da personalidade das penas, uma pena não pode ser sofrida por outra pessoa que não seja o culpado. Estes princípios opõem-se, pois, ao envolvimento da responsabilidade de uma pessoa singular ou de uma pessoa colectiva que não foi nem autor nem cúmplice de uma infracção e constituem assim limites ao exercício do jus puniendi dos poderes públicos. Constituem igualmente limites à utilização das pessoas singulares que não podem reconhecer-se falsamente culpa das de uma infracção que não cometeram”.

Como discutido anteriormente, a principal justificativa para atribuição de uma responsabilidade única a diversas pessoas jurídicas derivaria do entendimento de que, conjuntamente, elas estariam atuando como se fossem uma única empresa e, portanto, representariam uma “força competitiva única”. Ocorre, todavia, que essa ideia de unidade econômica – que no direito brasileiro pode de fato ser derivada do próprio conceito legal de empresa enquanto atividade econômica organizada – reflete uma lógica jurídica muito diferente daquela que lastreia a proteção de direitos fundamentais no âmbito sancionador.

É que a garantia constitucional prevista no art. 5º da CF, a rigor, não distingue a natureza da personalidade jurídica. Ao contrário, a interpretação que se pode extrair do texto constitucional é a de toda e qualquer pessoa natural ou jurídica só pode ser responsabilizada se for a ela imputada individualmente um ato ilícito. Nesse aspecto, se não fica claro qual foi a influência decisiva da empresa-mãe na materialização da prática anticompetitiva e mesmo assim se insiste na aplicação da responsabilidade solidária, estaríamos diante de um cenário em que uma dada pessoa jurídica estaria sendo punida tão somente por uma conduta atribuída a outrem.

É por essa razão, a propósito, que autores como Thomas⁶¹, Mickonyté⁶², Odutu e Bailley⁶³ chegam a defender que a teoria da unidade econômica é totalmente incompatível

⁶⁰ BOT, Yves. **Apud CALDEIRA, Margarida. Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE**, Universidade de Lisboa, 2018, p. 23.

⁶¹ THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. **Journal of European Competition Law and Practice**, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012, p. 16.

⁶² MICKONYTÉ, Aistè. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. **LSEU**, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012, p. 15–17.

⁶³ ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014, p. 1724.

com o princípio da pessoalidade da pena. A esse respeito, é válido destacar o raciocínio do primeiro desses autores ao aduzir que⁶⁴:

(...) A pessoa jurídica como titular do direito fundamental de *nulla poena sine culpa* é privada da proteção desse direito. O argumento - que o princípio da responsabilidade pessoal deve ser “alinhado com a noção de empreender” - é, portanto, inválido. O princípio da responsabilidade pessoal é uma garantia fundamental e, portanto, indispensável. Ainda assim, não é o caso de o princípio da responsabilidade pessoal ser alinhado com a noção de empresa. É o contrário. A interpretação da noção de empresa não deve entrar em conflito com o princípio da responsabilidade pessoal. E, no entanto, é exatamente isso que a doutrina da entidade econômica faz. (tradução livre).

A nosso entender, a crítica apresentada é apenas parcialmente procedente em relação à Lei de Defesa da Concorrência brasileira. É que, para fins de individualização da conduta, entende-se que a garantia constitucional estará respeitada se a autoridade antitruste demonstrar a prática de algum ato de indução ou direcionamento por parte da empresa-mãe.

Em outras palavras, entende-se que a cláusula de responsabilidade solidária pode sim ser utilizada dentro de uma lógica de unidade econômica, desde que fique demonstrado que houve uma conduta comissiva do agente (empresa-mãe) que contribuiu para a materialidade da infração. Em uma situação como essa, entendemos que estaria atendido o princípio da pessoalidade da pena. Nessa hipótese, a atuação da empresa-mãe se aproximaria a de um partícipe ou coautor do delito, em uma analogia ao Direito Penal.

