

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

CYNTHIA PELUZZO DE OLIVEIRA
SANDRO MANSUR GIBRAN

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo examinar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica, conforme previsto no artigo 34, da Lei nº 12.529/2011, à luz da ordem econômica constitucional e seus fundamentos, considerando o mote de controle e regulação efetiva pela Administração Pública. A pesquisa se desenvolve com base bibliográfica e jurisprudencial. Leva-se em conta a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com o recorte temporal dos anos de 2018 a 2021, visando observar como ocorre a aplicação da *disregard doctrine* e quais as suas consequências econômicas. Verificou-se que o CADE passou à adoção progressiva da desconsideração da personalidade jurídica, consolidando-a, o que a torna um instrumento da autarquia para ampliar a aplicação e garantir o pagamento das multas.

Palavras-chave: Ordem econômica, desconsideração da personalidade jurídica, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Administração Pública, Lei Antitruste.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the institute of the disregard doctrine when applied for those responsible for the infringement of the Brazilian economic order, as provided for in article 34 of the statute number 12.529/2011, considering the economic order and its foundations, as well as the motto of control and effective regulation by the Public Administration. The research is developed on a bibliographical and jurisprudential basis, taking into account the jurisprudence of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) from the years 2018 to 2021 with the intent of observing how the disregard doctrine is applied and what are its economic consequences. The conclusion reached is that CADE started to progressively adopt the disregard doctrine, consolidating it, turning it into an instrument to expand the application and guarantee the payment of the fines.

Keywords: Economic Order, disregard doctrine, CADE, Public Administration, Antitrust Law.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), efetivada de forma administrativa nos processos em trâmite perante o CADE para o atingimento de pessoas físicas.

É de se ressaltar que no âmbito administrativo, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ainda está se desenvolvendo, eis ainda não serem claras as hipóteses legais para sua incidência. Em assim sendo, o tema é delimitado na medida em que se busca perquirir se o CADE aplica a *disregard doctrine* e, caso positivo, qual a argumentação utilizada, no fito de compreender as consequências econômicas disso.

Crê-se que se trata de um artigo atual e necessário, pois há poucos escritos sobre o tema e a atuação do CADE tem crescido exponencialmente, sem prejuízo de estar ganhando evidência e notoriedade nas notícias do dia a dia, seja como instrumento de combate às infrações contra a ordem econômica, seja como meio de punição, sobretudo ante as elevadas multas aplicadas aos supostos infratores.

Para a consecução do presente trabalho dividiu-se o estudo em seis seções.

No primeiro tópico trata-se sobre a ordem econômica brasileira e seus fundamentos históricos. Objetiva-se neste momento promover a compreensão sobre o que é a ordem econômica pátria e quais as suas bases históricas, desde a Constituição de 1934 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois é neste contexto que surge a Lei 12.529/2011, também denominada de legislação Antitruste.

O segundo tópico debruça-se sobre a lei 12.529/2011 e as infrações à ordem econômica. A Lei nº 12.529/2011 é importante porque estrutura o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (SNDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e, dentre outras providências, para fazer frente às crescentes demandas e necessidade de proteção e regulação, estabelece o CADE como autarquia especial capaz de fiscalizar o ambiente econômico e aplicar, em tese, a desconsideração da personalidade jurídica, de forma administrativa.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Em seguida, versa-se sobre a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 34 da lei 12.529/2011, que não se pode confundir com a previsão civilista do mesmo instituto. Não se adentram discussões sobre os nomes ou categorias das teorias da desconsideração da personalidade jurídica, pois alinha-se à postura majoritária e tradicional/clássica do instituto.

Em quarto, são analisados cases do CADE, visando deles extrair se a autarquia utiliza a *disregard doctrine* e qual a argumentação utilizada, com o objetivo de que a presente análise ultrapasse uma perspectiva meramente bibliográfica e atinja também um enfoque prático e ilustrativo. A jurisprudência em questão foi localizada na plataforma de busca de jurisprudência da própria entidade, através da utilização dos elementos/parâmetros “desconsideração da personalidade jurídica”, o que resultou em 09 (nove) documentos analisáveis, com base no recorte temporal dos anos de 2018 a 2021.

