AMANDA FABBRI BARELLI

A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Justino de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2015

AMANDA FABBRI BARELLI

A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Dr. Gustavo Justino de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2015

Nome: Amanda Fabbri Barelli

Título: A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste.

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Dr. Gustavo Justino de Oliveira**.**

Aprovado em: ...../...../.....

Banca examinadora

……

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira
(Orientador)

……

1º Examinador

……

2º Examinador

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Barelli, Amanda Fabbri.
A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste / Amanda Fabbri Barelli; orientador Gustavo Justino de Oliveira – São Paulo, 2015.
153
Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.
1. Desconsideração da personalidade jurídica. 2. Processo administrativo. 3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. I. Oliveira, Gustavo Justino de, orient. II. Título.

À minha mãe, Liamara Fabbri, meu norte
em todas as tormentas;

Ao meu irmão, Bruno Fabbri Barelli, meu
exemplo desde a mais tenra idade;

Ao Gabriel do Vale, pelo
companheirismo, apoio e carinhoso
incentivo em todos os meus projetos.

Agradecimentos

A conclusão do presente estudo não teria sido possível sem a colaboração, o apoio e o incentivo daqueles que me cercaram durante esse processo. Foram inúmeras as contribuições recebidas nos mais diversos formatos e os agradecimentos jamais seriam suficientes para demonstrar a importância de todos que me ajudaram no percurso.

Agradecimento especial ao Professor Gustavo Justino de Oliveira cujos ensinamentos nesses últimos três anos foram de valor inestimável. As contribuições, os comentários e os incentivos certamente foram decisivos para a conclusão do trabalho. Somado a isso, as oportunidades com as quais fui generosamente contemplada em minha vida acadêmica pelo Professor Gustavo marcaram profundamente minha trajetória.

Aos Professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Fernando Dias Menezes de Almeida meus sinceros agradecimentos pelos novos horizontes que se abriram após a riqueza dos comentários sobre o meu tema de pesquisa.

A minha mãe Liamara Fabbri e meu irmão Bruno Fabbri Barelli, jamais conseguiria demonstrar o meu agradecimento por toda a dedicação e carinho durante toda a minha vida. Agradeço a meu namorado e companheiro de vida, Gabriel do Vale Rocha e Silva que, com entusiasmo e amor, sempre me apoiou em todos os projetos.

A José Carlos da Matta Berardo, pelos comentários, contribuições, incentivos e lições diárias. Aos meus amigos Luiz Antônio Galvão e Maria Amaral de Almeida Sampaio, meu agradecimento pelos comentários, pela convivência diária e pela amizade.

Aos amigos com que fui agraciada pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco que sempre terão minha gratidão por compartilharem comigo os principais momentos da vida, sem dúvida a influência de vocês está registrada nas páginas que seguem.

A todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para a conclusão dessa etapa, meu muito obrigada.

RESUMO

BARELLI, Amanda Fabbri. **A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo:** uma análise sob a perspectiva do direito antitruste. 153 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

A presente dissertação consiste em uma análise da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos processos administrativos em trâmite perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Como parte dessa análise, integra este trabalho um panorama sobre a inserção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma análise acerca da sua compatibilidade com os princípios aplicáveis ao processo administrativo. A análise ainda perpassa os desafios materiais e processuais da aplicabilidade da desconsideração na esfera administrativa em especial as contribuições decorrentes da processualização da atividade administrativa, da regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do novo código de processo civil e dos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. No primeiro capítulo, foram apresentadas considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no que tange às finalidades, aos efeitos, às repercussões no ordenamento jurídico brasileiro e aos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. No segundo capítulo, foi desenvolvido um estudo em relação à conformação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e os princípios que norteiam o processo administrativo. No terceiro capítulo, a desconsideração é compulsada no âmbito dos processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica, em especial no que tange às dificuldades de ordens processual e material enfrentadas pelo CADE. Ao final, foi possível concluir que, a despeito da expansão da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, no âmbito do direito concorrencial tal tendência não se verifica. As dificuldades relacionadas à obtenção de elementos de prova relacionados às hipóteses previstas no artigo 34 da Lei n.º 12.529/2011 e a existência de outros institutos que permitem a imputação de responsabilidade para além da pessoa jurídica infratora de forma direta, retardaram o desenvolvimento desse instituto no âmbito do direito concorrencial.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Processo administrativo. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

ABSTRACT

BARELLI, Amanda Fabbri. **The applicability of the disregard doctrine to the administrative process:** an analysis from the antitrust perspective. 153 f. Master, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

This dissertation aims at analysing the aplicability of the disregard doctrine in administrative proceedings before the Administrative Council of Economic Defense´s (namely CADE). As part of such analysis, this work includes an overview of the insertion of the disregard doctrine in the Brazilian legal system, as well as an evaluation on the doctrine's compatibility with the principles applicable to the administrative procedure. It will also be analysed the substantive and procedural challenges posed to the application of the disregard doctrine in the administrative procedure, especially those arising from the proceduralization of the administrative activity; the regulation of the disregard doctrine as an incidental application under the new Code of Civil Procedure; and the case law findings on the matter. In Chapter One, there are considerations concerning the disregard doctrine's purposes, effects and impacts on the Brazilian legal system and case law. Chapter Two deals with the conformation of the disregard doctrine to the principles applicable to the administrative law procedure. Chapter Three presents an investigation on the procedural and material difficulties faced by CADE in applying the disregard doctrine to administrative proceedings. In the end, it was concluded that, despite the growing application of the disregard doctrine to administrative proceedings, this trend is not observed under the competition law. The difficulty in obtaining evidence of the infringements provided for in Article 34 of Law No. 12.529/2011 and the existence of other legal mechanisms conveying direct responsibility to others beside the infringing entity slowed the development of the disregard doctrine under the competition law.

Keywords: Disregard doctrine. Administrative Proceeding. Administrative Council of Economic Defense. CADE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

OS ALICERCES DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 16

1.1. A personificação de entes coletivos 16

1.2. Principais efeitos decorrentes da personificação de entes coletivos 21

1.3. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: desenvolvimento e desdobramentos 24

1.3.1. Classificações e sua repercussão na aplicabilidade da teoria 31

1.3.2. Inserção da teoria no Direito Brasileiro 36

1.3.3. Interpretação e aplicação da teoria da desconsideração no Brasil 39

1.4. A teoria da desconsideração e o respeito ao devido processo legal 43

1.5. Efeitos da desconsideração da personalidade jurídica 49

A CONFORMAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À FUNÇÃO ADMINISTRATIVA 54

2.1. A processualidade administrativa e seus princípios norteadores 60

2.1.1. O papel do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo 62

2.1.2. A processualidade administrativa à luz do princípio da juridicidade 65

2.1.3. A processualidade administrativa à luz do princípio da moralidade e ponderação acerca da necessidade de segurança jurídica dos Administrados 74

2.2. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo 78

2.2.1 Os aspectos estruturais do processo administrativo 81

2.2.2 Codificação do processo administrativo no direito brasileiro 82

2.2.3 A estrutura do processo administrativo prevista na Lei n.º 9.784/1999 e sua relação com o processo administrativo para apuração de infrações à ordem econômica. 85

a) Instauração do processo administrativo e o dever de informar 86

b) A importância da completude da instrução e da participação dos administrados 87

c) Julgamento e o respeito ao princípio da motivação 91

2.2.4. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica à luz do princípio do devido processo legal aplicado à processualidade administrativa 93

2.3. A aplicação subsidiária das disposições do Novo CPC ao processo administrativo 95

AS IMPLICAÇÕES DA PREVISÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM TRÂMITE PERANTE O CADE 98

3.1. Os interesses tutelados pelo direito da concorrência 98

3.1.1. Cenário Brasileiro 101

a) A tutela da concorrência na LDC 104

b) Os efeitos da tutela da concorrência no tempo 108

3.2. A relevância do conceito de Grupo Econômico 108

3.2.1. A abordagem do conceito de grupo econômico pelo CADE 111

3.2.2. A experiência internacional em relação à responsabilidade solidária de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico sob a perspectiva antitruste 116

3.3. A abordagem da legislação concorrencial à desconsideração da personalidade jurídica 119

3.3.1. Aspectos processuais acerca da desconsideração da personalidade jurídica na apuração de infrações à ordem econômica 120

a) Os desafios processuais para a identificação das hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica 121

b) A fase processual adequada para a decretação da desconsideração à luz das garantias constitucionais 123

c) A decretação da desconsideração à luz da garantia à duração razoável do processo 124

d) A decretação da desconsideração e a resistência de sua aplicabilidade na esfera administrativa 126

3.3.2. Aspectos materiais acerca da desconsideração da personalidade jurídica na apuração de infrações à ordem econômica 127

3.3.4. Os limites subjetivos da previsão normativa da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo perante o CADE 129

3.4. Efeitos da expansão da exposição patrimonial por meio da previsão da desconsideração da personalidade jurídica 132

3.4.1. Sob a perspectiva dos agentes privados 133

3.4.2. Sob a perspectiva da realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência 134

3.4.3. Sob a perspectiva da judicialização de decisões administrativas do CADE 136

CONCLUSÕES 139

REFERÊNCIAS 144

SIGLAS E ABREVIATURAS

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC - Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)

CDC - Lei n.º 8.078, de 11, de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)

CLT - Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

CPC - Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)

LDC - Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência)

LPAF - Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo Federal)

Novo CPC - Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil)

RI CADE - Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução n.º 1/2012.

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

O objetivo central da presente pesquisa é investigar as hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, em especial, no que tange à sua incidência nos processos administrativos em trâmite perante o CADE. Acessoriamente, será realizada uma análise sobre a conformação da desconsideração da personalidade jurídica à luz do exercício da função administrativa.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já bastante aclamada no âmbito privado, não encontra o mesmo amparo nem tampouco uma vasta jurisprudência que permita estabelecer de forma clara as hipóteses para sua incidência no âmbito do direito administrativo. Nesse sentido, os estudos envolvendo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em geral, têm por foco a aplicabilidade em relações privadas. Mesmo em que há expressa previsão legal para a desconsideração da personalidade jurídica, como na LDC e na Lei Anticorrupção, permanece significativa incerteza quanto às hipóteses que autorizariam sua incidência.

