

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 7

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 7 (julho/dezembro 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIDADE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

**THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY DOCTRINE AS A REMEDY
FOR THE ENFORCEMENT OF THE PROTECTION OF
COMPETITION**

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior

Resumo: A desconsideração da personalidade jurídica foi criada para impedir o uso abusivo da autonomia patrimonial pelos sócios. A previsão do instituto na lei antitruste reforça sua aplicação aos casos de infração contra a ordem econômica. Este trabalho visa discutir a aplicação da teoria da desconsideração com fundamento específico no Art. 18 da Lei nº 8.884/94. Os objetivos centrais são esclarecer quais as hipóteses de aplicação do instituto, demonstrar sua utilidade diante da previsão de responsabilidade solidária inserida no Art. 16 da Lei nº 8.884/94 e analisar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica diretamente no bojo do processo de execução das sanções aplicadas pelo CADE. Esses pontos serão estudados a partir de um caso concreto: o “Cartel do Gás de Paranaíba”. O aumento, nos últimos anos, de casos julgados de condutas e de execuções judiciais propostas pelo CADE significa um incremento nas possibilidades de utilização da teoria, até então adormecida no âmbito do direito antitruste brasileiro. A desconsideração será, em breve, um importante instrumento de efetividade da política antitruste, sobretudo no que se refere à atuação repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Direito da concorrência. Efetividade.

Abstract: The disregard of legal entity was created to prevent misuse of autonomy by the shareholders. The specific prevision of the institute in the antitrust law helps in its application to cases of violation against the economic order. This paper aims to study the application of the theory of disregard with specific basis in Article 18 of Law 8884/94. The central objectives are enlighten the situations in which the theory is used, demonstrate its usefulness in the face of the Article 16 of Law 8884/94 and consider the possibility to disregard of legal entity in the judiciary process of the implementation of sanctions imposed by CADE. These points will be studied from the standpoint of a case, the “Cartel of Gas Paranaíba”. New cases and executions proposed by CADE in Judiciary mean an increase in the possibilities of using the theory, which was uncommon until recently. The disregard will soon be an important tool for effectiveness policy of the antitrust, particularly with regard to the repressive actions of the Brazilian System of Protection of Competition.

Keywords: Disregard of legal entity. Antitrust. Enforcement.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CASO DO CARTEL DO GÁS DE PARANAÍBA. 3. A PERSONALIDADE JURÍDICA E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO. 4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI DO CADE. 4.1. Análise das hipóteses para a desconsideração. 4.2 A utilidade da teoria da desconsideração diante da responsabilidade solidária prevista no Art. 16 da Lei nº 8.884/94. 4.3. Situações para aplicar a teoria. 4.4. As execuções judiciais das decisões do CADE. 5. CONCLUSÃO.

1. Introdução

O legislador, ao elaborar a Constituição de 1988, optou por uma política econômica fundamentada na livre iniciativa e na justiça

social, observando, dentre vários outros princípios, o da livre concorrência. Com vistas a aprimorar a repressão ao abuso do poder econômico tendente à dominação de mercados, ao aumento arbitrário dos lucros e à eliminação da concorrência, a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dotando-o de maior autonomia administrativa e funcional.

Contudo, embora a lei atribua ao CADE o caráter de entidade judicante e estabeleça que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo¹, o desenvolvimento da política da concorrência no Brasil perpassa, na maioria dos casos, pela apreciação do Poder Judiciário. Seja porque os administrados, inconformados, buscam anular a decisão administrativa na Justiça², seja porque, para dar cumprimento aos seus julgados, o CADE precisa utilizar os mecanismos processuais de execução forçada. Isso tanto é verdade que, nos últimos anos, houve um aumento no número de ações judiciais envolvendo a autarquia³. Tal fato apenas ressalta a importância do diálogo entre o sistema governamental antitruste e o Judiciário⁴. Des-

1 Lei nº 8.884/94, Art. 3, *in verbis*: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”. Art. 50: “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

2 Isso porque a Constituição também prevê, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, em seu Art. 5º, inciso XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

3 “[...] assistimos a um processo de progressiva judicialização da política de defesa da concorrência, que nos últimos anos deixa seu *locus* original, o CADE, e passa cada vez mais a se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário”, vide BADIN, Arthur. Balanço das Atividades da Procuradoria do CADE no Biênio 2006/2007. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, ano 3, n. 15, p. 72 — 73, 2007.

4 FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; NUNES, Rubens. Building competition policy reputation: the relationship between competition authorities and the Judiciary. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, ano 2, n. 10, p. 73-88, 2006.

sa forma, todos os institutos da Lei nº 8.884/94 que tenham por finalidade dar efetividade à tutela da concorrência no Judiciário ganham extrema importância e merecem ser muito bem estudados⁵.

A desconsideração da personalidade jurídica é um desses institutos e está prevista no Art. 18 da Lei nº 8.884/94, *in verbis*:

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 também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração⁶.

A sua aplicação, como será analisado adiante, pode ocorrer tanto no bojo do processo administrativo do CADE, quanto judicialmente. Trata-se de instituto que, apesar de muito estudado pela doutrina, não tem uma abordagem focada na legislação antitruste. Pesquisa na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais do país e do Superior Tribunal de Justiça demonstra que não existe acórdão que tenha versado sobre a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento específico na Lei do CADE⁷.

5 Apenas para citar, dentre os instrumentos estão: a necessidade de depósito e garantia para suspender a exigibilidade da decisão do CADE (Arts. 65 e 66 da Lei nº 8.884/94), a possibilidade do processo de execução ser sempre promovido no Distrito Federal (Art. 64 da Lei nº 8.884/94), a previsão de intervenção na empresa, quando necessário, para dar cumprimento às obrigações impostas pelo CADE (Art. 63 da Lei nº 8.884/94).

6 BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 08 de ago. 2009.

7 Utilizando os termos “desconsideração” e “personalidade jurídica” no site de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal (<http://www.jf.jus.br/juris/>) foram encontradas 307 decisões. Entretanto, com os termos “desconsideração”, “personalidade jurídica” e “CADE”, ou “desconsideração”, “personalidade jurídica” e “8.884”, nenhum julgado foi localizado. Pesquisa realizada em 25 de outubro de 2008. Também foram pesquisados os arquivos físicos de processos que envolvem o CADE, localizados na sua Procuradoria.

A ausência de uso do dispositivo legal pode ser atribuída a três fatores diretamente correlacionados.

O primeiro fator é que tanto a desconsideração da personalidade por ilícito antitruste como a política de defesa da livre concorrência são temas relativamente recentes no Brasil. Apenas em 1994, quando foi promulgada a lei do CADE, é que a comunidade jurídica se deparou com o regulamento legislativo desses assuntos⁸.

O segundo é que muitos dos casos julgados pelo CADE na década de 90 apenas agora estão tendo as execuções efetivadas. Isso ocorre porque, antes da execução, além do tempo de trâmite do processo administrativo (cuja duração média, para o ano de 2008, foi de 2.918 dias)⁹, há também um período de discussão judicial. No “Cartel do Aço”¹⁰, primeiro caso de cartel condenado pelo CADE, por exemplo, já se passaram quase 10 anos da data da aplicação da multa e o Judiciário ainda não decidiu definitivamente as ações anulatórias propostas pelas empresas. Ou seja, acredita-se que a proximidade do momento da efetivação das primeiras multas aplicadas pelo CADE também demonstrará que o instituto da desconsideração, ainda pouco utilizado, em breve surgirá como um dos principais mecanismos de *enforcement* da política antitruste.