O trabalho é finalizado com a conclusão e as referências bibliográficas na sequência.

2.OBJETIVOS.

Como objetivo geral, o estudo visa analisar de que forma o CADE aplica a *disregard doctrine*.

Como objetivos específicos tem-se: identificar a evolução legislativa que levou à edição da Lei Antitruste; compreender o que caracteriza infrações à ordem econômica na legislação pátria; analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na legislação antitruste; identificar os cases do CADE que tratam sobre desconsideração da personalidade jurídica entre 2018 e 2021; e conhecer o valor das multas aplicadas.

3.METODOLOGIA.

A metodologia aplicada ao presente estudo é a de revisão bibliográfica, consistente na revisão de doutrina e jurisprudência relacionada à temática abordada.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Outrossim, utilizou-se de análise qualitativa e quantitativa para a pesquisa de casos e dados do CADE.

4. PROBLEMA DE PESQUISA.

O problema da presente pesquisa é analisar o seguinte: como o CADE aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.

5.1. A ORDEM ECONOMICA E SEUS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS.

Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) tenha sido a primeira a separar ordem econômica e ordem social, cumpre esclarecer não ter sido ela a primeira constituição pátria a elencar a ordem econômica em seu texto, ou seja, atribuir-lhe o *status* constitucional.

Sob influência da Constituição do México (1917), a Constituição de Weimar (1919) e a superação da ideologia neoclássica e liberalista do *laissez-faire* relacionada ao papel do Estado e sua intervenção na Economia, a Constituição de 1934 previu a ordem econômica e a ordem social sob título único (título IV, dos artigos 115 a 143).

Leiamos o precitado artigo 115 dessa Constituição:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.
Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País. (BRASIL, 1934)

A Constituição de 1937, por sua vez, passou a contemplar, de forma específica a ordem econômica, embora sem a designação de título próprio (artigos 135 a 155).

Vejamos:



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (BRASIL, 1937)

As Constituições seguintes, de 1946, 1967 e a EC n.1/69, retornaram à sistemática de agregação em um único título, como em 1934. Tem-se, respectivamente:

Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. (BRASIL, 1946)

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL 1967)

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo. (BRASIL, 1969)

A CRFB/1988 inovou no sentido de que a ordem econômica e a ordem social foram separadas, mas não só isso, são tratadas de forma desvinculada. No título da ordem econômica (e financeira) estão matérias relacionadas aos princípios gerais da atividade econômica, da política urbana, da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, além do sistema financeiro nacional.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Segundo a atual Constituição, tem-se o seguinte acerca da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Os princípios gerais da atividade econômica são, como leciona Raul Machado Horta, ora valores ora intenções, sendo importante ressaltar o princípio-valor da livre concorrência (inciso IV) para os fins deste artigo.

Segundo Alexandre de Moraes, a livre concorrência pode ser assim conceituada:

Livre concorrência: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4º) (MORAES, 2007, p. 786).

Tamanho a importância do princípio em comento que o mercado brasileiro é nele baseado, orientando-se pela “abertura jurídica concedida aos participantes para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2006, p. 83).

Em assim sendo, percebe-se, como ensinado por José Alfredo de Oliveira Baracho, a existência uma Constituição Econômica ao lado da Constituição Política.

É neste contexto que em 30 de novembro de 2011 surgiu a Lei Antitruste, lei de nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

5.2. A LEI 12.529/2011 E AS INFRAÇÕES À ORDEM ECONOMICA.

A Lei nº 12.529/2011 ab-rogou a Lei 8.884/1994, estruturou o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (SNDC) e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências.