Ainda que a LDC, já em 1994, tenha sido uma das pioneiras na inclusão da previsão que autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica, fato é que o CADE ainda demonstra certa resistência à utilização do instituto no combate a fraudes que desvirtuam os fins para os quais a sociedade empresária foi criada e, ao mesmo tempo, configuram infrações à ordem econômica.

Faz-se necessária, portanto, a análise da conformação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao exercício da função administrativa, análise esta necessária à identificação das principais dificuldades que permeiam a aplicabilidade da teoria na esfera administrativa. Tais desafios são enfrentados tanto pelo CADE, objeto do presente estudo, como também por outros órgãos administrativos.

Nesse contexto, o ponto de partida deste estudo são os fundamentos que nortearam o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo, sua sistematização, sua finalidade, seus efeitos e sua conformação ao ordenamento jurídico brasileiro. A partir dessa análise, será possível extrair importantes conclusões acerca da adaptação da teoria aos mais diversos segmentos do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos bens jurídicos tutelados por cada um deles.

Estabelecidos os marcos determinantes da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro e os desafios existentes para sua aplicabilidade na seara administrativa, serão analisadas as nuances de ordens material e processual que determinam a incidência da teoria no âmbito de processos administrativos em trâmite perante o CADE.

Desde 2003, o foco da defesa da concorrência no Brasil é o combate a cartéis sendo certo que as ferramentas disponíveis à persecução desse tipo de ilícito são sofisticadas e bastante variadas incluindo, por exemplo, busca e apreensões, interceptações telefônicas, acordos de leniência, inspeções, entre outras. A LDC, bem como a regulamentação infralegal elaborada com o escopo de estabelecer balizas para a procedimentalização da tramitação dos processos (tanto referente à análise de condutas quanto à análise de estruturas), consolida avanços na defesa da concorrência desde 1994. Contudo, tais avanços não foram refletidos na regulamentação da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, a primeira indagação a ser feita é: quais são os limites e desafios enfrentados na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa? Diante desta primeira indagação, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica será confrontada com os princípios que regem o exercício da função administrativa, bem como com os princípios que norteiam o processo administrativo. Tal análise também contará com as contribuições oriundas da regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Novo CPC.

A segunda indagação é: quais as dificuldades de ordens material e processual enfrentadas pelo CADE na aplicação do instituto? No âmbito desta análise, serão também ponderadas as razões pelas quais o órgão confere uma função secundária ao instituto, na contramão da crescente utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por outras autoridades administrativas.

As variáveis consideradas para o enfrentamento da segunda indagação englobam: (a) a amplitude do conceito de grupo econômico adotado pelo CADE; (b) os requisitos para a desconsideração previstos na LDC; (c) as questões processuais inerentes à investigação de condutas pelo CADE conforme disciplinado pelo RI CADE e demais resoluções editadas pelo órgão; (d) as hipóteses de atingimento de pessoas físicas e

jurídicas por meio da responsabilização solidária *vis-à-vis* a previsão de desconsideração da personalidade jurídica; e (e) os critérios utilizados para fins de cálculo da multa pela autoridade.

O momento para a realização dessa pesquisa se mostra oportuno, na medida em que a LDC já completou três anos em vigor e a discussão da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa é tema pendente de julgamento perante o STF. Neste mesmo cenário, é importante destacar a inclusão inédita no Novo CPC, que entrará em vigor em março de 2016, de disposições para regular o trâmite do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito judicial.

No Primeiro Capítulo, são analisados os efeitos da personificação de entes coletivos e seus desdobramentos. Também será analisado o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sua sistematização e seus efeitos. Na mesma oportunidade será abordada a inserção da teoria de origem jurisprudencial nos diversos segmentos do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, são referenciadas algumas decisões, a título ilustrativo, fazendo com que a análise ultrapasse uma perspectiva meramente legalista e atinja também um enfoque prático.

O Segundo Capítulo contará com uma análise da conformação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à seara administrativa. Neste capítulo, os alicerces da teoria são confrontados com os princípios que norteiam a função administrativa, notadamente, aqueles que regem o processo administrativo. Para este fim, foram utilizados os conceitos principais que sustentaram o desenvolvimento da processualidade administrativa, bem como foram resgatadas as discussões sobre a desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa atualmente em trâmite perante o STF.

O Terceiro Capítulo se presta a confrontar os conceitos e marcos descritos nos dois capítulos precedentes com a prática do CADE, em especial na análise de condutas infrativas à ordem econômica. Além da análise legislativa das disposições relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica, foram também considerados os desafios de ordens material e processual colocados para que a aplicabilidade da teoria seja efetiva e legítima. A discussão também envolve os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, tanto sob a perspectiva dos agentes privados ou do órgão público, além da análise

dos possíveis reflexos relacionados ao incremento da judicialização das decisões administrativas exaradas pela autoridade.

A análise conduzida no terceiro capítulo considera alguns precedentes do CADE com fins ilustrativos no sentido de indicar os entendimentos pretéritos do órgão sobre marcos relevantes na aplicabilidade da desconsideração. Foram também consideradas nesta análise, as atuais discussões sobre o tema em outras jurisdições com o objetivo de ilustrar as dificuldades, principalmente em termos de mérito, enfrentadas por outras autoridades de defesa da concorrência. Por derradeiro, serão apresentadas considerações finais sobre as indagações apresentadas neste trabalho.

CAPÍTULO 1: OS ALICERCES DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente, é importante compreender e delimitar a finalidade para a qual foi concebida a personalidade jurídica e as principais teorias que sustentam a atribuição de direitos e obrigações a um ente, capacitando-o para que atue autonomamente e possa ser responsabilizado independentemente das pessoas físicas que o integram. Em especial, é relevante demonstrar que há uma racionalidade econômica plenamente justificável sob a perspectiva dos comportamentos humanos que ampara a criação de um ente autônomo com plena capacidade jurídica de ser titular de direitos e obrigações.

1.1. A personificação de entes coletivos

O conceito de pessoa jurídica foi desenvolvido a partir de um esforço conceitual do século XIX, cuja explicação gravita entre a teoria da ficção de Savigny[1] e a teoria da realidade, liderada por Otto Gierke[2]. A teoria da ficção legal, defendida por Savigny, estatui que a pessoa jurídica seria uma ficção criada por lei para o exercício de direitos patrimoniais e de determinadas funções. Em outros termos, segundo Savigny, a personalidade jurídica seria tão somente uma criação artificial da lei em atendimento às necessidades da vida comum.

Embora seja possível identificar alguma variação no âmbito da teoria da ficção entre aqueles que defendem que a pessoa jurídica decorre de uma decisão arbitrária do Estado, e aqueles que defendem tratar-se de uma criação legal, o ponto de convergência dessa corrente está na convicção de que a pessoa jurídica corresponde a um instrumento, uma técnica jurídica utilizada, para que determinados fins sejam alcançados, dentre os quais a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade.

---

[1] Suas ideias foram expostas na obra: Traité de droit romain. (SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. Paris: Libraire de Firmin Didot Frères, 1855).

[2] Vide obra: GIERKE, Otto Von. **Political theories of the middle age.** trad. Frederic William Maitland. Boston: Beacon Press, 1958.

Assim, a pessoa jurídica, segundo a teoria da ficção legal, não possui existência própria, mas constitui elemento técnico mediante o qual é possível coordenar normas jurídicas capazes de disciplinar a responsabilidade resultante da constituição de um ente coletivo.

No Brasil, Orlando Gomes[3] representou um importante defensor dessa teoria, apesar de reconhecer que há um fundamento na realidade social na constituição de pessoas jurídicas:

> "O fato social sobre que se erige essa construção técnica não pode ser ignorado. Se a personalização viesse a ser considerada inconveniente ou inadequada, outro recurso técnico teria de ser encontrando para atender à necessidade de nucleação de interesses. Compreende-se, pelo exposto, que as pessoas jurídicas têm sua base na realidade social. Mas a personalidade, isto é, a atribuição de capacidade jurídica, à semelhança do que ocorre com as pessoas naturais é uma ficção de direito, porque não passa de simples processo técnico."

Muito embora essa teoria tenha representado grande avanço no sentido de tentar justificar, ainda que de maneira excessivamente formal, a personificação de entes coletivos, ela é alvo de muitas críticas. A principal objeção trata da impossibilidade de imputação civil de responsabilidade à pessoa jurídica, uma vez que esta na qualidade de abstração, ficção legal, seria incapaz de delinquir. Como bem pondera Francesco Ferrara[4], a dificuldade relacionada a esta teoria está na ausência de análise da pessoa jurídica como realidade própria, com aptidão de titularidade para imputação jurídica. A ausência de consciência e vontade, portanto, impediria a pessoa jurídica de qualquer tipo de responsabilização objetiva.

Há ainda outras críticas de natureza mais formal como, por exemplo, as dificuldades relacionadas à impossibilidade dessa teoria justificar estruturas jurídicas como o Estado, na qualidade de pessoa jurídica[5].

---

[3] GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 189.

[4] FERRARA, Francesco. **Trattato de Diritto Civile Italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. p. 18.

[5] Para os defensores da teoria da ficção legal, o Estado teria existência natural, representando uma necessidade primária e fundamental da sociedade e, por essa razão, sua personificação não precisaria ser justificada pela teoria da ficção legal.

À luz de tais críticas, as ideias de Savigny foram sendo contestadas por outras teorias que sugeriam que a personalidade jurídica seria uma realidade objetiva. Assim, nasce a teoria da realidade, também conhecida por teoria orgânica ou da personalidade real que, em oposição à teoria da ficção legal, defende que as pessoas jurídicas dispõem de personalidade real e vontade própria distinta das pessoas físicas que a compõem. Em breves linhas, a teoria da realidade pondera que a pessoa jurídica não deve ser entendida como mera ficção legal, mas como realidade sociológica que nasce a partir de forças sociais.[6]

Os pressupostos da teoria da realidade são opostos àqueles da teoria da ficção legal. A pessoa jurídica, portanto, atuaria como indivíduo independente, mediante procedimentos diferentes, com possibilidade de cometer atos ilícitos e ser punida. Dessa forma, o ente corporativo existe como realidade social. É sujeito de direitos e deveres e, por consequência, é capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Essa responsabilidade é pessoal, identificando-se com aquela aplicável à pessoa natural.