8 Paula Forgioni faz interessante histórico da legislação antitruste no Brasil. O CADE, em verdade, já havia sido criado desde 1962, pela Lei 4.137. Contudo, apenas na década de 90, com a primazia do livre mercado e com a estrutura autônoma atribuída ao CADE pela Lei nº 8.884/94 é que foi possível falar propriamente em uma política estruturada de defesa da livre concorrência. Videm em FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 125-145.

9 Vide em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?35f536fa011fe178c88a>, acessado em 20 de junho de 2009, na seção “O CADE em números”.

10 COSIPA, a CSN e a USIMINAS foram condenadas por cartel no mercado de aços planos em 1999 no bojo do processo administrativo 08000.015337/1997-48. Até hoje se espera o julgamento de recursos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. As empresas estão amparadas por liminares, fato que impede a execução, pelo CADE, das multas aplicadas. Vide em BASILE, Juliano. O CADE multa cartéis, mas TRF impede julgamento. *Valor Econômico*, São Paulo, ano 9, 09 jun. 2009. Empresas & Tecnologia, p. C1.

O terceiro fator: quanto mais difundida a política da concorrência for, maior será a quantidade de condutas identificadas cujos autores são empresas de menor porte. Dificilmente a desconsideração seria utilizada para sociedades solventes como CSN, USIMINAS e COSIPA, partes no processo do “Cartel do Aço” já referido. Entretanto, nos casos que envolvem empresas de menor porte, é mais fácil que haja fraude na utilização da personalidade, porquanto os custos para organizar uma nova sociedade são menores.

Vive-se hoje um período de consolidação da defesa da concorrência. Isso tanto é verdade que, de 1994 até 2000, por exemplo, o CADE apenas condenou um caso de cartel, prática tida por muitos como a mais ofensiva à ordem econômica¹¹. De 2001 até hoje é possível citar, como exemplos, vários outros casos de cartel condenados pelo CADE: “Florianópolis”¹², “Vergalhões”¹³, “Britas”¹⁴, “Frigoríficos”¹⁵, “Vigilantes”¹⁶, “Minaspetro”¹⁷, “Sinpetro/DF”¹⁸, “Hospitais de

11 Segundo Neide Teresinha Malard, “trata-se de organização informal e clandestina, sancionada pelo ordenamento jurídico positivo como conduta criminoso e danosa ao interesse público, repugnada pela sociedade, a maior vítima de suas condutas. Sua função é inteiramente econômica. Seu mecanismo de poder é a exploração da classe consumidora e seu modo de racionalidade é a maximização do lucro.” Vide em MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. 21, p. 39, Out.-Dez., 1995.

12 Processo Administrativo 08012.002299/2000-18, no qual postos de combustíveis de Florianópolis acertavam o preço que cobravam dos consumidores. Houve escutas telefônicas lícitamente deferidas no bojo de investigação criminal promovida pelo Ministério Público.

13 Processo Administrativo 08012.004086/2000-21, no qual a Gerdau, a Belgo Mineira e a Siderúrgica Barra Mansa foram condenadas por cartel no mercado de aços longos.

14 Processo Administrativo 08012.002127/2002-14, no qual diversas empresas mineradoras foram condenadas pela prática de cartel no mercado de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo, entre elas estão a Iudice Mineração Ltda. e a Lafarge Brasil S.A./Brita Brás, sendo que a esta última foi imputada multa de R\$ 40 milhões, valor correspondente a 10% de seu faturamento.

15 Processo Administrativo 08012.002493/2005-16, no qual foram condenados diversos frigoríficos pela prática de cartel que consistia na criação de tabelas uniformes para a compra de gado bovino.

16 Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, no qual foram condenadas pela prática de cartel as empresas prestadoras de serviços de vigilância de Rio Grande do Sul. O cartel consistia na ocorrência de conluio entre as representadas para atuar em licitações públicas e privadas.

Uberlândia”¹⁹, “Taxistas”²⁰, “Goiânia”²¹, “Transporte Rodoviário”²², “Genéricos”²³. Dentre essas infrações, muitas foram praticadas por empresas consideradas de pequeno porte, como o caso do cartel de “Lages”²⁴, das “Auto-escolas”²⁵ e do “Gás de Paranavaí”. À medida que aumenta a quantidade de infrações identificadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)²⁶, maiores serão as possibilidades de aplicação da desconsideração.

17 Processo Administrativo 08012.007515/2000-31, no qual foi condenado o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais, MINASPETRO, e seu Presidente pela prática de cartel no sentido de adotar prática comercial uniforme entre os seus filiados.

18 Processo Administrativo 08000.024581/1994-77, no qual duas grandes redes de postos de gasolina do Distrito Federal e o Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal, SINDIPETRO/DF, foram condenados pela prática de cartel que consistia em limitar a concorrência impedindo a entrada de novos *players* no mercado relevante em questão.

19 Processo Administrativo 08012.009557/1998-66, no qual foram condenados diversos hospitais e clínicas com ligação a Associação de Hospitais de Uberlândia pela prática de cartel que consistia na adoção de conduta concertada entre concorrentes (ameaça de boicote) para impedir a constituição de novo agente econômico no mercado e para impor cláusulas contratuais desarrazoadas e abusivas.

20 Processo Administrativo 08012.007602/2003-11, no qual foram condenadas empresas que aferiam taxímetros no mercado de Porto Alegre/RS. O cartel consistia na prática de acerto entre as empresas para definição de valor a ser cobrado na troca de tarifa de taxímetros.

21 Processo Administrativo 08012.004712/2000-89, no qual foram condenados postos de combustíveis da cidade de Goiânia, Goiás.

22 Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, no qual foram condenadas empresas de transporte rodoviário pela prática de cartel que consistia em compromisso firmado entre as representadas para concorrerem a licitações de três linhas de ônibus no Município do Rio de Janeiro.

23 Processo Administrativo 08012.009088/1999-48, no qual foram condenados laboratórios farmacêuticos internacionais por tentar impedir a comercialização de medicamentos genéricos.

24 Processo Administrativo 08012.004036/2001-24, no qual foram condenados postos de combustíveis da cidade de Lages, Santa Catarina.

25 Processo Administrativo 08012.000099/2003-73, no qual diversas auto-escolas no mercado do Município de Santos/SP pela prática de cartel que consistia na fixação conjunta de preços e condições de venda de produtos e impedimento de acesso de novos *players* no mercado.

Tal realidade não será alterada com a aprovação do projeto de Lei nº 3.937/2004 em trâmite no Congresso Nacional. É que nele está mantida, no art. 34²⁷, de maneira semelhante ao atual texto legal, a previsão da desconsideração da personalidade em casos de infração à ordem econômica.