A precitada lei define quais condutas são consideradas infrações à ordem econômica, suas penas e quais os instrumentos para a persecução dos infratores, visando proteger a livre iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e reprimir o abuso do poder econômico, punindo-se os atos capazes de prejudicar a livre concorrência.

No artigo 36 são elencados 19 (dezenove) incisos de práticas vedadas, dentre as quais ressalta-se, a título de curiosidade: promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; e impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Dessume-se que o que importa para o legislador são as consequências do ato praticado, atribuindo a responsabilidade objetiva aquele que agir contra a propriedade, a livre iniciativa, os princípios constitucionais e o empreendedorismo.

A tutela objetivada pela lei visa proteger o empresariado, mas não só isso, pois seria uma leitura rasa da situação e do contexto constitucional em que inserida a lei. O seu objetivo é proteger também o mercado como um todo, inclusive a dignidade dos cidadãos. Percebe-se, assim, a interrelação entre proteger a concorrência, o mercado e o empreendedorismo.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Essa proteção integral significa, ao cabo, estar protegendo os fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa presentes no artigo 1º da CRFB/1988 e viabiliza aquilo que a República espera e objetiva, conforme trazido pelo artigo 3º da Carta Magna, senão vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para fazer frente às crescentes demandas e necessidade de proteção e regulação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), foi elevado à categoria de autarquia federal, em regime especial. Com jurisdição em todo o território nacional, cuida-se de uma autoridade de defesa da concorrência (não é uma agência reguladora), que objetiva dialogar com políticas públicas e articular sua atuação com outras instituições e órgãos.

O CADE, inicialmente criado como um órgão do Ministério da Justiça pela Lei 4.137/62, para fiscalizar a gestão econômica e os regimes de contabilidade das empresas, foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884/94 e visava além disso, julgar processos administrativos relativos às condutas anticompetitivas e atos de concentração. Com a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), passou também a instruir os processos de apuração de infrações à ordem econômica e julgar os processos de análise de atos de concentração.

O CADE é composto pelo Departamento de Estudos Econômicos, pela Superintendência-Geral e pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

O Departamento de Estudos Econômicos visa promover estudos, aprimorar análises econômicas e fornecer subsídios inclusive sobre os efeitos das decisões do CADE. A Superintendência-Geral tem como objetivo investigar, instruir e analisar os



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
inquéritos e processos. Já o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica julga os processos instruídos pela Superintendência.

Segundo consta do sítio do CADE, a missão institucional do Conselho é a de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal” (CADE, 2021).

Para cumprir com sua missão institucional o Conselho faz uso de diversos mecanismos processuais previstos na Lei Antitruste, como a episódica desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica infratora, o que será abaixo analisado.

5.3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO ARTIGO 34 DA LEI 12.529/2011.

Entende-se que este tema merece ser estudado, pois, além de não haver extensa doutrina nem jurisprudência sobre o assunto da desconsideração da personalidade jurídica na seara da Lei 12.529/2011, o instituto diverge do homônimo instituto da desconsideração da personalidade, previsto pelo Código Civil de 2002, o que muitos desconhecem.

Apesar de o instituto ter surgido de esforços teóricos decorrentes de preocupações com o abuso da personalidade jurídica, portanto, para fins privados (entre pessoas jurídicas de direito privado, como na defraudação de credores), haja vista a separação patrimonial e a limitação de responsabilidades atinentes à personificação e a autonomia da dita personalidade, é crescente a tendência a sua utilização em outras searas, conforme será visto neste trabalho.

Na Lei 12.529/2011, a desconsideração da personalidade jurídica está prevista nas disposições gerais (capítulo I), das infrações da ordem econômica (título V), conforme segue.