A principal crítica colocada em face da teoria orgânica está em conferir o elemento volitivo à pessoa jurídica. Segundo Francesco Ferrara, não se pode compreender o ato volitivo sem a consciência daquilo que se deseja, sem um ato de sensibilidade.[7] No Brasil, Clovis Beviláqua[8] filiou-se a essa teoria e, em seus comentários ao Código Civil de 1916, lecionou:

> "A pessoa jurídica como sujeito de direito, do mesmo modo que do ponto de vista sociológico, é uma realidade, é uma realidade social,

---

[6] Nesse sentido, Clovis Beviláqua pondera: "[D]ireito é alguma coisa de vivo, que consiste em transformações constantes e que necessita de renovações ininterruptas, pois que a natureza se evolve, mudam as necessidades e, com estas, o direito. Daí resulta que o sujeito do direito deve ser formado de modo que possa acompanhar as mutações do movimento, de modo que possa entrar nesse movimento de uma maneira correspondentemente racional, isto é, conforme as determinações do direito. Por isso a ordem jurídica exige que os sujeitos de direito sejam, ao menos em sua generalidade, capazes de agir racionalmente. Na primeira linha, aparece o homem, que é um ser dotado de razão, e, depois, os seres aos quais se pode fornecer a razão humana pela anexação de órgãos. Assim, naturalmente, se constituem dois gêneros de pessoas: as corpóreas ou físicas e as morais ou jurídicas. Umas e outras são igualmente reais; a distinção está em que umas são dotadas, naturalmente, de razão, ao passo que, às outras, a racionalidade é parcialmente adquirida, mediante um arranjo especial do homem; umas receberam o seu organismo da própria natureza, ao passo que as outras somente conseguem a forma orgânica, porque as penetra a natureza humana". BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972. p. 127-128.

[7] FERRARA, Francesco. **Trattato de Diritto Civile Italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. p. 22.

[8] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. p. 169.

> uma formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos."

Para além das teorias da ficção legal e da realidade, há ainda a teoria da equiparação, que entende ser a pessoa jurídica, um conjunto de bens (patrimônio) que pode ser equiparado à pessoa física. A teoria se aplica muito bem às fundações, contudo, mostra-se inaplicável a diversos outros tipos sociais como, por exemplo, as associações, que não dispõem de patrimônio. Esta teoria tampouco se aplicaria às pessoas de direito público. Nesse sentido, tendo em vista a incapacidade de justificar a existência de diversos tipos sociais, essa teoria teve pouca repercussão em comparação às teorias da ficção legal e da realidade objetiva.

A teoria da realidade técnica, por sua vez, buscou congregar elementos da teoria orgânica com características da ficção legal. Para os adeptos dessa teoria, a pessoa jurídica seria uma criação, com existência no mundo da abstração, sem deixar de ser uma realidade criada pelo ordenamento que lhe concede a prerrogativa de titularizar direitos e deveres. Somado a isso, a lei também reconhece a existência de uma vontade autônoma e objetivos próprios. Nesse sentido, para a teoria da realidade técnica, as pessoas jurídicas são uma realidade, embora constituídas pela ordem jurídica.

Outra teoria de relevo que buscou explicar a personificação de entes coletivos foi a teoria das instituições, cujos maiores expoentes foram Maurice Hariou, Santi Romano e Georges Renard. Segundo esta teoria, as pessoas jurídicas são organizações sociais criadas para atingir determinados objetivos. A teoria das instituições tem por foco as interações sociais, ao invés de tentar justificar o surgimento das pessoas jurídicas a partir de elementos volitivos ou legais. Sob essa perspectiva, as pessoas jurídicas são instituições, ou seja, são grupos sociais dotados de ordem e organizações específicas para a realização de uma finalidade socialmente útil.

Foge ao escopo do presente trabalho o estudo aprofundado das teorias que amparam o surgimento da pessoa jurídica, portanto, independentemente da teoria adotada para justificar a criação da personalidade jurídica, fato é que a personificação de entes coletivos teve a importante função de estabelecer a preservação patrimonial das pessoas físicas envolvidas em dado empreendimento, por meio da instituição de uma segunda categoria de sujeito de direito.

Adicionalmente, antes mesmo da criação do conceito de pessoa jurídica, a prática empresarial já havia desenvolvido instrumentos para limitar a responsabilidade de pessoas físicas envolvidas em certos projetos. Portanto, o conceito de pessoa jurídica surge, em realidade, para cumprir função que o precede[9], conferindo segurança jurídica a arranjos empresariais que já vinham sendo utilizados.[10]

Assim, a partir da criação da personalidade jurídica, o ordenamento passou a formalmente admitir que espécies de organização distintas das pessoas físicas pudessem igualmente ser qualificadas como sujeitos de direitos, como pessoas jurídicas.

No Brasil, como principal consequência da personificação das pessoas jurídicas está a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os bens pertencentes à pessoa física. Este importante desdobramento constava expressamente do Código Civil de 1916 (artigo 20[11]) e não encontra disposição equivalente no CC vigente. Ainda que o CC não tenha replicado o texto, parece claro que o conceito de pessoa jurídica já traz em si a ideia de autonomia de seus membros, sendo, portanto, desnecessária a repetição de tal disposição.

---

[9] WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 99-100.

[10] A título ilustrativo, vale relembrar a iniciativa do Estado da Holanda com a criação da Companhia Holandesa das Índias Orientais que buscava angariar contribuição dos súditos para o empreendimento de exploração do Novo Mundo. Ainda que a iniciativa estivesse dotada de forte intervenção do Estado que definia os direitos, obrigações e privilégios daqueles que contribuíam, há algumas características inerentes a esse tipo de organização que são similares àquelas constantes do atual modelo de sociedade anônima como: separação patrimonial, limitação da responsabilidade dos sócios, livre circulação de ações. Nesse sentido, pontua Tullio Ascarelli: "Nas companhias coloniais já se delineiam as características fundamentais, hoje peculiares da sociedade anônima e que a distinguem de várias espécies de sociedade: responsabilidade limitada dos sócios e divisão de capital em ações, isto é a possibilidade de serem, as participações de vários sócios, corporificadas em títulos facilmente circuláveis; a pessoa do sócio é, destarte indiferente à caracterização jurídica da sociedade." ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 452.

[11] "Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.

§ 1º Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados. Se tiverem de funcionar no Distrito Federal, ou em mais de um Estado, ou em territórios não constituídos em Estados, a autorização será do Governo Federal; se em um só Estado, do governo deste.

§ 2º As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos." BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de janeiro de 1916. Seção 1, p. 133.

1.2. Principais efeitos decorrentes da personificação de entes coletivos

A possibilidade de uma pessoa jurídica titularizar direitos e obrigações gerou importantes desdobramentos econômicos para toda a sociedade. A separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem permitiu a criação de ambiente propício à realização e à expansão de investimentos no setor comercial, quando do planejamento e da execução de grandes empreendimentos que demandavam elevados investimentos e necessidade de conjugação de esforços e recursos de inúmeras pessoas. Tais projetos seriam inviáveis se não fosse a técnica da personificação e a proteção patrimonial conferida às pessoas físicas participantes de tais projetos.

Em estudo desenvolvido pelos professores da Universidade de Chicago, Frank H. Easterbrook e Daniel R. Fischel[12] são apontadas algumas razões que justificam, sob a perspectiva econômica dos sócios, a limitação de responsabilidade. A primeira razão colocada pelos autores da pesquisa seria a aversão dos sócios a risco[13], o que restringiria o investimento caso não houvesse limitação de responsabilidade. A consequência da aversão a risco seria a realização de investimentos apenas em atividades que não acarretassem prejuízos, implicando estratégias mais conservadoras de investimentos e, no limite, reduzindo de forma significativa os incentivos à inovação[14].

---

[12] EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: First Havard University Press, 1996. p. 41-44.

[13] Nesse mesmo sentido, o Professor José Alexandre Tavares Guerreiro pontua "Se é verdade que o risco constitui pressuposto indissociável da atividade empresarial em um sistema de mercado e livre iniciativa, não é menos certo que as técnicas operativas da sociedade anônima representam um dos mais marcantes momentos da racionalização do Direito, como se pode evidenciar, p. ex., por meio da verificação de que a responsabilidade limitada dos acionistas e a separação patrimonial acabam por circunscrever a contingência econômica da empresa, isolando a fortuna pessoal dos sócios de sua má sorte eventual dos empreendimentos organizados sob a forma societária. O edifício jurídico que dá nascimento às companhias e que justifica o seu desenvolvimento no mundo ocidental assenta exatamente sobre tais alicerces e todo o regramento positivo respectivo garante, basicamente, a funcionalidade de um instituto apto a permitir a afetação patrimonial limitada à contribuição dos acionistas ao capital social." (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade Anônima: poder e dominação. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 53, p. 72-80, jan.-mar. 1989)

[14] Referido fenômeno também é tratado por Fábio Ulhoa Coelho: "A partir da afirmação do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, motivam-se investidores e empreendedores a aplicar dinheiro em atividades econômicas de maior envergadura e risco. Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida, ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais. No final, o potencial econômico do país não estaria eficientemente otimizado, e as pessoas em geral seriam prejudicadas, tendo menos acesso a bens e serviços. O princípio da autonomia patrimonial é importantíssimo para que o direito discipline de forma adequada a exploração da atividade econômica." COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 15-16.

Outro apontamento realizado pelo estudo dos professores de Chicago indica que a ilimitação da responsabilidade ainda desincentivaria a diversificação de investimentos. Segundo Henry Manne[15], a limitação da responsabilidade torna a diversificação de investimento menos arriscada e mais eficiente[16]. Tal lógica não se aplicaria caso inexistisse limitação de responsabilidade, tendo em vista que a diversificação de investimentos ocasionaria uma multiplicação da exposição do patrimônio da pessoa física envolvida em cada investimento realizado.

A limitação da responsabilidade também reduziria custos de fiscalização da administração social e de monitoramento das condições financeiras dos demais sócios. Afinal, os sócios apenas estão dispostos a incorrer em gastos para investir em certos empreendimentos na medida em que isso seja eficiente para evitar a perda do capital investido não sendo necessário verificar em que medida os demais sócios disporiam de patrimônio suficiente para arcar com eventuais responsabilidades decorrentes da atividade social. Este raciocínio não se aplicaria caso a responsabilidade fosse ilimitada.