Assim, um estudo específico do art. 18 da Lei do CADE, o qual também pode ser aplicado ao art. 34 do projeto de Lei nº 3.937/2004, estimulará a discussão acadêmica e propiciará a sistematização dos requisitos legais para a aplicação da desconsideração por infração antitruste. Os objetivos centrais são esclarecer quais as hipóteses de aplicação do instituto, demonstrar sua utilidade diante da previsão de responsabilidade solidária inserida no art. 16 da Lei nº 8.884/94 e analisar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica diretamente no bojo do processo de execução da multa aplicada pelo CADE. Tais tópicos serão estudados a partir de um caso concreto, qual seja o processo administrativo do “Cartel do Gás de Paranaíba”.

2. O caso do cartel do gás de Paranaíba

Em 2002, a partir de representação do coordenador do Procon da cidade de Paranaíba, Paraná, o SBDC recebeu denúncia de prática de cartel caracterizada por fixação conjunta de preços e de condições de venda, além de vedação ao acesso de novas empresas ao merca-

26 O SBDC é composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, que atua, sobretudo, elaborando pareceres para a análise de atos de concentração; a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, que atua precipuamente na instrução de processos administrativos que apuram condutas ilícitas; e, finalmente, o CADE, que é a entidade judicante.

27 Projeto de lei 3.937/2004, Art. 34, *in verbis*: “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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

do, fato que acarretou a instauração do processo administrativo 08012.009160/2002-67. Os representados eram revendedores, para consumidores residenciais, de gás liquefeito de petróleo, produto popularmente conhecido como “gás de cozinha”.

Nos autos do processo administrativo, há relatos de que os membros do cartel, além de fixarem preços, impediam o ingresso de novos concorrentes através de ameaças. Segundo uma das testemunhas:

Fora abordado pelos representantes da Ultragás e da Butano, quando dirigia caminhão de botijões da L & S, dentro de Paranavaí. Nesta ocasião, foi-lhe dito que não mais poderia continuar em seu percurso, já que esses comerciantes não admitiriam que fosse vendido gás da empresa na qual trabalhava em Paranavaí. Declarou, ainda, que os distribuidores locais de GLP-P13 ter-lhe-iam feito ameaças, sugerindo, inclusive, que poderiam colocar fogo em seu caminhão se não fosse embora de Paranavaí. Determinaram ainda que o motorista da L & S não deveria tentar passar os botijões para outro caminhão sem o logotipo da Copagaz²⁸.

Após três anos de instrução processual, o Plenário do CADE, a partir do voto condutor do relator, o então Conselheiro Luis Alberto Esteves Scaloppe²⁹, condenou, por unanimidade, todos os representados, seis pessoas jurídicas e seus respectivos sócios administradores, por cartel, com fundamento nos arts. 20, incisos I e IV, e 21, incisos I, IV e V, da Lei nº 8.884/94³⁰.

28 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Nota Técnica nº 239. 05 jan. 2004. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000274881743.pdf. Acesso em: 11 ago. 2009.

29 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Acórdão. Processo Administrativo 08012.009160/2002-67. Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe. J em 06/04/2005. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000026481304.pdf. Acesso em: 09 ago. 2009.

30 Lei nº 8.884/94. Art. 20, *in verbis*: “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

Assim, as pessoas jurídicas (i) Peças Gás Comércio de Peças e Acessórios e Gás LTDA., (ii) Lanziani & Janeiro LTDA., (iii) Rigobelo & Rigobelo LTDA., (iv) N. Simões & Gonçalves LTDA., (v) RG Comércio de Gás LTDA. e (vi) Comércio de Gás Zeponi foram condenadas a multas de 1% dos faturamentos de 2002, enquanto seus sócios administradores, respectivamente, (i) A. C. A. S., (ii) C. L. J., (iii) A. A. R., (iv) N. S., (v) R. G. e (vi) G. V. R. deveriam pagar 10% das multas aplicadas as suas empresas, dentre outras sanções.

O caso chama atenção pelos baixos valores das multas, quando comparadas a outras impostas pelo CADE³¹. As sanções variam de R\$ 838,24 (oitocentos e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos), montante aplicado à pessoa física R. G., a R\$ 161.308,33 (cento e sessenta e um mil, trezentos e oito reais e trinta e três centavos), total infligido à sociedade Rigobelo & Rigobelo LTDA.³². No “Cartel do Aço”, por exemplo, as multas aplicadas a COSIPA, CSN e USIMINAS foram, respectivamente, de 29, 36 e 49 milhões de reais³³, aproximadamente. No caso “Cartel de Vergalhões”, a Gerdau foi multada em

de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; IV — exercer de forma abusiva posição dominante”; Art. 21. “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I — fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; IV — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

31 As sanções aplicadas pelo CADE têm tanto uma função reparatória (o montante arrecadado é destinado ao Fundo de Direitos Difusos) e preventiva. Esta última pode ser dividida em preventiva específica e geral. A efetivação da penalidade desestimula o infrator a cometer novos ilícitos (efeito preventivo específico), bem como sinaliza para o mercado que práticas semelhantes serão punidas (efeito preventivo geral), evitando que outros agentes cometam o ilícito. Por isso toda sanção aplicada deve ser exigida, independentemente dos valores a serem arrecadados, ou do aporte dos agentes penalizados.

32 Montantes referentes ao momento de inscrição dos débitos na dívida ativa do CADE, no ano de 2007.

33 Montantes referentes ao momento de inscrição dos débitos na dívida ativa do CADE, no ano de 2007. Todas as dívidas estão suspensas por força de decisão judicial.

cerca de 311 milhões de reais³⁴. Isso ocorre porque as sociedades condenadas são de pequeno porte e detêm faturamentos modestos.

Alguns dos condenados pelo Cartel de Paranavaí ingressaram com uma ação ordinária³⁵ para anular as penas aplicadas pelo CADE. Entretanto, não foram concedidas medidas liminares para suspender a exigibilidade da decisão da autarquia, cuja natureza é de título executivo extrajudicial³⁶. Tal fato possibilitou ao CADE propor logo as execuções contra as pessoas jurídicas e físicas. Dentre esses processos de execução, um merece destaque maior, tendo em vista a riqueza de detalhes contida na certidão lavrada pelo oficial de justiça que realizou a citação.

A execução fiscal³⁷ que merece ser destacada foi proposta na Seção Judiciária do Distrito Federal para cobrar multa no valor de R\$ 8.382,47 contra RG Comércio de Gás LTDA. Citada para pagar mediante carta precatória expedida à Seção Judiciária do Paraná, a sociedade executada informou, através de petição acostada aos autos, que não poderia arcar com a dívida em razão de suposta crise financeira do país.

A partir de certidão do oficial de justiça, foi possível constatar a insolvência da empresa, porquanto, segundo o auxiliar do juízo, não foram encontrados quaisquer bens em nome da RG Comércio de

34 Montante referente ao momento de inscrição do débito na dívida ativa do CADE, no ano de 2007. A dívida está suspensa por força de decisão judicial. Até o julgamento do processo administrativo da AMBEV (08012.003805/2004-1), que ocorreu em julho de 2009, a multa aplicada à Gerdau era a maior já imposta pelo CADE por prática antitruste.

35 Ação nº. 2005.70.11.001986-6, na Seção Judiciária de Paranavaí. Essa ação foi redistribuída para a Seção Judiciária do Distrito Federal, sob o nº. 2007.34.00.010219-1.