⁶⁴ Do original: “(...) The single legal person as the holder of the fundamental right of *nulla poena sine culpa* is deprived of the protection of this right. The argument—that the principle of personal responsibility has to be ‘brought in line with the notion of undertaking’—is therefore invalid. The principle of personal responsibility is of a fundamental nature and indispensable. It is, therefore, not the case that the principle of personal responsibility has to be brought in line with the notion of undertaking. It is the other way around. The interpretation of the notion of undertaking must not conflict with the principle of personal responsibility. And yet this is just what the economic entity doctrine does” (THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. **Journal of European Competition Law and Practice**, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012, p. 16.).

VI. Conclusões

O presente trabalho buscou analisar a natureza instrumental da solidariedade na repressão ao abuso de poder econômico, para fins de individualização da conduta, voltada a impedir que a repressão ao abuso econômico possa ser prejudicada por arranjos societários sobre a estrutura do mercado com prejuízos para concorrência por resultado do aumento dos índices de concentração nos mercados de atuação das empresas envolvidas.

A partir da análise dessa temática, promove-se a garantia constitucional de individualização da conduta e da pena, sistematizados em torno da Teoria da Unidade Econômica (“*Single Economic Entity*”) e da Teoria da Influência Decisiva. Conforme pontuado, elas servem para tornar a aplicação do regime de responsabilidade solidária mais sólida.

A partir dessas premissas, é possível concluir que a teoria da unidade econômica seria incompatível com a ideia de individualização da pena. Diante desse cenário, compreende-se que a cláusula de responsabilidade solidária pode sim ser utilizada dentro de uma lógica de unidade econômica, desde que fique demonstrado de fato que houve uma conduta comissiva do agente (empresa-mãe) com o poder de direcionar a conduta da sua subsidiária contribuindo para a materialidade da infração.

A rigor, a conclusão é que a partir dos levantamentos dos votos já emitidos pelo plenário do Cade que se dedicaram a indicar a solidariedade prevista pela Lei 12.529/2011, é razoável presumir, nos limites da premissa econômica da tomada de decisão, que não deve ser imputada culpa à controladora se ela não participou do processo nem lhe foi oportunizado o direito de defesa.

VI. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Antónia Ferreira Fontes de. **A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas infratoras do direito da concorrência perpetradas pelas sociedades subsidiárias.** In: PAIS, Sofia Oliveira e BAGNOLI, Vicente. (Cord.). *Temas Atuais de Direito da Concorrência: Economia Digital, Direitos Fundamentais e outros desafios.* Porto: Universidade Católica Editora, 2020.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa societária.** Lisboa: Almedina, 2002.

CALDEIRA, Margarida. **Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE.** Universidade de Lisboa, 2018.

CAUFFMAN, Caroline. Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law By Their Subsidiaries. **SSRN Electronic Journal**, v. 2, n. 1, p. 1–16, 2019.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LANG, John Temple. How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved. **Fordham International Law Journal**, v. 37, n. 5, 2013. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdint37&id=1507&div=&collection=>>>.

LOBO, Jorge. **Direitos dos grupos de sociedades.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Matheus. **Grupo Econômico e a Lei 12.529/2011: uma análise da utilização do instituto no Direito Concorrencial.** Universidade de Brasília, 2018.

MICKONYTÈ, Aistè. Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law. **LSEU**, v. 1, n. 1, p. 33–69, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administrador e Interesses do Grupo.** São Paulo: Quartier Latin, [s.d.].

ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David. The single economic entity doctrine in EU competition law. **Common Market Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1721–1757, 2014.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa. The sins of the son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 3, n. 1, p. 53–98, 2010.

OLIVEIRA, Renan Cruvinel De. A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 2, n. 1, p. 130–160, 2018.

SVETLICINII, Alexandr. Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A rebuttable presumption or probatio diabolica? n. 7, 2011.

THOMAS, Stefan. Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the commission and the European courts in EU-antitrust law. **Journal of European Competition Law and Practice**, v. 3, n. 1, p. 11–28, 2012.

MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. . **Dimensionamento de Sanções Antitruste a Cartéis**. In: César Mattos. (Org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil - A Era dos Cartéis*. 1ªed.São Paulo: Editora Singular, 2018, v. 3, p. 87-128