Como último efeito da limitação da responsabilidade, o estudo também aponta que, na inexistência de limitação à responsabilidade, haveria uma distorção na avaliação financeira da sociedade, considerando que tal avaliação deveria levar em consideração não apenas as expectativas de lucro da sociedade, mas também os riscos de perdas futuras. O reflexo da existência de sociedade sem limitação da responsabilidade seria também a imprecisão da avaliação de eventual exposição a riscos.

Para além da racionalidade econômica, sob a perspectiva de comportamentos individuais, inerente à personificação de entes coletivos, a autonomia patrimonial como consequência da personificação implica importantes desdobramentos que repercutem em toda a sociedade, dentre os quais: a titularidade de obrigações, a titularidade processual e a responsabilização patrimonial[17]. Em relação à titularidade de obrigações, foi por meio da personificação de tais entes que se viabilizou a aproximação da sociedade com terceiros e, consequentemente, sua operacionalização. Ou seja, por meio de tal atributo, é possível à

---

[15] MANNE, Henry J. **Our two corporations systems:** Law and Economics. 53 VA. L. Review 1967. p. 259.

[16] BREALEY, Richard. A.; MYERS, Stewart C.; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. 5ª Edição. Nova Iorque: Editora McGraw, 1996. p. 57-81.

[17] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 14.

pessoa jurídica travar vínculos contratuais e extracontratuais com terceiros (fornecedores, intermediadores e clientes finais).

No que tange à titularidade processual, a personificação implica a legitimidade do ente para demandar e ser demandado em juízo ou perante esferas administrativas. Nesse sentido, em processos correlatos às obrigações contraídas pela pessoa jurídica, esta seria acionada diretamente e não por seus sócios.

Por fim, em relação à autonomia patrimonial, os bens atribuídos à pessoa jurídica são de sua inteira responsabilidade, não podendo ser confundidos com os bens das pessoas físicas que a compõe. Portanto, os bens atribuídos à pessoa jurídica não devem se comunicar com os bens de seus sócios, sendo os patrimônios da sociedade e de seus sócios inconfundíveis e incomunicáveis.

Assim, a personificação de entes surge com a finalidade de impulsionar o desenvolvimento econômico, incrementar a arrecadação de impostos, criar novos postos de trabalho e permitir o desenvolvimento da sociedade por meio da criação de complexos empreendimentos que impulsionaram o desenvolvimento econômico dos últimos séculos. O direito surge, então, para incentivar e mitigar os riscos relacionados ao desenvolvimento da atividade econômica.

Contudo, tão logo superada a questão da personificação de pessoas jurídicas e suas consequências, começa a surgir o desvirtuamento desse instituto: o formalismo da pessoa jurídica pode dar margem a desvios, na medida em que sua reconhecida autonomia pode impedir a responsabilização daqueles que efetivamente detêm a gestão da pessoa jurídica, as pessoas físicas que a compõem. A pessoa jurídica, em dadas ocasiões, pode ter sua função desviada em contrariedade aos ideais de justiça e aos valores jurídicos tutelados pelo direito.

Dessa forma, dada a crescente importância que a personificação adquiriu no século XX, frente à intensa atividade econômica viabilizada por meio de novas técnicas empresariais, o risco do desvio de finalidade da pessoa jurídica passou a ser um problema que o direito precisaria enfrentar.

1.3. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: desenvolvimento e desdobramentos

Como é possível notar, a personificação representou avanços significativos sob a perspectiva social e econômica. Não obstante, a separação patrimonial e a limitação de responsabilidades não podem ser elevadas a dogmas, uma vez que a personificação só possui legitimidade quando atende os propósitos para o qual foi criada. Surge a necessidade de aplicar a desconsideração sempre que se verificar um desvio tal que corrompa a finalidade que motivou sua constituição, ou seja, sempre que a pessoa jurídica esteja sendo manipulada em desconformidade com os objetivos para os quais foi criada.

Ainda que esta ideia pareça bastante clara atualmente, a desconsideração da personalidade jurídica nasce como um esforço teórico para solucionar um problema de ordem prática que já se fazia relevante em fins do século XIX. Logo, para entender os fundamentos de sua aplicabilidade na sociedade contemporânea, faz-se necessário resgatar brevemente sua construção e desenvolvimento.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge a partir do desenvolvimento da própria teoria da personificação de entes jurídicos, como forma de superar seus desdobramentos e preservá-la e, em nenhuma medida, deve ser entendida como sua antítese.[18] Nesse sentido, o nascimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser interpretado como uma forma de reconhecimento de que, na verdade, as figuras jurídicas devem ser orientadas por sua funcionalidade.

A preocupação com o desvirtuamento da pessoa jurídica motivou o surgimento de estudos para a elaboração de uma solução jurídica que corrigisse tal efeito. Em 1912, Maurice Wormser delineia no direito norte-americano os primeiros traços do que mais

[18] Nesse sentido, pondera Fábio Ulhoa Coelho: "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, impedir que essas fraudes e esses abusos de direito, perpretados com utilização do instituto da pessoa jurídica se consumem (...). Ainda, é uma tentativa de resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica. Em suma, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito pretende livrar-se da fraude e do abuso perpetrados através de uma pessoa jurídica, preservando-a, contudo, em sua autonomia patrimonial" COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 13.

tarde ficou conhecido por teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para este autor[19]:

> "Quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado para defraudar credores, subtrair-se a uma obrigação existente, desviar a aplicação de uma lei, constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais deverão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e deverão fazer justiça entre pessoas reais."

Nesse cenário, começaram a ser desenvolvidos estudos, na Alemanha, por Haussmann, e na Itália, por Mossa, que deram origem à chamada Teoria da Soberania. Referida teoria não encontrava amparo em normas jurídicas e foi desenvolvida para reafirmar princípios considerados de maior importância. Na tentativa de preservar os credores da sociedade, a teoria da soberania pretendia atribuir ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações não adimplidas pelas sociedades.

A despeito do insucesso da aludida teoria, por conta da insegurança que sua aplicação desmedida poderia resultar, já estava claro que a inexistência de meios para se combater o desvirtuamento da pessoa jurídica era uma preocupação instalada na segunda metade do século XIX.

Havia ainda uma teoria de grande relevo na década de 1950 que buscava os mesmos resultados da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sem violar o conceito de pessoa jurídica. Tratava-se da teoria desenvolvida por W. Bigiavi[20], que criava a figura do chamado "sócio tirano", sendo este aquele sócio que se utiliza da sociedade como "coisa própria". Segundo o autor, caso esta situação estivesse configurada, o sócio tirano responderia ilimitadamente através da sua equiparação à figura de sócio oculto.

É neste contexto que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve sua primeira ocorrência no âmbito da *common law*. O mais importante precedente que se tem notícia nesta matéria trata-se do caso *Salomon v. Salomon* de 1892, cuja decisão exarada em fins do século XIX influenciou as demais decisões sobre a matéria durante todo o século XX.

---

[19] REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, p. 12-24, n.º 410, dez. 1969.

[20] Esta teoria foi exposta na obra deste autor cujo título é "*L´imprendittore occulto*", em 1954.

Rubens Requião sumariza com precisão a matéria discutida no âmbito desse precedente[21]:

> "O comerciante Aaron Salomon, havia constituído uma 'Company', em conjunto com outros seis componentes de sua família, cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da 'Company' era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência, Aaron Salomon deveria ser condenado aos débitos da 'Company', vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu o caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu esta solicitação, julgando que a 'Company' era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, seu 'agent' ou 'trustee', que permanecera, na verdade, o efetivo proprietário do fundo de comércio."

Além de este caso ser o primeiro registro na jurisdição inglesa de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade regularmente constituída que se tem notícia, este precedente repercutiu em outras jurisdições, como Estados Unidos, Alemanha e em diversos países europeus[22]. Estabeleceu-se, a partir de então, a possibilidade de se ignorar a autonomia de que goza a pessoa jurídica, caso fosse possível comprovar que sua constituição ocorreu por propósitos fraudulentos ou com abuso de direito. Configuradas tais hipóteses, seria possível atingir as pessoas físicas que estivessem por trás da roupagem social.

Contudo, costuma-se apontar o primeiro registro de desconsideração da personalidade jurídica em momento anterior à apreciação do caso *Salomon v. Salomon*.

---

[21] REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, p. 12-24, n.º 410, dez. 1969.

[22] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 237.

Trata-se do caso *Bank of United States v. Deveaux*[23], julgado nos Estados Unidos, em 1809. Nesta oportunidade, o juiz *Marshall*, com o escopo de preservar a jurisdição dos tribunais sobre as sociedades anônimas, declarou os acionistas como parte integrante da lide, e seus direitos e deveres alcançados pela jurisdição da corte, desconsiderando, assim, a personalidade jurídica.

No caso *Bank of United States v. Deveaux*, a desconsideração da personalidade jurídica foi invocada no âmbito de uma discussão sobre competência, e não de utilização da pessoa jurídica como anteparo aos sócios da sociedade.

O caso *Continental Tyre & Rubber Co. v. Daimler Co. Ltd*.[24] também se destacou como importante precedente para difusão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a desconsideração teria se dado neste caso em defesa do interesse público. Durante a Primeira Guerra Mundial, uma sociedade formalmente constituída de acordo com as leis da Inglaterra foi considerada inimiga estrangeira em razão de todas as ações do seu capital pertencer a súditos alemães. Assim, por razões de ordem pública e segurança nacional, foi estendida a nacionalidade dos sócios à Companhia que, considerada como de nacionalidade inimiga, foi impedida de travar relações comerciais com a Inglaterra.[25]

Nos Estados Unidos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica apresentou significativo desenvolvimento por meio dos tribunais. As diversas doutrinas que surgiram para explicar e justificar a aplicação do instituto, sempre encontravam amparo na jurisprudência.[26]

---

[23] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Bank of the United States *v.* Deveaux, 9 U.S. 5 Cranch 61. Juiz Marshall. Georgia, 1809. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/case.html (Acesso em 29.7.2015).

[24] REINO UNIDO. House of Lords. Daimler Company, Limited Appellants; v. Continental Tyre and RubberCompany (Great Britain), Limited Respondents. Reino Unido, 1916. Disponível em: http://lawofwar.org/daimler_v_continental_tyre.htm (Acesso em 29.7.2015).