36 Lei nº 8.884/94, Art. 60, *in verbis*: “A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

37 Execução Fiscal nº 2007.34.00.007472-3 distribuída à 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Petição da executada protocolizada em 18 de Setembro de 2007, às fls. 11 e 12 dos autos. Certidão do oficial de justiça datada de 20 de setembro de 2007, acostada à fl. 20 dos autos. A alteração no contrato social foi acostada às fls. 14 a 16.

Gás LTDA., seja no registro de imóveis de Paranavaí, seja no Departamento de Trânsito do Paraná. Além disso, diligência de penhora realizada mediante o sistema BACENJUD, devidamente deferida pela Justiça Federal, foi mal sucedida, pois não havia dinheiro nas contas correntes da sociedade.

Além da insolvência, outra situação registrada pelo oficial de justiça em certidão merece ser considerada. Após a instauração do processo administrativo, o senhor R. G., sócio administrador da RG Comércio de Gás LTDA, transferiu todas as suas quotas ao seu filho, conforme informa cópia de alteração do contrato social juntada aos autos. Em virtude da transferência de quotas, todos os sócios da sociedade executada passaram a ser os filhos de R. G.. Após a condenação do CADE, eles criaram nova pessoa jurídica, a R. A. G. — Paranavaí, inscrita sob outro número no cadastro nacional de pessoa jurídica, através da qual passaram a realizar a mesma atividade. Os sócios simplesmente abandonaram a primeira pessoa jurídica para continuar a realizar suas atividades.

Tais fatos merecem ser analisados à luz da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, observando-se algumas peculiaridades próprias das sanções por prática de infração contra a ordem econômica.

3. A personalidade jurídica e a teoria da desconsideração

A principal consequência da personificação da sociedade empresarial é o seu reconhecimento como ente autônomo dotado de personalidade distinta da dos sócios e, conseqüentemente, com patrimônio também distinto. Daí decorre o princípio da autonomia patrimonial, um dos pilares do direito societário, importante para o desenvolvimento das atividades econômicas. A partir do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, investidores e empreendedores se motivam a aplicar dinheiro em atividades econômicas. Se não fosse assim, o insucesso na atividade

empresarial poderia significar a perda de todos os bens patrimoniais dos sócios, fato que afastaria muitos do comércio. Por conseguinte, o potencial econômico do País não seria eficientemente explorado e as pessoas teriam menos acesso aos bens de consumo³⁸.

Assim, quando o art. 1024 do Código Civil e o art. 596 do Código de Processo Civil prescrevem, por exemplo, que o patrimônio dos sócios não pode ser executado por dívidas da sociedade, salvo nos casos previstos em lei, bem como que o sócio tem direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade³⁹, quis o legislador proteger a própria atividade econômica. A atividade empresarial não interessa apenas aos particulares, sócios envolvidos no empreendimento, mas também ao Estado. Por isso a limitação de responsabilidade decorrente da personalidade jurídica da sociedade é um mecanismo idôneo para estímulo da economia, porquanto possibilita, aos empreendedores, prever seus prejuízos em caso de insucesso da atividade empresarial.

Entretanto, a história demonstra que a personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial podem gerar abusos. Empresários, não raras vezes, utilizam-se do escudo da personalidade para fraudar credores e o Estado, evitando que o seu patrimônio pessoal seja afetado. Daí advém, ainda no final do século XIX⁴⁰, a criação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 15-16.

39 Código Civil, artigo 1.024, *in verbis*: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Código de Processo Civil, artigo 596, *in verbis*: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. § 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício de ordem deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livre e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

40 Maior parte da doutrina do direito comercial aponta que o caso pioneiro acerca da teoria da desconsideração ocorreu na Inglaterra, em 1897, no julgamento de *Salomon versus Salomon & Co*. Apesar da Casa dos Lordes não ter adotado a teoria, “a tese das decisões reformadas das

A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*, na Inglaterra; *disregard of legal entity*, nos Estados Unidos; *teoría de la penetración*, na Espanha; *Durchgriff*, na Alemanha, *superamento della personalità giuridica*, na Itália; e *mise à l'écart de la personnalité morale*, na França), segundo conceito elaborado pelo professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, consiste numa técnica jurídica de afastamento episódico da personalidade quando esta tiver sido utilizada para função diversa da qual foi instituída⁴¹. Episódica porque a desconsideração não se confunde com a despersonalização. Na desconsideração não se deve declarar nula a personalidade (despersonalizar), mas sim torná-la ineficaz para determinado ato específico⁴². Segundo Requião, “pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade dos sócios”⁴³. Por isso, o instituto também é chamado de “teoria da penetração”.

Fábio Ulhoa traz exemplo bastante elucidativo de aplicação da desconsideração, ao comentar a situação de dois comerciantes

instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina da *disregard of legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus.” Vide em REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. REQUIÃO, 2003, p. 378. Outros, como Fábio Ulhoa Coelho, mencionam um caso mais antigo o *State versus Standard Oil Co.*, em 1892, nos Estados Unidos. Vide em COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

41 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 231, abr.-jun., 2004.

42 “Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa dos sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só, para o caso concreto”. Vide em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 353.

43 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 378.

que detêm uma sociedade anônima dedicada ao ramo de mudanças, saudável financeiramente. Certo dia, um motorista empregado provoca um acidente com diversas vítimas. Presentindo que iriam perder demanda judicial de indenização vultosa, os sócios simplesmente abrem nova sociedade e começam a dedicar seus esforços apenas ao novo empreendimento. Não desviaram bens, nem funcionários. Tais fatos (abrir nova sociedade, contratar novos empregados) configuram atos lícitos. Contudo, têm o nítido objetivo de fraudar credores, a partir do uso abusivo do direito à personalidade jurídica⁴⁴.

Ao contrário do que se pode imaginar, a desconsideração não enfraquece a autonomia patrimonial, antes a robustece, porquanto evita que a mesma seja utilizada de maneira desvirtuada. Com razão, André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que “com a clara finalidade de salvaguardar o princípio da autonomia patrimonial, evitando o seu uso abusivo e deturpado, formulou-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica”⁴⁵. Para tanto, é preciso que o instituto seja corretamente aplicado.

Inicialmente, a teoria foi construída a partir do conceito de abuso de direito, permitindo-se a desconsideração apenas naqueles casos em que fosse caracterizado o uso abusivo da pessoa jurídica. Essa concepção clássica está refletida na chamada “teoria maior da desconsideração”⁴⁶, adotada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 50⁴⁷. Divide-se em “teoria maior objetiva” e “subjativa”. Durante certo

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 34-35.

45 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 324.

46 As expressões “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração foram difundidas por Fábio Ulhoa Coelho.

47 Código Civil, Art. 50, *in verbis*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos, aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

tempo, para se demonstrar o uso abusivo da personalidade, dever-se-ia perquirir o intento fraudulento do sócio, ou seja, sua intenção de prejudicar os credores (“teoria maior subjetiva”). Exigia-se a prova de fraude. Contudo, percebeu-se que tal prova era, em certas circunstâncias, impossível. Daí a doutrina ter buscado parâmetros objetivos, como a confusão patrimonial⁴⁸, conforme prescreve o Código Civil, para permitir a aplicação da desconsideração (“teoria maior objetiva”).