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Já no Código Civil de 2002, a desconsideração da personalidade está consignada como adiante transcrito, para fins de comparação.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Verifica-se através da interpretação gramatical e literal dos dispositivos acima que os dois institutos são inconfundíveis, o que é reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUIÇÃO DE OMISSÃO E PREQUESTIONAMENTO. TESES PERTINENTES ENFRENTADAS NA DECISÃO EMBARGADA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO INAPLICÁVEL, PORQUE **ATINENTE À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (ART. 34 DA LEI nº 12.529/2011), INCONFUNDÍVEL COM A DESCONSIDERAÇÃO POR ABUSO NAS RELAÇÕES CIVIS (ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL)**. INCONFORMISMO QUE DEVE SER MANIFESTADO VIA RECURSO IDÔNEO À REFORMA DA DECISÃO. EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJPR - 12ª C.Cível - 0017175-25.2019.8.16.0000 - Londrina - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ALEXANDRE GOMES GONCALVES - J. 02.12.2019)(grifos nossos).



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Logo, no caso de infrações à ordem econômica, há de se afastar de plano a incidência do artigo 50 do Código Civil, aplicando-se exclusivamente o artigo 34 acima transcrito.

Sem adentrar a análise das várias teorias sobre o instituto da desconsideração, optando-se pela posição majoritária da discussão entre existência da teoria menor e maior e já partindo da premissa que o leitor conhece a diferença entre uma e outra teoria, da leitura de ambos os dispositivos percebe-se que o artigo 34, da Lei 12.529/2011, adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, eis que se exige como elemento determinante o prejuízo ao credor, o abuso de direito a infração à lei. É neste contexto que o juiz pode desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da sociedade empresária.

Enquanto isso, o artigo 50 do Código Civil de 2002 adota a teoria clássica de Rolf Serick, também denominada de teoria maior – que não autoriza o agir de ofício do magistrado e exige a demonstração efetiva do abuso da personalidade jurídica.

Permite-se tal conclusão porque as hipóteses de incidência são mais abrangentes e incidem a partir da demonstração que a personalidade jurídica é um obstáculo objetivo para a defesa dos direitos tutelados pela legislação antitruste e ao ressarcimento dos prejuízos causados. Assim, a legislação antitruste aproxima-se mais da legislação consumerista (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor) e da legislação ambiental (art. 4º da Lei de Proteção ao Meio Ambiente), já que igualmente adotam a teoria menor.

Impende salientar que o artigo 34 está inserido dentro de uma *mens legis* de processo administrativo de responsabilização, razão pela qual se pode concluir que não só estamos diante da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, como também de uma medida administrativa que, de forma inovadora, independe de decisão judicial.

Para os que defendem a desnecessidade de decisão judicial para desconsideração da personalidade jurídica, a decisão administrativa pela desconsideração da personalidade jurídica deve ser pensada na perspectiva



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

constitucional e conforme previsto pelo Código de Processo Civil (CPC), ou seja, com observância aos princípios do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal.

Frisa-se que a Lei Antitruste não prevê a forma como a desconsideração deve ocorrer, razão pela qual defende-se que deveria ocorrer como previsto pelos artigos 133 a 137 do CPC, eis que considerando a preocupação premente do legislador em compatibilizar o atingimento do patrimônio do sócio/administrador com os precitados princípios, a sistemática apresentada pelo CPC garante tal compatibilização.

Já para os que acastelam a reserva de jurisdição e a imperiosidade de decisão judicial para a desconsideração – a impossibilidade de ser efetuada pela Administração Pública, portanto -, deve-se rechaçar o precedente isolado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que admitiu a desconsideração pela Administração Pública¹ e filiar-se ao entendimento exarado em sede de medida cautelar, do Supremo Tribunal Federal (STF), de reserva jurisdicional para aplicação da *disregard doctrine* e da desconsideração em sede definitiva (e não como medida cautelar)².