[25] Este precedente pode ainda ser considerado relevante por ser o caso a introduzir um conceito de controle e ser o precursor do *control test* adotado nos Estados Unidos e, posteriormente, na França.

[26] Blumberg indica que a regra primordial com relação à desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência norte americana encontra amparo nas conhecidas "jurisprudência de três fatores" e na "jurisprudência de *alter ego*". Segundo referido autor: "[A]inda que as teorias sejam diferentes, ambas envolvem os mesmos elementos e são substituíveis. Elas amparam-se em três elementos essenciais: 1. Ausência de existência independente da subsdiária, decorrente da ausência de existência no mundo real, desrespeito às formalidades corporativas e às regras para o exercício de controle. 2. Abuso da forma social com própositos fraudulentos, desiguais ou culposos. 3. Relação de causalidade entre a prática e perdas de

Inspirada por tais precedentes, a teoria foi objeto de estudo pela doutrina e sistematizada na tese do alemão Rolf Serick em 1953, com a qual este importante autor conquistou o título de *Privat Dozent* na Universidade de Tübingen. Segundo Serick, o ordenamento jurídico só autorizaria a desconsideração da autonomia patrimonial de que goza a pessoa jurídica, caso fosse possível constatar sua utilização de forma fraudulenta e abusiva, contrariando a finalidade para a qual o referido ente foi constituído. Portanto, o autor alemão expõe de uma forma didática ao mundo o problema da desconsideração da personalidade jurídica traçando um paralelo entre a jurisprudência americana e os precedentes dos tribunais alemães.

Em suas ponderações sobre a teoria da desconsideração, Rolf Serick coloca como pré-requisito para a possibilidade da aplicação da teoria a existência de um elemento subjetivo que culminasse com a ocorrência do abuso. Para o doutrinador alemão, era inaceitável a utilização de um instituto jurídico, a atribuição de personalidade a entes estranhos às pessoas físicas que o constituem, para burlar a lei. Assim, a desconsideração seria um conceito técnico específico a ser utilizado em caráter excepcional, contraposto ao princípio da separação patrimonial.

O jurista italiano Piero Verrucoli[27] também contribuiu de forma significativa para o desenvolvimento da desconsideração. Para referido autor, a personalidade jurídica tratava-se de um privilégio concedido pelo Estado para garantir à pessoa jurídica uma existência independente que a permitisse desenvolver empreendimentos econômicos. Contudo, para Verrucoli, a concessão de tal privilégio acompanharia a prerrogativa conferida ao Estado da possibilidade de sua limitação, da suspensão do benefício, caso se constatasse seu abuso (possibilidade de superamento da personalidade jurídica).

Apesar de inegavelmente inovadoras, as ideias de Rolf Serick, refletidas em sua teoria, partem de uma premissa unitarista da pessoa jurídica, que desconsidera a complexidade de sua organização interna. Assim, a teoria unitarista deste autor não

---

terceiros. Tradução livre de: "[A]lthough the two doctrines are expressed differently, they involve the same elements and are interchangeable. They rest on three essential factors: 1. Lack of independent existence of the subsidiary, arising from lack of real-world existence, disregard of corporate forms and formalities, or from excessive exercise of control. 2. Abuse of the corporate form to accomplish fraudulent, inequitable, or wrongful purpose. 3. Causal relationship to the plaintiff´s loss" BLUMBERG, Phillip I. et al. **Blumberg on Corporate Groups**. Frederick: Aspen, 2007. p.10-8.

[27] VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalita giuridica delle societa di capitali:** nella common law e nella civil law. Milão: A. Giuffre, 1964.

identifica qualquer necessidade de destinar tratamentos diferenciados a pessoas jurídicas que dispõem de organizações internas mais complexas que a sociedade unipessoal.

A teoria unitária justifica a desconsideração da personalidade jurídica a partir de uma perspectiva institucional, segundo a qual, para que fosse possível a desconsideração, seria necessária a identificação de sua utilização em desconformidade com os estatutos da sociedade, os seus objetivos ou a sua função. Ainda que este critério pareça bastante objetivo, sua aplicação é de difícil determinação.

Como crítica à teoria unitarista da desconsideração, é importante destacar a teoria dos centros de imputação, surgida com o trabalho de Müller-Freienfels. Segundo este autor, ao contrário do quanto indicado por Rolf Serick, a personalidade jurídica e sua desconsideração não poderiam ser entendidos como um fenômeno unitário. O entendimento de Müller-Freienfels[28] aponta para:

> "[U]ma visão menos rígida da desconsideração, que passa a incluir não apenas as situações de fraude, mas, também, quando necessário, situações em que à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. A desconsideração não é portanto apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas também uma técnica de aplicação de normas [...] que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos."

No direito brasileiro, apenas em 1966, passou-se a dispensar maior atenção para os problemas decorrentes da visão unidimensional entre a separação da pessoa jurídica e seus integrantes, bem como à possibilidade de recorrer à teoria da desconsideração para solução de tais problemas. Nesse contexto, Rubens Requião questionou, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, se o direito da personalidade jurídica seria absoluto[29]. Esse autor, em sua conferência pondera que:

> "Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o

[28] SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 217.

[29] "Se a personalidade jurídica constitui uma criação de lei, como concessão do Estado, objetivando, como diz Cunha Gonçalves, 'a realização de um fim', nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso." Posteriormente a palestra foi publicada na Revista dos Tribunais: REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito Fraude através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**. p. 10, n.º 410, dez. 1969.

> patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios,tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores."

Requião, conclui que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica seria compatível com o ordenamento brasileiro e ainda que, formalmente, não estivesse completamente refletida nas normas jurídicas brasileiras, alguns julgados já haviam aplicado seus preceitos sem referência expressa ao instituto. Assim, o autor defendia que o ordenamento jurídico brasileiro se adequasse à teoria da desconsideração, ainda que não houvesse previsão legal específica para sua aplicabilidade. Requião era ainda um entusiasta da adoção da teoria pelo ordenamento pátrio, ao pregar que as fraudes e os abusos perpretados pela pessoa jurídica apenas poderiam ser coibidos, caso a teoria fosse abraçada por nosso ordenamento.

Rubens Requião pretendeu rediscutir o conceito de pessoa jurídica de modo a inserir nesse debate a possibilidade de coibição de fraudes e abusos por meio da sua pontual desconsideração. Vale enfatizar, contudo, que a desconsideração não implica a negação da personalidade, mas um fenômeno circunstancial como Fabio Konder Comparato[30] pondera:

> "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 de 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 coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto."

O dispositivo legal encontrado à época para sustentar a aceitação da teoria encontrava-se positivado no artigo 5º da Lei de Introdução ao CC, que prescrevia que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem

[30] COMPARATO, Fabio Konder. **O poder na sociedade anônima**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 283.

comum". Portanto, ainda que em 1960 não fosse possível encontrar um dispositivo legal que amparasse de maneira plena a aplicação da teoria, já havia um respaldo principiológico que permitia sua incidência.

Fábio Konder Comparato abordou a questão da desconsideração da personalidade jurídica dando ênfase à questão do poder de controle societário, por considerar que as noções de fraude e abuso não seriam suficientes para abarcar todas as hipóteses para a incidência da teoria. Assim, o autor traça uma interpretação ampliativa das possibilidades de aplicação da desconsideração, de acordo com a qual essa deveria ser utilizada sempre que houvesse desvio de função, ou disfunção, resultante, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constituísse um ato ilícito. Portanto, sempre que houvesse uma violação ao centro de interesses autônomo que constitui a sociedade, estaria autorizada a incidência da desconsideração da personalidade jurídica.[31]

No âmbito dessa discussão, é importante estabelecer de forma clara quais seriam os critérios que autorizam sua incidência e, para tanto, cumpre estudar com mais vagar as classificações que se aplicam à referida teoria.

1.3.1. Classificações e sua repercussão na aplicabilidade da teoria

Como é sabido, as classificações são uma forma de sistematização de determinado instituto, permitindo sua compreensão e sua subsunção à realidade de forma mais precisa. A teoria da desconsideração pode ser submetida aos mais variados tipos de classificação, sendo os mais relevantes aqueles que segmentam a teoria em: (a) corrente subjetiva e objetiva; e (b) teoria maior e teoria menor.

A corrente subjetiva, defendida pelo autor alemão Rolf Serick, exige, para que seja autorizada a desconsideração, a existência de um elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou abuso de direito no exercício dos direitos sociais por parte das pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica.

[31] O autor J. Lamartine Corrêa de Oliveira partilha parcialmente do entendimento de Comparato ao concluir que a desconsideração da personalidade jurídica seria uma consequência de uma crise de função da pessoa jurídica. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 262-263.

Por sua vez, a corrente objetiva, desenvolvida a partir das críticas colocadas por Fabio Konder Comparato[32], conforme acima indicado, pugna pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica a partir de critérios objetivos. Em outros termos, uma vez configurado o abuso ou a fraude, estaria autorizada a desconsideração, ainda que ausentes elementos de caráter subjetivo.

Restaria configurado o abuso de direito toda vez que dado direito subjetivo fosse utilizado, ainda que dentro das prerrogativas previstas no ordenamento jurídico, de maneira a causar dano a outrem. Conforme esclarece Silvio Rodrigues[33]: "O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem".

A fraude, por sua vez, é caracterizada pela adoção de condutas com a finalidade de iludir ou ludibriar terceiros, causando-lhe prejuízos ainda que não seja perceptível imediatamente. Assim, trata-se de manobra para causar prejuízo a outra pessoa, por meio da utilização de subterfúgios que escondem a antijuridicidade da conduta praticada.

As hipóteses de fraude contemplam não apenas a utilização de uma pessoa jurídica já constituída, mas também a criação de uma pessoa jurídica com o único objetivo de fraudar a lei ou deixar de cumprir determinada sanção administrativa. O TCU possui rica jurisprudência que indica a existência de constituição de pessoas jurídicas de forma fraudulenta para, por exemplo, participar de certames licitatórios em descumprimento a sanções de inidoneidade para licitar.

Conforme entendimento do TCU, os efeitos da declaração de inidoneidade devem ser aplicados também para as futuras sociedades constituídas pelos mesmos sócios cujo objeto social seja a prestação dos mesmos serviços que deram ensejo à aplicação da sanção. Em um dos precedentes do TCU[34], fica claro o posicionamento do órgão nesse sentido:

---

[32] COMPARATO, Fabio Konder. **O poder na sociedade anônima**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 258.