Hoje, além da teoria maior, há também a chamada “teoria menor da desconsideração”, segundo a qual basta que exista o prejuízo do credor para que o patrimônio dos sócios seja afetado. Esta teoria, se aplicada indistintamente, pode enfraquecer sobremaneira os pilares da autonomia patrimonial, desestimulando a atividade econômica.

Contudo, tem razão Tomazette, quando afirma que:

A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionados pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço⁴⁹.

48 “A grande vantagem da aplicação dessa técnica reside na facilitação da prova. Provar a fraude é das tarefas mais difíceis da atuação profissional, o que leva não apenas a demoras, mas a incertezas quanto ao resultado. Por outro lado, constatar que os patrimônios de A e B se confundem é procedimento menos complexo e mais seguro, na medida em que se baseia em dados objetivos”. Vide em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 224, abr.-jun., 2004.

49 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 228.

Foi pensando nessa ponderação de valores que o legislador prescreveu, por exemplo, com a finalidade de facilitar a proteção ao consumidor e ao meio ambiente, a teoria menor da desconsideração da personalidade no Art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor⁵⁰, e no Art. 4º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Infrações Ambientais⁵¹. Entendeu-se que esses valores — a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente — deveriam ter ampla prevalência face à autonomia patrimonial, razão pela qual não foram exigidos maiores requisitos para que, em caso de dívidas, o patrimônio dos sócios fosse alcançado. Apenas com a finalidade de proteger outros valores semelhantes é que a teoria menor pode ser adotada, sob pena de serem ofendidos os ditames da autonomia patrimonial.

Por fim, convém diferenciar a imputação direta de responsabilidade da teoria da desconsideração. Segundo a doutrina,

Em casos de prática de atos ilícitos ou com infração dos estatutos ou contrato social, por exemplo, não é necessária a desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização dos sócios, uma vez que, nessas hipóteses, o próprio ordenamento jurídico já estabelece a sua responsabilização pessoal e direta pelas obrigações decorrentes do ato⁵².

50 Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Art. 28, § 5º, *in verbis*: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

51 Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Art. 4º, *in verbis*: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

52 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 333.

O exemplo mais utilizado para explicitar a imputação direta de responsabilidade aos sócios é o da legislação tributária. Estabelece o Código Tributário Nacional, em seu art. 135, inciso III⁵³, que os gerentes, diretores ou representantes são pessoalmente responsáveis quando praticam atos contrários à lei, ao contrato social ou ao estatuto. Nessas hipóteses, não há porque se cogitar a aplicação da desconsideração, já que o patrimônio dos administradores, tendo em vista o ato ilícito praticado, pode ser alcançado diretamente.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, é possível dizer que esses são os apontamentos preliminares necessários para analisar especificamente a desconsideração da personalidade jurídica no direito antitruste. Além da previsão do instituto no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei das Infrações Ambientais⁵⁴, a Lei do CADE traz preceito próprio sobre a teoria da penetração, com características peculiares que merecem ser estudadas à parte.

4. A desconsideração da personalidade jurídica na lei do CADE

A pertinência da previsão da teoria na Lei do CADE foi observada por Fábio Ulhoa Coelho, que lembrou o fato de uma das primeiras manifestações da *disregard doctrine* no direito norte-americano ter ocorrido em um caso de antitruste⁵⁵.

53 Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, art. 135 *in verbis*. “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I — as pessoas referidas no artigo anterior; II — os mandatários, prepostos e empregados; III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

54 Interessante artigo escrito por Leandro Sarai aborda os reflexos da teoria da desconsideração nesses diversos textos normativos. Vide em SARAI, Leandro. *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.605/98 e Lei nº 10.406/02*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>. Acesso em: 27 out. 2008.

55 Julgamento *State VS. Standard Oil Co.*, julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio, em 1892, no qual o poder de controle gerencial de nove empresas petrolíferas concentrou-se nas

A desconsideração da lei do CADE não pode propriamente ser enquadrada nem na teoria maior, nem na teoria menor descritas. Assim como o Código Civil, a lei antitruste também prevê que o patrimônio dos sócios será alcançado nos casos de abuso da personalidade, prescrevendo expressamente que, quando houver “abuso de direito”, aplicar-se-á a desconsideração. Contudo, além dessa hipótese, também prevê o art. 18 da Lei do CADE que será alcançado o patrimônio dos sócios sempre que houver “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, ou ainda “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

O legislador, diferentemente do que fez para o direito ambiental e para o do consumidor, não chegou a afirmar que basta o mero prejuízo da coletividade para que a personalidade jurídica seja desconsiderada. Portanto, a rigor, no caso da lei do CADE, o legislador ficou no meio do caminho entre a teoria maior e a teoria menor. É possível, pois, falar que a lei antitruste estabeleceu uma teoria eclética.

Acredita-se que seria constitucionalmente legítima, com fundamento no valor jurídico “defesa da concorrência”, uma previsão legislativa da teoria menor para os casos de infrações contra a ordem econômica. Contudo, não haverá mudanças na redação do atual dispositivo, pois o projeto de Lei nº 3.937/04 em trâmite no Congresso Nacional a mantém *ipsis litteris*.

Nos casos de “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, o legislador parece ter confundido a desconsideração com a imputação direta de responsabilidade. Essa, aliás, é uma das maiores críticas feitas ao texto do *caput* do art. 28 do Código do Consumidor, cuja redação é idêntica

mãos de acionistas da *Standard Oil Co.*, sem qualquer alteração estrutural ou de autonomia das sociedades concorrentes. Vide em COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

à da Lei do CADE⁵⁶. De toda forma, seja por imputação direta, seja pela desconsideração, o efeito prático será o mesmo: alcançar o patrimônio dos sócios para ressarcir a sociedade pelos danos oriundos da infração econômica cometida.

4.1. Análise das hipóteses para a desconsideração

Cabe aqui analisar cada uma das hipóteses listadas pelo art. 18 para a aplicação da desconsideração.

O “abuso de direito” é o fundamento da teoria da desconsideração em sua origem, devendo a expressão ser entendida aqui como abuso da personalidade jurídica ou da autonomia patrimonial. Aplicam-se os requisitos de desconsideração postos no Código Civil.

Ainda que a lei antitruste não trouxesse expressamente a previsão de desconsideração por abuso de direito, seria possível utilizar, nos casos de infração contra a ordem econômica, o art. 50 do Código Civil, norma geral aplicável em favor de todo e qualquer credor. Não é preciso ficar caracterizada a situação de insolvência para incidir a desconsideração do Código Civil⁵⁷, porque a lei não a trouxe como requisito, conforme explicita enunciado nº 281 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizado em 2006: “a aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

Sobre o assunto, aduz Calixto Salomão Filho:

O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e

56 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

57 O Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que é necessária a insolvência para que haja a desconsideração com base no Art. 50 do Código Civil. Vide, por exemplo, Recurso Especial 699137/SP.

falência são conceitos antinômicos. A desconsideração é um método para permitir exatamente a continuação da atividade social. A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência seria a imposição dos credores a uma difícil escolha: a tentativa de receber seu crédito excluiria necessariamente a continuidade da sociedade e das relações comerciais⁵⁸.

