



Na Mídia

26/02/2021 | [O Estado de S. Paulo](#)

A formiga ou o formigueiro? A responsabilidade solidária concorrencial

Daniel Oliveira Andreoli | Marco Antonio Fonseca Júnior*



Imagine-se uma sociedade de formigas, certamente uma das mais organizadas do reino animal, senão a mais. Tais insetos são capazes de formar grupos extremamente complexos, onde cada grupo de indivíduos tem funções específicas e distintas dos demais. Apesar das diferenças, no entanto, todas as formigas trabalham em harmonia em prol de um bem comum. Constituem, em verdade, um conglomerado de natureza colaborativa com objetivo de fazer prosperar a comunidade.

No geral, sociedades de formigas contêm três castas. As rainhas (ou rainhas) são responsáveis pela reprodução da espécie. Os machos servem à fecundação das rainhas. Já as operárias têm a função de escavação, limpeza do formigueiro, defesa, busca de alimentos, alimentação das larvas, dentre outras.^[1]

Possivelmente, um indivíduo do formigueiro sequer sabe das funções desempenhadas pelas outras formigas, não exercendo sobre elas qualquer coordenação, interferência ou auxílio direto. As atividades específicas de cada indivíduo, todavia, podem afetar o resultado comum de toda aquela sociedade.

O fato é que, se determinada formiga operária, que deveria angariar alimentos para a sociedade, não o faz, seria justo, como punição, eliminar da referida sociedade um indivíduo macho que, em princípio, seria responsável por fecundar a rainha? Aqui não se está a questionar que o resultado da conduta da formiga operária impactaria toda a sociedade, isso é indubitável. No entanto, seria justo que, para supostamente corrigir o problema causado pela formiga operária, se imputasse a um macho reprodutor responsabilidade que não era sua simplesmente por pertencerem ao mesmo conglomerado de formigas?

A resposta mais intuitiva e óbvia parece ser a negativa. No entanto, apesar de tal conclusão ser extremamente trivial e instigar o senso de justiça de quem avalia a situação em relação a uma simples formiga, quando se trata de sociedades empresárias a avaliação do que é justo e correto, em certos casos, parece desaparecer completamente.

Em algumas investigações de natureza antitruste, as autoridades concorrenciais brasileiras têm submetido ao escrutínio sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico simplesmente pelo fato de possuírem vínculo societário, sem, contudo, terem qualquer envolvimento com a prática investigada.^[2] Tal postura é questionável sob o ponto de vista da justiça social e da razoabilidade.

Por óbvio, sendo a autoridade extremamente técnica que é, o Cade não vem adotando esse posicionamento por mero capricho. Em verdade, o faz com fundamento no artigo 33 da Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, que determina que serão solidariamente responsáveis as empresas integrantes de um grupo econômico quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica. Ocorre que tal interpretação tem caráter indevidamente abrangente.

É importante que se compreenda que a previsão do artigo 33 não concede à autoridade concorrential ilimitada liberdade para investigar toda e qualquer entidade pertencente a um mesmo grupo econômico. De fato e de direito, a responsabilidade solidária mencionada no dispositivo diz respeito ao pagamento de multas e outras penalidades, e não à responsabilidade pela autoria das condutas em si.

O termo responsabilidade, sob o ponto de vista jurídico, está usualmente ligado ao fato de que determinada pessoa deve responder pelos atos por ela praticados. Na lição de César Fiuza, a responsabilidade revela um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato.^[3] Ou seja, em regra, um sujeito responde por fatos próprios.

O princípio da responsabilidade pessoal, esculpido na Constituição Federal^[4], principalmente quando trata de procedimentos de natureza punitiva, como os conduzidos pelo Cade, determina que a responsabilidade não deve ser transferida a terceiros, uma verdadeira intranscendência de imputações e penas.

A Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013 –, que em vários aspectos se inspirou na Lei de Defesa da Concorrência, por exemplo, traz de forma muito clara tal espírito em seu texto. O seu artigo 4º, §2º, acertadamente determina que sociedades pertencentes a um mesmo grupo são solidariamente responsáveis pela prática de ilícitos, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação do dano causado. Portanto, extrapola-se a pessoa do infrator apenas em relação às sanções, mas jamais em relação à prática do ato em si.

Não é demais lembrar que, como função precípua, a responsabilidade solidária visa basicamente facilitar o adimplemento do crédito. Tratando-se de lei punitiva administrativa, como a Lei de Defesa da Concorrência, a responsabilidade solidária deve, portanto, ser estendida à face pecuniária das penalidades apenas.

A verdade é que a responsabilidade solidária não é aplicável a determinada entidade por atos praticados por outras integrantes do mesmo grupo econômico, em atenção aos princípios de culpabilidade e individualização da punição, que determinam que uma pessoa deve ser investigada e punida apenas por seus próprios atos. Nesse sentido, ensina Ana Frazão que, se a solidariedade já é vista de maneira excepcional na responsabilidade civil, não faz sentido que se possa punir pessoas jurídicas apenas pelo fato de serem integrantes do mesmo grupo econômico.^[5]

A Professora, ex-conselheira do Cade, bem explica que uma coisa é entender que membros de um mesmo grupo econômico podem responder pelas consequências das sanções impostas a um de seus integrantes, mas outra totalmente diferente é entender que determinada entidade pode ser investigada, considerada solidariamente culpada e, no limite, condenada, simplesmente por integrar o mesmo grupo econômico do agente infrator.^[6] No mesmo sentido, Paula Forgioni ensina que a importância da responsabilidade solidária reside no fato de que o patrimônio de um membro do grupo econômico poderá responder por penalidades ou indenizações em virtude de prática ilícita de outro.^[7] Nada além disso.

Resta evidente que a Lei de Defesa da Concorrência, no limite, permite que as autoridades considerem integrantes de um mesmo grupo econômico solidariamente responsáveis apenas pelo adimplemento de penalidades pecuniárias não personalíssimas e, ainda assim, somente em casos de descumprimento das penalidades impostas ao agente infrator.

Num contexto em que o ônus de se defender perante a autoridade concorrencial brasileira é extremamente gravoso, tanto em termos financeiros, quanto reputacionais, não se pode admitir *ab initio* que determinadas entidades sejam investigadas apenas por integrarem o mesmo grupo econômico de agentes infratores. Isso pode inviabilizar – ou pelo menos inapropriadamente macular – as atividades de empresas que não tiveram qualquer envolvimento – comumente sequer atuaram naquele mercado relevante – na prática investigada.

Deve-se, sim, punir, e com rigor, infrações à ordem econômica. No entanto, a imputação por condutas anticompetitivas deve recair tão somente sobre os respectivos agentes infratores, mas não sobre seus entes coligados, sob pena de se punir – e o simples fato de ser investigado injustamente pelo Cade já constitui punição – um terceiro totalmente alheio ao fato delituoso.

Voltando ao exemplo das formigas, aquela que se desviou de suas funções deve ser punida. Sua conduta imprópria, sem dúvidas, afetará todo o conglomerado. No entanto, não se pode eliminar toda a comunidade de formigas pelo erro de apenas uma de suas integrantes, por uma questão básica de justiça. O pé do Cade é grande e pesado, mas não pode pisar em todo o formigueiro a pretexto de exterminar uma mísera formiga errante. Caso assim o faça, não estará a coibir o comportamento da formiga desviante, mas inviabilizando a existência de todas as outras que nada de errado fizeram, desviando-se de sua missão primeira de preservar a liberdade de iniciativa.

***Daniel Oliveira Andreoli, sócio, e Marco Antonio Fonseca Júnior, advogado de Demarest Advogados**