[33] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, v.4. p. 45.

[34] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1209/2009-Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Brasília, DF, 3 de junho de 2009.

> "Penso, porém, que esta Corte de Contas deva, na esteira do precedente trazido pela Secex/RN, estender a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal às futuras sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN."

Assim, para além das hipóteses mais comuns de desconsideração da personalidade jurídica por conta do abuso de direito e da fraude de pessoa jurídica já constituída, há que se considerar também, como fato que autorizaria a desconsideração a constituição de pessoa jurídica com abuso de forma e com objetivo de fraudar a imposição de sanções.[35]

A classificação em subjetiva e objetiva resulta em importantes desdobramentos no direito positivo brasileiro. Apenas para ilustrar, o CDC[36] claramente optou pela adoção da teoria objetiva dispensando a existência de elementos de caráter subjetivo para que se autorize a desconsideração da personalidade jurídica. O resultado é a ampliação das possibilidades de aplicação da teoria, reflexo da escolha legislativa de ampliar a tutela ao consumidor:

> "Art. 28. 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.
>
> § 1° (Vetado).
>
> § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.

---

[35] Vale destacar a existência de Projeto de Lei (Projeto de Lei n.º 7.709/07), em trâmite perante o Senado, que pretende alterar a lei de licitações e, dentre as mudanças propostas prevê a possibilidade de extensão dos efeitos da sanção de impedimento de contratar com a Administração Pública, licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a outra pessoa jurídica (alteração proposta no §2º do artigo 28 da Lei n.º 8.666/93).

[36] BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Seção 1, p. 1.

> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Outra possível classificação da teoria a divide em teoria maior e teoria menor. Nesse contexto, a teoria maior encontra-se amparada em princípios subjetivos. Para que seja possível a desconsideração da personalidade jurídica seria necessária, além da constatação da fraude ou do abuso de direito, a demonstração de má fé dos sócios, ou seja, da intenção de se valer da pessoa jurídica desviando os fins que permitiram sua criação.

Neste ponto, foi criada uma subdivisão da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, fragmentando-a em: (a) teoria maior subjetiva; e (b) teoria maior objetiva. A teoria maior subjetiva pugna pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quando constatado o desvio da finalidade empresarial aliado à insolvência empresarial. A teoria maior objetiva, por sua vez, fruto de estudos de Fábio Konder Comparato, requer como requisito adicional a existência de confusão patrimonial.

A teoria menor autoriza a desconsideração da personalidade jurídica tão somente diante do estado de insolvência da empresa que a impeça de honrar com suas obrigações. Nos termos dessa vertente, o credor não precisa comprovar a existência de má-fé ou de confusão patrimonial.

Assim, a Lei Ambiental[37] faz opção pela teoria menor ao permitir a desconsideração da personalidade jurídica dispensando alusão à fraude ou ao abuso de direito: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. No âmbito desse segundo tipo de classificação, a desconsideração prevista no CDC opta também pela teoria menor, amparada na hipossuficiência do consumidor.

Contudo, é possível observar, quando confrontada a previsão constante do CDC com o artigo 50 do CC, que a legislação consumerista abrange um leque maior de situações com um enfoque predominantemente objetivo. O direito brasileiro inclina-se para a adoção da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual a demonstração de ocorrência de desvio de finalidade ou efetiva confusão patrimonial é necessária para a autorização da desconsideração da personalidade jurídica.

---

[37] BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998. Seção 1, p. 1.

O STJ já se manifestou, no âmbito do Recurso Especial n.º 279.273/SP[38], no sentido de que a teoria maior seria a regra aplicável em nosso ordenamento jurídico, estando a teoria menor reservada apenas para casos excepcionais nos quais o bem jurídico tutelado justificasse a opção legística pela aplicação da teoria menor como ocorre no caso do direito do consumidor e do direito ambiental.

Especificamente no caso da LDC, objeto deste estudo, a desconsideração está baseada na teoria maior, colocando como requisito para sua aplicabilidade a ocorrência de um ato concreto a ser comprovado. Logo, para que seja possível a desconsideração, é necessário que esteja comprovado o abuso de direito, o excesso de poder, a infração à lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social.

Assim, a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos mais diversos normativos reflete as classificações acima mencionadas. A opção legística reflete em grande medida o bem jurídico que se deseja tutelar e, como consequência, a

---

[38] "RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOSÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. Art. 28, § 5º. [...]

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP, da 3ª Turma. Recorrentes: B. Sete Participações S.A., Marcelo Marinho de Andrade Zanotto e Outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2003.

amplitude e os requisitos necessários para que seja decretada a desconsideração da personalidade jurídica em cada segmento do direito.

Para além dos dois exemplos citados acima, a análise da inserção da teoria da desconsideração no ordenamento brasileiro faz-se necessária para a verificação dos limites colocados pelo legislador para a aplicabilidade da teoria em cada segmento do direito brasileiro.

1.3.2. Inserção da teoria no Direito Brasileiro

Há previsão legal para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em diversos diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir é apresentada uma análise breve do histórico da adoção da teoria pelo ordenamento com algumas considerações relevantes para o presente estudo.

Em relação à positivação da teoria no direito brasileiro, a primeira incidência ocorreu no Projeto de Código Civil, cuja iniciativa data de 1973, e apresentava a seguinte redação:

> "Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração."

Contudo, as discussões em relação ao Código Civil apenas chegaram a uma conclusão em 2002, sendo que a primeira previsão legal para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica foi no CDC, em 11 de setembro de 1990. O racional para a inclusão dessa proteção ao consumidor, de maneira análoga à proteção ao

trabalhador, trata-se de uma escolha legislativa de tutela do crédito do consumidor em detrimento ao princípio da separação patrimonial.[39]

Em momento posterior, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica ganhou espaço também em outras legislações. Por exemplo, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que regula a prevenção e a repressão às infrações da ordem econômica, a qual expressamente previa, em seu artigo 18[40], a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Vale ainda ressaltar que a LDC[41], replica a redação do normativo anterior:

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

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, também no seu artigo 4º autoriza a desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Ou seja, o legislador entendeu que a personalidade jurídica não poderia representar um óbice para a proteção do meio ambiente.

---

[39] Nesse sentido, Warde Junior "O legislador, particularmente no que concerne ao § 5º do artigo 28, desprezou os critérios de desconsideração. A referência à disregard doctrine decorre somente da necessidade, diante da crença de que a limitação de responsabilidade resulte da personalidade jurídica, de eleger uma técnica capaz de imputar aos sócios a responsabilidade pelas dívidas da sociedade. De resto, não é possível encontrar-se no suporte fático da norma em tela, as características da teoria da desconsideração. Torna-se claro, portanto, que o legislador, preferindo a satisfação do crédito do consumidor à limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade devedora, pretendeu abrigar - relativamente às questões de consumo - as normas dos artigos 1.045, 1.052 do Código Civil e 1º da Lei de Sociedades Anônimas." WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 297-298.

[40] "Art. 18. 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 administração." BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de junho de 1994. Seção 1, p. 8437.

[41] BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

A legislação trabalhista, por influência doutrinária, passou a admitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não obstante a ausência de previsão específica na CLT que ampare tal possibilidade.

A entrada em vigor do CC[42] em 2002 constitui verdadeiro marco legislativo para a aplicação da teoria da desconsideração no direito privado brasileiro, uma vez que traz, em seu artigo 50, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso da personalidade por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial:

> "Art. 50. 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."

A previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica no CC merece destaque, tendo em vista que este normativo se aplica a todas as relações jurídicas privadas. Mais recentemente, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que tutela a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, também trouxe expressa previsão para a desconsideração.

De forma geral, a desconsideração da personalidade jurídica estaria circunscrita ao conceito de abuso da personalidade jurídica e seus respectivos desdobramentos: desvio de finalidade e confusão patrimonial. O desvio de finalidade decorre da tentativa dos sócios de fraudar terceiros por meio da personalidade jurídica. Assim, estaria configurado o abuso de personalidade pela utilização da sociedade para finalidades diversas daquelas estabelecidas em seu objeto social, ou seja, a utilização da sociedade para atender propósitos distintos daqueles em função dos quais a mesma foi formalmente constituída.

A confusão patrimonial, por sua vez, decorre da impossibilidade fática de segmentação do patrimônio da pessoa jurídica e do patrimônio de seus sócios. É possível ainda verificar a confusão patrimonial entre diversas pessoas jurídicas como, por exemplo, a confusão patrimonial entre sociedades de um mesmo grupo. Na ocorrência de confusão patrimonial, não é mais possível observar a pessoa jurídica como uma esfera autônoma de

---

[42] BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Seção 1, p. 1.

interesses que devam ser preservados, cabendo, então, à pessoa jurídica esclarecer em que medida houve confusão patrimonial e a existência de justificativas que amparem a preservação da personalidade do ente.

A inexistência de uma menção específica à situação de fraude para que reste autorizada a desconsideração da personalidade jurídica no CC foi objeto de críticas doutrinárias.[43] Ainda que inexista prescrição expressa, é forçoso acreditar, dada a finalidade do próprio instituto, que tal hipótese não autorize a aplicação da teoria da desconsideração. Assim, é de extrema importância ter bem delimitadas as hipóteses de cabimento da teoria, uma vez que a configuração fática que autorize a desconsideração deve sempre ser comprovada, sob pena de colocar em risco o importante instituto da personificação de pessoas jurídicas.

1.3.3. Interpretação e aplicação da teoria da desconsideração no Brasil

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica implica a extensão da responsabilidade patrimonial àqueles que, a princípio, não figuravam como devedor de determinada obrigação e, portanto, implica a invasão de sua esfera patrimonial. Desse modo, é de especial importância verificar a interpretação e aplicação da teoria.

No Brasil, a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica está centrada na essência e função da personalidade jurídica. O autor Rubens Requião[44], em seu pioneiro estudo sobre o tema, estipula que as hipóteses em que se admitiria a adoção da teoria da desconsideração seriam aquelas hipóteses nas quais restasse configurada a separação patrimonial com o escopo de fraudar a lei ou com abuso de direito.