A menção expressa das situações de “excesso de poder”, de “infração de lei”, de “fato ou ato ilícito”, ou “de violação dos estatutos ou contrato social” afasta eventuais dúvidas que possam existir sobre a penetração do patrimônio dos sócios nessas hipóteses. Seriam atos ilícitos acessórios à infração contra a ordem econômica que legitimariam a aplicação da desconsideração. Assim, se um sócio, antes ou depois da conduta antitruste, comete atos com quaisquer dessas características, com a finalidade de evitar que a conduta seja descoberta ou para dificultar o pagamento de sanção, por exemplo, a personalidade jurídica pode ser desprezada para que ele seja pessoalmente responsabilizado.

Entretanto, não se aplica esse dispositivo para os atos de “excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social” que eventualmente possam configurar o próprio ilícito antitruste, porque a prática de conduta contra a ordem econômica acarreta duas responsabilidades distintas e, por conseguinte, a aplicação de duas sanções distintas: uma para a pessoa jurídica, com fundamento no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94, e outra para o administrador diretamente ou indiretamente responsável, que não precisa ser necessariamente sócio, com fundamento no inciso II do mesmo dispositivo legal⁵⁹. E, acredita-se, conforme será exposto

58 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126.

59 Lei nº 8.884/94, Art. 23, *in verbis*: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I — no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; II — no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao admi-

no próximo tópico, que essas responsabilidades são solidárias entre si. Ora, se há solidariedade entre a responsabilidade da sociedade e a do sócio administrador que praticou a infração, é desnecessário falar em desconsideração.

Finalmente, existem as hipóteses de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Conforme se depreende da redação transcrita, para que ocorra a desconsideração deve existir uma relação de causalidade entre a má administração e o insucesso da empresa. O mais difícil aqui é definir a expressão de conteúdo aberto “má administração”. Não devendo ser confundidos com as práticas abusivas (ato ilícito, ato contrário ao estatuto ou ao contrato social etc.) descritas anteriormente⁶⁰, os atos de má administração podem ser conceituados como “atos que não condizem com os preceitos da ciência da administração, nem com a diligência necessária para um empresário que preza pela continuidade de sua empresa⁶¹”.

nistrador. III — No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

60 Tenta-se aqui distinguir má administração dos atos ilícitos, tarefa difícil e até impossível para outros juristas, como Márcio Souza Guimarães, que explica: “assim, necessária se faz a análise do caso específico com fulcro na existência de má administração, ressaltando que a inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não a caracterizam. É necessário o intuito deliberado de mal administrar, acabando por recair no abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, consoante disposto na primeira parte do dispositivo.” (GUIMARÃES, Márcio Souza. *Desconsideração da personalidade jurídica não deve virar regra*. 2006. Disponível em: http://www.ibri.org.br/home/novidades/123273747_marcio_guimaraes.pdf. Acesso em 25 de out. 2008.). Se seguido o entendimento desse autor, a expressão será inútil.

61 ABAL, Rafael Peixoto. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Má-Administração*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/678/DESCONSIDERAÇÃO_DA_PERSONALIDADE_JURIDICA_E_MA_ADMINISTRACAO Acesso em: 08 de ago. 2009.

Elementos objetivos podem ser buscados no caso concreto para que se possa deduzir a administração leniente. Por exemplo, se os sócios, paralelamente à inatividade da pessoa jurídica, criam nova sociedade com objeto idêntico, tal fato denota, independentemente de outros fatores, o intuito de abandonar a atividade da primeira sociedade, caracterizando, assim, a má administração. De toda forma, a diferenciação com a situação de abuso de direito seria extremamente complicada.

Em suma, considerando que a hipótese de abuso de direito já está prevista, hoje, no Código Civil⁶², bem como que as situações de excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social já poderiam implicar responsabilidade do patrimônio dos sócios, por imputação direta, restaria maior utilidade às situações previstas no parágrafo único do dispositivo, que seriam as de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. Contudo, a expressão “má administração”, pelo grau de abstração, gera mais dúvidas do que certezas, dificultando, de certa maneira, a aplicação do instituto.

4.2. A utilidade da teoria da desconsideração diante da responsabilidade solidária prevista no Art. 16 da Lei nº 8.884/94

A Lei do CADE, em seu art. 16, prescreve que: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”. Duas são as interpretações possíveis para o dispositivo.

A primeira é a adotada por Marcos da Costa, que, ao comentar o preceito legal, explica:

62 É bem verdade que, na época da promulgação da Lei 8.884, o atual Código Civil ainda não havia sido promulgado.

A responsabilidade solidária deve ser entendida entre os dirigentes ou administradores da empresa, e não entre eles e a própria empresa. Esse entendimento decorre não apenas da própria redação do dispositivo, mas da interpretação sistemática com o disposto nos incisos I e II do art. 23 da mesma Lei, que apena de forma diversa a empresa e o administrador⁶³.

A segunda interpretação possível é a de que o legislador quis, ao mencionar, de início, duas responsabilidades no dispositivo, a da empresa e a do dirigente ou administrador, e, ao final, inserir a expressão “solidariamente”, afirmar a solidariedade entre essas responsabilidades, ou seja, entre todos, empresa e seus administradores. Essa, por ser a interpretação que mais favorece a coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei do CADE, será a adotada neste trabalho⁶⁴.

O art. 23 da Lei do CADE, ao prever, nos seus incisos I e II, sanções para a pessoa jurídica e para o administrador responsável pelo ilícito, apenas confirma a dupla responsabilidade decorrente da prática antitruste, pois estabelece, distintamente, uma multa para a sociedade empresária e outras para o administrador responsável pela prática. Não é possível inferir, a partir de sua leitura, que a solidariedade do art. 16 estaria restrita apenas aos administradores.

Concorda-se com o autor citado, entretanto, quando ele afirma que:

63 COSTA, Marcos da (Coord.); MENEZES, Paulo Lucena de (Coord.); MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos / comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 199.

64 Para as sociedades limitadas, a previsão de responsabilidade solidária entre os administradores independe da previsão normativa da lei do CADE, pois o Código Civil, em seu Art. 1016, prevê que “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”. Segundo Maria Helena Diniz, esse preceito deve ser aplicado a toda e qualquer sociedade limitada, ainda que seu contrato social preveja a aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas (DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 690).

Em cumprimento aos preceitos constitucionais de direito da defesa e ao devido processo legal, cada dirigente ou administrador, para ver declarada sua responsabilidade solidária deve responder ao procedimento que irá apurar sua conduta; a responsabilidade solidária não pode ser considerada com extensão automática de eventual punição havida contra um dirigente, ou mesmo contra a empresa⁶⁵.

Assim, apenas será possível aplicar a solidariedade quando a responsabilidade do administrador for objeto de processo administrativo (apuração de condutas pelo CADE) ou judicial (ação civil pública, por exemplo), nos quais sejam possibilitados todos os mecanismos de defesa atinentes ao devido processo legal. Ou seja, a responsabilidade será solidária entre administrador e pessoa jurídica que, ao final de um processo administrativo ou judicial, forem declarados responsáveis pela prática do ilícito antitruste. Isso significa dizer que a sanção imposta a um administrador pode ser cobrada diretamente da sociedade empresária, e vice-versa.