A medida cautelar deferida pelo STF foi assim ementada:

EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. “DISREGARD DOCTRINE” E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO, AGINDO “PRO DOMO SUA”, DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM ORDEM A COIBIR SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU DE FRAUDE. A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA DOCTRINA TRADICIONAL? O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, “e”, E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE “VACATIO LEGIS”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

¹ Superior Tribunal de Justiça. RMS 15166/BA, 2002/0094265-7, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.08.2003, DJ 08.09.2003, p. 262; RDR, v. 27, p. 378; RSTJ, v. 172, p. 247.

²Supremo Tribunal Federal. MS 32.494/DF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4484385>. Acesso em 25 de nov. de 2021.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. (STF, MC em MS nº 32494, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ nº 224, de 13/11/2013).

Considerando a inexistência de decisão definitiva do STF sobre a admissibilidade da desconsideração da personalidade jurídica ser efetivada pela Administração Pública, diante da presunção de constitucionalidade do art. 34 da Lei nº 12.529/2011, cumpre-nos verificar se o Estado (no caso desse estudo, o CADE) tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica de empresas por meio de ato administrativo.

5.4. CASES DO CADE.

Para a análise deste artigo foi utilizado o sistema de busca de jurisprudência do CADE com a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” como parâmetro, que localizou 76 (setenta e seis) documentos.

Considerando os fins do presente estudo e os recursos disponíveis, em especial de tempo, foi adotado um recorte temporal dos últimos três anos, ou seja, 2018 a 2021. O resultado foi de 09 (nove) documentos referentes jurisprudência relacionadas a processos administrativos em trâmite na autarquia, que foram analisados na versão pública disponível no sítio da internet.

Perquiriu-se acerca da aplicação ou não da desconsideração da personalidade jurídica nos casos sobre os quais o CADE se debruçou, bem como quais os fundamentos utilizados para o posicionamento adotado.

No primeiro caso, do Procedimento Administrativo (PA) nº 08700.008897/2015-29, de representação por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, houve a responsabilização dos operadores portuários (das pessoas físicas) representadas, mas, segundo consta da decisão, não por força de eventual desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas envolvidas, mas porque



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

eram administradores destas, o que atraiu a responsabilização pelo artigo 37, III, da Lei 12.529/2011³.

No segundo caso disponível, por sua vez, referente ao PA nº 08700.009879/2015-64, composto de três dos documentos, de representação do Ministério Público de Santa Catarina contra inúmeros postos de combustíveis e pessoas físicas administradoras dos postos de gasolina, houve a desconsideração da personalidade jurídica, sob o fundamento de ter agido em “infração à lei” e haver “irregularidade do encerramento das atividades empresariais”, respectivamente, conforme abaixo.

Vejamos:

52. Dessa forma, as provas reunidas nos autos demonstram de forma clara que os atos praticados pelo Sr. Lineu foram desempenhados em infração à lei. Nos termos do que prevê o *caput* do art. 34, nesses casos deverá ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, à época da conduta, o Sr. Lineu, na condução de administrador do posto, agiu em infração à lei. Por essa razão, considerando a extinção do referido posto e aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, a multa que seria aplicada ao Posto Continental Ltda. deverá ser aplicada ao Sr. Lineu Barbosa Villar. Nota-se, portanto, que o conhecimento acerca da extinção no posto foi de fundamental importância para a correta aplicação da lei ao caso concreto.

53. Por esses motivos, tendo demonstrado a instrução complementar que o Posto Continental Ltda. foi extinto em 05 de outubro de 2016, **divirjo do Conselheiro Relator e voto pelo arquivamento do processo com relação a esse representado. A sanção que seria imposta ao Posto em razão de sua participação no ilícito deverá ser imposta ao seu sócio administrador – Sr. Lineu Barbosa Villar –, também representado no presente processo, em atenção à desconsideração da personalidade jurídica prevista no *caput* do art. 34 da Lei nº 12.529/2011, conforme detalhado no tópico relativo à dosimetria.** (grifos do original).