Por sua vez, Fábio Konder Comparato evoca o objetivo da norma e aponta em sua obra que as hipóteses de desconsideração perpassariam o desvio de função da pessoa jurídica como justificativa para a aplicabilidade da teoria da desconsideração. O autor entende que a função da personalidade jurídica seria a configuração de um centro de

---

[43] Nesse sentido, SILVA. Alexandre Couto E. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora LTR, 1999. p. 90.

[44] REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, p. 12-24, n.º 410, dez. 1969.

interesses autônomo.[45] As sociedades se constituiriam em organismos econômicos jurídicos autônomos geridos por interesses igualmente autônomos, com patrimônio distinto de seus sócios e cuja finalidade seria o desenvolvimento de uma empresa.

Considerado este cenário, é importante notar que tais construções doutrinárias exercem significativa influência nos precedentes mais recentes[46] do STJ sobre o tema. Para fins do presente estudo, a análise da jurisprudência, realizada de maneira ilustrativa, teve por enfoque os acórdãos emanados pelo STJ nos últimos dez anos[47]. A identificação dos acórdãos relevantes ao presente estudo teve por critério de pesquisa a expressão "desconsideração da personalidade jurídica". A partir da pesquisa realizada de acordo com os critérios de busca indicados, foram identificados 339 acórdãos.

Inicialmente, foi descartada a análise de acórdãos que tratavam de matéria de natureza meramente processual. Dentre os acórdãos remanescentes, foi possível alcançar algumas conclusões interessantes. No acórdão da Terceira Turma, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.306.553/SC[48], foi reconhecido que a desconsideração da personalidade jurídica trata-se de regra de exceção de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Neste acórdão, é reconhecido que a aplicação desmedida do instrumento "conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica."

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.484.148/SP[49] reconheceu que a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional. Contudo, quando verificados indícios de fraudes e irregularidades, a corte

---

[45] COMPARATO, Fabio Konder. **O poder na sociedade anônima**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 286.

[46] A pesquisa de precedentes no âmbito do STJ limitou-se a julgados apreciados nos últimos 10 anos.

[47] Foram considerados acórdãos proferidos entre 14 de janeiro de 2005 e 14 de janeiro de 2015, disponíveis para consulta no sítio eletrônico do STJ (http://www.stj.jus.br), tendo sido a consulta realizada em 14 de janeiro de 2015.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.306.553/SC, da 3ª Turma. Embargante: Ageu Spillere e Outros. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 5 de abril de 2013.

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.484.148/SP, da 2ª Turma. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Construtora Marco Polo Ltda. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 6 de outubro de 2014.

autorizou a desconsideração da personalidade jurídica, conforme se nota do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 605.387/RS[50] no qual o Tribunal reconheceu a existência de indícios de dissolução irregular da sociedade devedora e autorizou a desconsideração para o atingimento do sócio-gerente.

A orientação do Tribunal em outro acórdão analisado indicou ser possível atingir empresas de um mesmo grupo caso se comprove que a estrutura econômica é meramente formal[51]. O exame das decisões do STJ também indicou a inclinação da corte no sentido de admitir a desconsideração da personalidade jurídica em casos nos quais seja possível verificar abuso de direito ou fraude nos negócios. Quando não mais possível a configuração de um centro de interesses autônomo, a teoria da desconsideração seria aplicável.

Portanto, a partir da análise ilustrativa dos acórdãos acima mencionados, é possível ponderar que o entendimento do STJ é pela aplicação da desconsideração quando for possível verificar, no caso concreto, os requisitos que autorizariam sua incidência como abuso, fraude, confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Em pesquisa mais ampla realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça sobre a desconsideração da personalidade jurídica, que incluía também outros Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça[52], por meio da análise

---

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 605.387/RS, da 2ª Turma. Agravante: Flávia Maria Argenta. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 7 de novembro de 2014.

[51] "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. A conclusão do Tribunal estadual no sentido de que havia confusão patrimonial entre a recorrente e outra sociedade não se submete ao crivo do recurso especial, a teor do enunciado n. 7, da Súmula.

2. "A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes." (REsp 907.915/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011)

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp nº 447990/SC, da 4ª Turma. Embargante: Demonty S.A. Relator: Ministro Ministro Luis Filipe Salomão. Brasília, DF, 25 de março de 2014.

[52] Na pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos, além do Superior Tribunal de Justiça, foram considerados os seguintes Tribunais: Tribunal Regional Federal 1, Tribunal Regional Federal 2, Tribunal Regional Federal 3, Tribunal Regional Federal 4, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça da Bahia, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e

de julgados concluiu-se que as principais causas que motivaram o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica foram: dissolução irregular, abuso, fraude, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Não se pode ignorar que a desconsideração da personalidade jurídica surgiu como uma construção doutrinária do século passado e, apesar de encontrar-se devidamente positivada em diversos normativos do ordenamento brasileiro, bem como estampada em precedentes das cortes brasileiras, sua aplicabilidade também deve adequar-se à conjuntura social e econômica contemporâneas. Logo, é de extrema importância que a releitura dos pressupostos para aplicação da teoria seja realizada à luz da atual conjuntura, de modo a delimitar o âmbito de sua incidência e mitigar a insegurança jurídica que a aplicação desmedida do instituto seria apta a causar na autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Tal necessidade torna-se ainda mais pungente, quando se nota que grande parte das críticas realizadas à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica decorre da sua utilização como meio de satisfação de crédito, sem a devida apuração da existência dos pressupostos objetivos e subjetivos que autorizariam sua incidência. Tal prática aumenta a insegurança jurídica dos agentes privados e prejudica o adequado funcionamento do mercado.

Antes de se desconsiderar o ente personificado, é necessário identificar quais sócios terão seus bens atingidos por força da aplicação da teoria, pois o fenômeno se passa no terreno da responsabilidade patrimonial, fazendo emergir a responsabilidade dos sócios em negócios praticados em nome da sociedade. Portanto, verificar em que medida cada sócio ou administrador deverá ser responsabilizado não é uma análise trivial.

Na hipótese de se desconsiderar a personalidade ju´ridia, a análise detida da estrutura de poderes da sociedade quando da determinação dos membros responsabilizados, *in concreto* é de extrema relevância. A ausência de uma análise cuidadosa tem refletido na equivocada concepção de ser possível abranger todas as pessoas

---

Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/29Pensando_Direito.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

físicas que compõem o ente personificado, sem se proceder a uma devida discriminação daqueles que, realmente, cometeram a fraude.[53]

Considerados tais efeitos, a desconsideração é um instrumento que deve ser utilizado com grande cautela, sempre obedecendo aos princípios técnicos e legais que o regem, uma vez que traz significativas consequências para aquele sócio ou administrador cujo patrimônio é atingido. O remédio da desconsideração deveria ser utilizado de forma justa, equitativa, quando a questão não pudesse ser resolvida de outra forma.

Não obstante, para além da verificação dos elementos objetivos e subjetivos para que reste caracterizado o desvirtuamento da personalidade jurídica, há princípios processuais que devem ser observados para aplicação da teoria.

1.4. A teoria da desconsideração e o respeito ao devido processo legal

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que exige o atendimento a pressupostos fáticos específicos relacionados com a fraude ou o abuso de direito em prejuízo de terceiros, requisitos estes que necessariamente devem ser comprovados à luz do devido processo legal.

Foge ao escopo do presente trabalho discorrer com amplitude sobre os desdobramentos que permeiam o respeito ao devido processo legal, contudo, é sabido que como resultado de uma conquista do processo democrático que se aperfeiçoa gradativamente, o respeito ao devido processo legal é uma garantia a ser observada em todos os tipos de processo, seja de natureza judicial ou administrativa. Dessa forma, o respeito ao devido processo legal necessariamente implica o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade, à proporcionalidade, à igualdade e à publicidade.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório, portanto, estão diretamente atrelados ao devido processo legal, de forma que, não há processo justo sem que se estabeleça o direito de defesa dos envolvidos. Em breve síntese, a ampla defesa pode ser

---

[53] Nesse sentido, "[P]ode-se apontar um limite de ordem subjetiva à aplicação da teoria da desconsideração: nem todos os membros da pessoa jurídica, em caso de seu mau uso, terão seu patrimônio atingido, visto que apenas aqueles que concorreram para a prática do ato abusivo e fraudulento serão responsabilizados". CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 4-6.

entendida como a forma adequada de garantir a justiça do processo, concebendo, aos envolvidos, meios legais adequados para demonstração de seus argumentos.

Vale ainda lembrar que o respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório impõe uma atuação transparente por parte da autoridade condutora do processo que conceda aos envolvidos o direito à informação para que a partir desta possa exercer seu direito de defesa em sua completude.[54]

Consideradas tais questões aliadas às repercussões que a desconsideração da personalidade jurídica acarreta, é de extrema relevância verificar os desdobramentos processuais da teoria de modo a se certificar que sua aplicabilidade observou os princípios processuais constitucionalmente previstos.

Até a sanção do novo CPC ocorrida no dia 16 de março de 2015[55], não havia nenhuma lei vigente que cuidasse da determinação de um procedimento específico para a desconsideração da personalidade jurídica, ficando "ao elevado alvedrio do magistrado condutor do feito estabelecer regras adequadas, que resguardem os direitos fundamentais da pessoa jurídica e de seus integrantes".[56]

Tal fato foi objeto de severas críticas, dentre as quais o apontamento de que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como meio de ampliar a efetividade da prestação jurisdicional[57], violaria, além do direito de defesa daqueles diretamente afetados pela medida, o direito fundamental à duração razoável do processo, quando sua aplicação ocorresse já na fase de cumprimento de sentença.

Ainda como desdobramento da inexistência de regulamentação processual adequada, havia uma crítica bastante frequente à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que correlaciona a utilização deste instituto ao ativismo político do

---

[54] Nesse sentido, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

[55] BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Seção 1, p. 1.

[56] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 908.

[57] Nesse sentido, conforme pontua Márcio Tadeu Guimarães Nunes: "Logo, não se pode aplicar a *disregard doctrine* para simplesmente forçar o adimplemento de uma obrigação não satisfeita, o que como, já afirmado, equivale ao uso do Judiciário como instrumento ilegítimo de pressão sobre o devedor". NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Quatier Latin do Brasil, 2007. p. 276.