Surge, então, a seguinte indagação: se já existe, diante de um ilícito da concorrência, a responsabilidade solidária entre a empresa e seus dirigentes ou administradores, porque socorrer-se ao art. 18? Primeiro porque enquanto a solidariedade está restrita apenas ao administrador da empresa, que não necessariamente será um sócio, a desconsideração se aplica para os sócios de uma maneira geral⁶⁶ e, eventualmente, até para outras sociedades pertencentes a um mesmo

65 COSTA, Marcos da (Coord.); MENEZES, Paulo Lucena de (Coord.); MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos / comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 199.

66 Importante aqui ressaltar entendimento de doutrina deveras respeitável, para quem: “a desconsideração destina-se, como não poderia deixar de ser, a alcançar os bens do controlador da sociedade, e não o dos sócios, indistintamente. A não ser que tenham eles atuado em *consilium fraudis*, mas aí a conduta fraudulenta ensejará a anulação do negócio jurídico, e não a desconsideração da personalidade jurídica”. Vide em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 227, abr.-jun., 2004.

grupo econômico⁶⁷. Segundo, como visto, é preciso que haja a declaração de responsabilidade pelo ilícito no bojo do processo administrativo ou judicial para a incidência da solidariedade. Na desconsideração, ainda que os sócios não estejam diretamente envolvidos com o ilícito antitruste, seus patrimônios poderão ser alcançados, desde que configurada uma das hipóteses do art. 18 da Lei do CADE.

4.3. Situações para aplicar a teoria

A teoria da desconsideração no direito antitruste pode ser aplicada em três situações distintas: no bojo do processo administrativo de apuração de condutas anticompetitivas; nas execuções das sanções aplicadas pelo CADE, para garantir a efetividade na atuação repressiva do SBDC; e, finalmente, nas ações judiciais que, de uma maneira em geral, discutam infrações contra a ordem econômica.

Neste último grupo estão, por exemplo, as ações civis públicas que podem ser propostas tanto por entidades públicas, quanto por associações ou pelo Ministério Público para reparar civilmente os danos decorrentes de práticas antitrustes⁶⁸. Semelhantemente ao que ocorre com as multas aplicadas pelo CADE, os valores arrecadados no bojo dessas ações são destinados ao Fundo de Direito Difusos.

No decorrer do processo administrativo do CADE que apura condutas ilícitas, situações podem existir em que seja necessária a uti-

67 Conforme jurisprudência analisada no tópico seguinte, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

68 Lei 7.347/1985, Art. 5º, *in verbis*: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I — o Ministério Público; II — a Defensoria Pública; III — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV — a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V — a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”.

lização da teoria de desconsideração, caso contrário a punição do infrator se tornará impossível. Por exemplo, para o cálculo do valor da multa, deve ser considerado o faturamento da empresa do ano anterior ao da instauração do processo administrativo⁶⁹. Suponha que um poderoso grupo econômico crie uma sociedade com a finalidade de praticar um ilícito antitruste, deixando sua empresa holding como sócia majoritária. Provavelmente, caso a conduta seja percebida logo e o processo seja instaurado sem atrasos, o que é o desejado, o faturamento do ano anterior dessa sociedade infratora será zero, ou muito próximo disso. Diante de tal desvio de finalidade, pode o CADE, para o fim de calcular a multa, considerar o faturamento da empresa *holding*, detentora da maioria do capital da sociedade infratora, utilizando-se a teoria da desconsideração.

Finalmente, é pertinente a aplicação da teoria no bojo das execuções promovidas pelo CADE para cumprimento dos seus julgados, conforme adiante analisado.

4.4. As execuções judiciais das decisões do CADE

Porque as decisões do CADE são títulos executivos extrajudiciais, é possível executá-las diretamente, independentemente de processo de conhecimento prévio. As sanções aplicadas ou têm natureza pecuniária, ou são obrigações de fazer ou de não fazer, como, por exemplo, a alteração de alguma cláusula contratual, a venda de ativo ou a determinação de abster-se da prática de certo ato.

Para as obrigações de fazer ou de não fazer, utiliza-se o procedimento previsto nos Arts. 632 a 645 do Código de Processo Civil. Nas execuções de multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.884/94⁷⁰, o

69 Lei 9.021, de 30 de março de 1995, At. 11, *in verbis*: “Para os fins previstos no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa”.

70 Lei nº 8.884/94, Art. 61, *in verbis*: “A execução que tenha por objeto exclusivamente a co-

CADE pode, por ser uma autarquia federal, inscrever seus créditos em dívida ativa e promover a respectiva execução sob o procedimento da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da execução de natureza fiscal. Nesse caso, a certidão de dívida ativa é que configura o título executivo, não mais a decisão da autarquia⁷¹.

Nas duas situações, tanto na execução da multa, quanto na de obrigações de fazer ou de não fazer, é possível aplicar a teoria da desconsideração no próprio procedimento de execução, independentemente de processo ordinário autônomo. Sobre esse entendimento, é interessante analisar três precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tratam do assunto. Em todos os casos relacionados, os processos na primeira instância eram execuções.

A primeira decisão foi proferida em 19 de agosto de 2003, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS) nº 16.274/ SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Foi um dos primeiros casos em que o STJ se manifestou acerca da possibilidade da desconsideração no bojo da execução, independentemente de ação autônoma. A ministra faz uma analogia com a jurisprudência do tribunal sobre a possibilidade de desconsideração nos próprios autos da falência, para aduzir que

[...] a desconsideração da pessoa jurídica torna cada um de seus sócios parte no processo de execução, porquanto a desconsideração da personalidade suprime o sujeito de direito representado pela pessoa jurídica, fazendo-o substituir-se, por ampliação subjetiva, pelas pes-

brança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980”.

71 João Bosco Leopoldino da Fonseca traz importantes anotações sobre a execução judicial das decisões do CADE em capítulo do seu livro intitulado “Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste”. Ele também afirma que as execuções das decisões do CADE ou tem natureza pecuniária, ou de obrigação de fazer ou não fazer. Para cada tipo de execução haverá um procedimento distinto. Vide em FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência (comentários à legislação antitruste)*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 311-329.

soas de seus sócios, sejam essas naturais ou jurídicas. E isto se dá porque a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Tal entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da *Doctrine of Disregard of legal Entity*⁷².

A “lógica conceitual” da teoria, mencionada pela julgadora, é a de que a desconsideração visa facilitar a satisfação rápida do crédito. Exigir novo procedimento ordinário para aplicá-la significa retardar o pagamento, contrariando sua teleologia. É importante também esse julgado pelo fato do STJ ter confirmado que o sócio passa a integrar a execução como parte no pólo passivo.

No Recurso Especial (REsp) nº 331.478/RJ, de relatoria do Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, o STJ, fazendo menção à decisão supra da Ministra Nancy Andrighi, reconhece: “Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma”⁷³. Trata-se da consolidação da tese, ainda prevalente no tribunal, conforme se observa no trecho abaixo transcrito da decisão do REsp 1.071.643/DF, proferida em abril de 2009:

Esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC⁷⁴.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 16.274/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. J. em 19/08/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300609270&dt_publicacao=02/08/2004. Acesso em: 01 ago. 2009.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 331.478/RJ. Relator: Jorge Scartezini. J. em 24/10/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100808290&dt_publicacao=20/11/2006. Acesso em: 01 ago. 2009.