Ou ainda:

69. No presente caso, portanto, nota-se que: (i) não há a continuidade das atividades empresariais no endereço informado à JUCESC; e (ii) não há registro da existência de ação falimentar perante a JUCESC[29], o que tornaria regular o encerramento das atividades empresariais em qualquer situação. Ademais, não

³ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...) III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* deste artigo.(...)



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

há registro ou elementos nos autos que apontem para a continuidade das atividades por outra empresa (sucessão empresarial), ou a continuidade do exercício da atividade empresarial por meio de uma sociedade em comum.

70. Dessa forma, resta configurada a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 34, caput, da Lei nº 12.529/2011, de modo que a sanção que seria aplicada ao Auto Posto JC Ltda. (CNPJ 04.333.046/0001-83) com fundamento no art. 37, inc. I, da Lei nº 12.529/2011 deverá ser aplicada em desfavor de seu sócio administrador, Sr. Fernando César Garcia, nos termos detalhados na dosimetria. (grifos do original).

No primeiro caso houve a aplicação de multa no valor de total de R\$ 1.179.353,67 (hum milhão cento e setenta e nove mil trezentos e cinquenta e três reais e sessenta e sete centavos) para o representado, dos quais R\$ 1.012.481,45 (hum milhão doze mil quatrocentos e oitenta e um reais e quarenta e cinco centavos), pela prática das infrações à ordem econômica tipificadas no artigo 36, inciso I, e seu § 3º, inciso I, “a” da Lei nº 12.529/2011⁴ e com base no artigo 37, inciso I⁵, da referida lei, em razão da desconsideração da personalidade jurídica.

Com relação ao outro representado foi estipulada multa pelo CADE no valor de R\$ 959.164,36 (novecentos e cinquenta e nove mil cento e sessenta e quatro reais e trinta e seis centavos), em razão da desconsideração da personalidade jurídica⁶.

⁴ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (...)

⁵ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do 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, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; (...)

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08700.009879/2015-64. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtch5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA5bS3N_JYF7CVQx39ZfhiLWHohaMpL_VuB34ARc7kATB%22. Acesso em 24 de nov. de 2021.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Neste caso, o argumento central para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é que entendimento contrário à *disregard doctrine* implicaria a não imposição de multa e o conseqüente esvaziamento do *enforcement* do CADE.

Utiliza-se da analogia com o direito consumerista e tributário para afirmar que quando o suposto infrator participa do processo administrativo e exerce a ampla defesa e o contraditório, inexistente prejuízo sobretudo ante a semelhança da redação dos dispositivos.

Por fim, argumenta-se, nos termos da jurisprudência do STJ⁷ de que é possível a desconsideração da personalidade jurídica, quando a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores, conforme previsto na legislação consumerista, aplicável por analogia ao caso concreto.

No terceiro caso, atinente ao Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94, de representação da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco, em tópico específico houve voto pela desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas representadas porque o procedimento administrativo demonstrou a prática de infração à ordem econômica e as empresas estão extintas, que por si só preenche o requisito autorizador, conforme entendimento do CADE.

Diferentemente dos casos anteriores, neste voto houve a indicação de recomendação à Procuradoria Federal Especializada (ProCade), até então não mencionada, para que adotasse as providências administrativas/judiciais para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas infratoras, recaindo assim a responsabilidade também sobre seus administradores.

As multas aplicadas no voto são de R\$ 113.292,46 (cento e treze mil duzentos e noventa e dois reais e quarenta e seis centavos) para Infocife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, R\$ 57.752,00 (cinquenta e sete mil setecentos e cinquenta e dois reais) para T.E. Papelaria Comercial Ltda. ME, R\$ 65.531,86 (sessenta e cinco mil quinhentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos) para Livraria e Papelaria Boa

⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 1.735.004 – SP, Rel. Nancy Andrighi, j. 26.06.2018 e REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

Vista Ltda, R\$ 216.972,56 (duzentos e dezesseis mil novecentos e setenta e dois reais e cinquenta e seis centavos) para a LUSERVI – Prestação de Serviços Ltda. (OEC Organização de Empresas e Contabilidade Ltda.) e, por fim, R\$ 348.938,76 (trezentos e quarenta e oito mil novecentos e trinta e oito reais e setenta e seis centavos para a Leal Dantas Ltda.