Preocupa-se Fábio Ulhoa Coelho com esse entendimento do STJ, expondo que não é certo “o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório”⁷⁵. Defende o autor a necessidade de processo autônomo para que seja aplicada a teoria. Concorde-se com os fundamentos expostos, mas discorda-se da conclusão (necessidade de processo autônomo).

O procedimento correto, ao que parece, não é deferir, de imediato, a penhora dos bens dos sócios, mas sim, uma vez constatada a possibilidade da desconsideração no bojo do processo de execução, intimá-los para se manifestarem.

Assim lhes será oferecida oportunidade de defesa, sem que exista qualquer mácula ao contraditório, porquanto lhes é facultada a possibilidade de discussão dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. O ato de simplesmente penhorar bem do sócio, sem dar oportunidade prévia para que o mesmo se manifeste nos autos, efetivamente, inverte o ônus probatório. Ora, e se o sócio simplesmente quiser pagar a dívida, ou garanti-la por outra maneira, no lugar de ver suas contas bancárias indisponíveis? Essa oportunidade deve lhe ser concedida.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1071643/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. J. em 02/04/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801443649&dt_publicacao=13/04/2009. Acesso em: 01 ago. 2009.

75 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56. No mesmo sentido de Fábio Ulhoa Coelho, posiciona-se Manoelle Brasil Soldati: “Destarte, em nome da conservação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e da efetivação do direito ao devido processo legal e ampla defesa, a constrição judicial de bens só poderá derivar de título executivo proveniente de cognição no qual o ‘possível devedor’ tenha figurado em pólo passivo.” Vide em SOLDATI, Manoelle Brasil. *O momento processual adequado para desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Disponível em: “http://www.marcusbittencourt.com.br/doc/personalidade_juridica.doc”. Acesso em: 25 out. 2008. Em sentido oposto expõe Gladston Mamede, que, assim como o STJ, entende ser possível o uso do processo de conhecimento para a desconsideração, mas não o considera essencial. Vide em MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. v 2. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 271-273.

Dessa forma, acredita-se que as preocupações expostas pelo Professor Campos Sales de Tolledo acerca do contraditório e da ampla defesa para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica estariam resguardadas. Sobre o assunto, o professor comentou, ao analisar a desconsideração em processo falimentar, que, sem os sócios serem ouvidos previamente acerca do pedido de desconsideração, não é possível submeter o seu patrimônio aos efeitos da falência⁷⁶. Semelhantemente, aqui, nas execuções, não parece razoável penhorar o seu patrimônio sem convocá-los ao feito para se defender.

Assim, conclui-se que o procedimento correto não é penhorar diretamente os bens dos sócios, mas, primeiro, incluí-los na demanda, possibilitando-lhes o exercício da ampla defesa acerca dos pressupostos da desconsideração. Uma vez observado esse procedimento, concorda-se com o Superior Tribunal de Justiça em aplicar a desconsideração diretamente à execução.

Casos haverá, é verdade, em que, para solucionar a questão da legitimidade da desconsideração, surgiria a necessidade de certa instrução probatória testemunhal ou pericial. Nessas hipóteses, tendo em vista a impossibilidade de instauração de audiência de instrução e julgamento no bojo do processo de execução, a discussão, para um completo exercício do contraditório, deveria ser encaminhada para as vias ordinárias. Entretanto, quando a mera prova documental for suficiente, a questão parece ser satisfatoriamente resolvida, sem ofensas ao contraditório e à ampla defesa, no bojo da execução, como são solucionadas, sem maiores percalços ao procedimento, as exceções de pré-executividade.

76 Especificamente sobre a necessidade de ação autônoma para a desconsideração, o professor Campos Sales de Toledo tem entendimento de que, nos casos de confusão patrimonial, a desconsideração pode ser incidental. Entretanto, quando se estiver discutindo possível fraude, deveria ser em ação autônoma. Para maiores detalhes vide TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, pp. 222-239, abr.-jun., 2004.

O entendimento aqui defendido se assemelha ao de Marlon Tomazette, para quem é possível a aplicação da desconsideração, independentemente de ação de conhecimento com esse propósito específico, sem se olvidar das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal⁷⁷. Da mesma maneira compreende o professor Calixto Salomão Filho, que, ao considerar a desconsideração como um “instrumento para a efetividade do processo executivo”⁷⁸, admite que a sua declaração não precisa ser obtida em ação autônoma.

5. Conclusão

No caso estudado, a teoria da desconsideração poderia ser aplicada para alcançar o patrimônio dos sócios da RGComércio de Gás LTDA. R. G. era sócio administrador à época da prática da infração e a transferência de sua participação social para o seu filho, após o ilícito, não afasta sua responsabilidade, tendo em vista a confusão patrimonial existente. Pai e filhos exercem uma mesma atividade, através de uma mesma pessoa jurídica.

Representa um desvio de finalidade do uso da autonomia patrimonial e, por conseguinte, um abuso de direito à personalidade jurídica, o fato dos sócios deixarem propositadamente a sociedade chegar ao estado de insolvência com o intuito de fraudar credores. Tal desiderato pode ser comprovado com a informação constante nos autos da execução de que os sócios constituíram sociedade diversa para exercer a mesma atividade. Assim, seria possível aplicar a teoria pela hipótese de “abuso de direito”.

Os fatos configuram também a situação prevista no parágrafo único do art. 18 da Lei do CADE, pois, aliada à situação de insolvên-

77 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 260.

78 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

cia constatada (não existem bens em nome da empresa, nem valores nas suas contas correntes), há outra sociedade com os mesmos sócios exercendo a mesma atividade. Essa informação denuncia que houve má administração na RGComércio de Gás LTDA.

Para se alcançar o patrimônio de R. G. especificamente, no caso concreto, seria desnecessária a aplicação da teoria da desconsideração, pois a prática da infração lhe foi imputada no bojo de um processo administrativo, sendo-lhe oferecidas todas as garantias do devido processo legal. Assim, ele tem responsabilidade solidária com a sociedade, nos termos do art. 16 da Lei do CADE.

A teoria da desconsideração pode ser aplicada diretamente no bojo do processo de execução, sem que seja necessária a propositura de ação autônoma. Tal procedimento não ofende aos princípios do contraditório ou da ampla defesa, desde que os sócios sejam intimados previamente a desconsideração para se manifestarem. Apenas em hipóteses específicas, a discussão da desconsideração deverá ser remetida para as vias ordinárias.

Como o caso de Cartel de Gás de Paranaíba, diversos outros processos podem apresentar os requisitos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O presente estudo não pretende encerrar quaisquer discussões sobre o assunto. Ao contrário, o intuito é o de apenas instigar a discussão no campo jurídico, sobretudo para aqueles operadores do direito que trabalham diretamente com o antitruste, a fim de que atentem para as possibilidades de utilização da teoria em casos de práticas de infrações contra a ordem econômica.

Para o sucesso da política de defesa da concorrência, a efetividade das sanções impostas aos agentes infratores deve ser uma das principais metas do SBDC, e a teoria da desconsideração constitui uma importante ferramenta para alcançar esse objetivo.