Nos demais casos⁸ não foi proposta a desconsideração da personalidade jurídica, pois se tratavam de associações. Consignou-se nos votos expressamente que não se aventou a desconsideração, mas exigiu-se a aplicação das multas dentro dos limites legais e considerando a natureza das infrações para fins de dosimetria.

Percebe-se que as multas aplicadas às pessoas jurídicas, desconsideradas pontualmente para fins de garantia de pagamento ultrapassam os R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) de corresponsabilização de patrimônios das pessoas físicas.

Em síntese, houve a condenação da pessoa jurídica em três dos seis casos (08700.008897/2015-29, 08700.009879/2015-64 e 08700.004455/2016-94) e houve a desconsideração da personalidade jurídica em dois casos (08700.009879/2015-64 e 08700.004455/2016-94).

6. CONCLUSÃO

Este trabalho, orientado pela análise de casos do CADE, revelou que os argumentos que justificaram a desconsideração da personalidade jurídica foram a a) prática de infração à lei e b) o encerramento das sociedades empresárias, responsabilidade atribuída de forma objetiva à pessoa física, no esteio do previsto pelo artigo 34 da Lei Antitruste e, crê-se, implicitamente, do artigo 187 do Código Civil⁹.

Analisando-se as consequências econômicas verifica-se serem existentes, na tentativa de atribuir efetividade às multas aplicadas. Veja-se o fato de que nos casos

⁸ Processos Administrativos nº: 08012.005882/2008-38; 08012.004674/2006-50 e 08012.000758/2003-71.

⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

analisados, a monta das multas ultrapassa os R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para as pessoas físicas. Todavia, não se logrou êxito em encontrar informações para comprovar se as multas são efetivamente cobradas e pagas. Outrossim, não é possível estabelecer uma correlação entre a condenação da pessoa jurídica com a desconsideração analisada, por haverem outras variáveis a serem analisadas como o tipo societário, por exemplo, o que não foi objeto do presente estudo, mas pode compor um estudo mais largo e complementar no futuro.

Não obstante, percebe-se da argumentação utilizada que ela tangencia outras áreas e não propriamente o direito concorrencial. Fala-se em Direito do Consumidor e Ambiental, por exemplo. Ocorre que o direito sancionador não deveria fazer analogias, em especial *in malam partem*, como aparenta ter havido nos casos alhures analisados. Outrossim, a afirmação de que a desconsideração da personalidade jurídica deveria ser aplicada para garantir a imposição de multa e evitar esvaziamento do *enforcement* do CADE é um tanto quanto abstrato e genérico, visando um sistema de dupla garantia de pagamento. Acredita-se que isso pode e deve ser aprimorado pela autarquia no fito de mitigar a insegurança jurídica que a aplicação desenfreada do instituto poderia causar na autonomia patrimonial das sociedades empresárias e ao adequado funcionamento do mercado.

Doutro norte, independentemente da perspectiva que se adote, é inegável que até eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 34 da Lei Antitruste ou posição do STF, o CADE continuará aplicando administrativamente a desconsideração da personalidade jurídica como vem fazendo, sob o mote de que o objetivo maior da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios.

7. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. In: MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Histórico do CADE*. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 29 de nov. de 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08700.009879/2015-64. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtch5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA5bS3N_JYF7CVQx39ZfhiLWHohaMpL_VuB34ARc7kATB%22. Acesso em 24 de nov. de 2021.

BRASIL. *Sistema de Busca de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/resultado-pesquisa>. Acesso em 21 de nov. de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. In: MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO RESPONSÁVEL POR
INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. 23ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, André Pagani de. *Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/184/edicao-1/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em 22 de nov. de 2021.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