Poder Judiciário. Nesse sentido, considerando que a desconsideração trata-se de modalidade específica de responsabilidade civil especial, há autores que pregam que neste caso deveriam prevalecer os tradicionais princípios da inércia da Jurisdição e do dispositivo.[58]

Ressalta-se a existência do Projeto de Lei nº 3401/2008[59], de autoria do Deputado Bruno Araújo, para a regulamentação do procedimento de declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica, ainda mais detalhado que a redação final do novo CPC. O projeto em questão pretende estabelecer regras processuais claras para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a assegurar o respeito ao prévio exercício do direito ao contraditório em hipóteses de responsabilidade do sócio por débito da pessoa jurídica.

Dessa forma, dentre outras previsões, o Projeto de Lei em questão previa a necessidade de descrição suficiente e específica dos atos e fatos que sustentariam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Caso tais requisitos não fossem cumpridos, seria possível ao juiz afastar liminarmente a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica. Além disso, o Projeto permitia a produção de provas e previa de forma expressa a possibilidade de exercício de defesa. A ampliação das possibilidades de defesa também pode ser verificada pela obrigatoriedade de participação do Ministério Público para que o juiz possa decretar a desconsideração. Como será notado em maiores detalhes a seguir, grande parte das sugestões colocadas no âmbito do Projeto de Lei n.º 3401/2008 foi contemplada no texto do novo CPC.

Interessante também notar que este projeto recebeu contribuições no sentido de exigir a prolação de ordem judicial para que reste autorizada a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por autoridades administrativas. Tal proposta de emenda ao Projeto de Lei foi apresentada sobre a rubrica de respeito ao direito dos administrados à defesa. Contudo, essa sugestão foi afastada pela Comissão de

---

[58] NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Quatier Latin do Brasil, 2007. p. 166.

[59] Dada a similaridade da matéria tratada, este Projeto de Lei tramita em conjunto com o Projeto de Lei nº 4.298 de 2008, de autoria do deputado Homero Pereira, que se propõe a criar normas para desconsideração da personalidade jurídica nos processos de execução civil, trabalhista e fiscal.

Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC)[60] que, em parecer, pontuou não encontrar necessidade de subordinar a desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração Pública à prévia decisão judicial, desde que aquela respeite o direito a defesa dos envolvidos.

A apresentação do Projeto, assim como a inserção do incidente de desconsideração no novo CPC, foi também motivada pela aplicação considerada incorreta da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais brasileiros o que acarreta, como consequência, o desestimulo à atividade empresarial de participação no capital social das empresas brasileiras, por constituir elemento de insegurança do marco regulatório com que se deparam os investidores.

Considerando a necessidade de atualização das normas processuais vigentes e tendo em vista a necessidade iminente de sanar as questões de ordem processual relacionadas à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o novo CPC disciplinou no Título III ("Da Intervenção de Terceiros"), Capítulo IV ("Do incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica"), alguns procedimentos necessários para a decretação da desconsideração, muitos dos quais presentes na redação original do Projeto de Lei n.º 3401/2008.

Conforme é possível depreender da exposição de motivos do Projeto n.º 8.046/2010[61], que deu origem ao novo normativo processual, as balizas que orientaram a revisão das regras de processo civil foram os novos desafios da sociedade contemporânea; na necessidade de se reafirmar os valores constitucionalmente tutelados; e da necessidade de garantir o correto e célere funcionamento do sistema jurisdicional pátrio.

Nesse cenário, a inserção de quatro artigos para a regulamentação dos complexos aspectos processuais relacionados à desconsideração da personalidade jurídica visam, dentre outros objetivos, proteger o direito ao contraditório. Segundo o novo normativo, a decretação da desconsideração prescinde da instauração de um incidente processual, no

[60] O Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio encontra-se disponível no site da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=394313 (Acesso em 30.7.2015).

[61] O Projeto de Lei e todos os documentos pertinentes encontram-se disponíveis no site da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267 (Acesso em 30.7.2015)

qual deverá ser comprovado o preenchimento dos pressupostos legais específicos da desconsideração.

Vale destacar que a preocupação com o estabelecimento de um processo de cognição relacionado à desconsideração e à verificação dos pressupostos para sua decretação já havia sido suscitada por outros autores. Assim, são os comentários de Ada Pellegrini Grinover[62] sobre a questão[63]:

> "[A] desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para a sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuarem a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento. […] Esse processo de conhecimento, que fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação de título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de ação própria no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme título executivo."

Portanto, a definição de um incidente processual para a desconsideração, em atendimento às preocupações já explicitadas sobre a questão, permite que à pessoa física possivelmente atingida por eventual desconsideração, seja aberta a possibilidade de produção de provas e apresentação de suas razões. Somente depois de observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, será analisado o mérito do pedido de desconsideração

---

[62] Vale destacar que tal posição não é uníssona. Alguns autores, como Flávia Lefèvre Guimarães ponderam que "[S]obre a hipótese de insolvência decorrente de culpa, parece a melhor solução a que autoriza a aplicação pura da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem qualquer tipo de preocupação com os limites subjetivos da coisa julgada. […] Defendemos, por conseguinte, o entendimento de que nesses casos não há necessidade de que o responsável solidário ou subsidiário tenha integrado o pólo passivo da ação condenatória para ter seu patrimônio atingido na fase de execução. Aliás, nem é preciso que haja algum tipo de responsabilidade prevista em lei. Basta a constatação da fraude e a prova de que quem se beneficiou foi a sociedade acionista para que se possa alcançar seu patrimônio." GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor:** aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 20.

[63] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ada. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. **Revista Forense**, p. 3-15, v. 371, maio 1997.

cuja decisão terá natureza de decisão interlocutória, logo, sujeita ao recurso de agravo de instrumento.

Em relação aos aspectos processuais, a nova regulamentação prevê que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença, bem como na execução de título executivo extrajudicial. Como é possível notar do texto do normativo, não há previsão expressa para que a desconsideração seja possível em processo cautelar antecedente. Contudo, em algumas situações, se faz necessário a constrição provisória do patrimônio do devedor que se utilizou indevidamente da pessoa jurídica. A despeito da expressa previsão de que a alienação ou oneração de bens em fraude à execução seria ineficaz em relação ao requerente, a impossibilidade de desconsideração em processo cautelar antecedente pode gerar ainda algumas dificuldades relacionadas ao atingimento patrimonial da pessoa física.

Em relação às possíveis críticas, há aqueles que questionam a solução procedimental com a instauração de um incidente ao compará-lo com a necessidade de uma ação processual autônoma. A principal crítica diz respeito à necessidade de iniciar uma nova ação judicial de conhecimento, autônoma à execução, com a citação dos sócios, de terceiros e da pessoa jurídica para a desconsideração da personalidade jurídica e consequente criação de um título executivo. Ainda que a questão do título executivo não tenha sido solucionada pela saída de instauração de um incidente processual, as críticas referentes à necessidade de observância do contraditório e possibilidade de produção de provas encontram-se endereçadas no novo CPC.

Outro inegável ponto negativo decorrente da abertura de um novo processo cognitivo com instrução probatória a partir do incidente de desconsideração, previsto no CPC, é a maior demora no curso do processo de conhecimento, o que, em dada medida, não se harmoniza com os objetivos de celeridade que motivaram a revisão das regras processuais.

É inegável que a regulamentação procedimental ainda é bastante incipiente, de modo que, a prática demonstrará a necessidade de eventual complementação e ajustes. Contudo, não se pode descartar a importância da iniciativa de regulamentar, uniformizar e conferir certo grau de segurança àquelas pessoas físicas e jurídicas sujeitas à desconsideração.

A inexistência, até a sanção do novo CPC, de adequação regulamentação desse instituto ocasionava debates na seara do direito processual civil. Dentre as dificuldades procedimentais identificadas, para as quais o novo normativo processual buscou oferecer uma solução, estava a dúvida acerca da necessidade da propositura de ação autônoma para a incidência do instituto[64], bem como a possibilidade de desconsideração no âmbito de execuções, hipótese incompatível com a fase de instrução processual.

Assim, a despeito das incertezas que permeiam a utilização do incidente de desconsideração, sua regulamentação representa um importante passo na tentativa de observância dos preceitos que compõem o devido processo legal e de uniformizar a aplicação do instituto pelos Tribunais pátrio, de modo a evitar incertezas jurídicas relacionadas à aplicabilidade da desconsideração.

1.5. Efeitos da desconsideração da personalidade jurídica

A principal e mais direta consequência da desconsideração da personalidade jurídica trata-se da extensão dos efeitos das obrigações assumidas pela pessoa jurídica àqueles que, de fato ou de direito, sejam sócios, administradores ou sociedade coligadas. Importante destacar que a limitação da responsabilidade dos sócios de entes coletivos não é um valor absoluto em si, devendo ser ponderado pela necessidade de tutela do crédito e, mais relevante, de coibição de fraudes e abuso de direito cometidos pelos sócios por meio da pessoa jurídica.

Assim, a complexidade da aplicação da desconsideração está em justamente determinar os limites dos seus efeitos à luz das garantias constitucionais que precisam ser protegidas ponderadas também pela necessidade de coibir abusos, fraudes e desvirtuamento da pessoa jurídica.

Cumpre ressaltar que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica incide em um contexto técnico preciso e, em nenhuma medida, caracteriza revogação do princípio da autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, nem mesmo revogação da limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital não integralizado nas sociedades

[64] Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é admitida a aplicação da teoria sempre que estejam presentes os pressupostos para sua incidência independentemente da propositura de ação autônoma (Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 228.357/SP, da 3ª Turma. Recorrente: Bferrostaal do Brasil Comércio e Indústria Ltda. Recorrido: Corumbataí Metais Indústria e Comércio Ltda. - Massa Falida. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2002).

em que legalmente está estabelecida. Ele continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Esse entendimento é compartilhado por Fábio Konder Comparato[65]:

> "[A] 'disregard doctrine' não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas que atrás dela se escondem".

A desconsideração da personalidade jurídica, logo, não implica a invalidação do ato constitutivo da sociedade, nem tampouco na dissolução da sociedade, mas na ineficácia daqueles atos realizados pela sociedade, mas imputáveis aos sócios, em descumprimento à finalidade para a qual a sociedade foi constituída. Como bem ressalta Suzy Elizabeth Cavalcante Koury[66]:

> "É preciso notar que, em determinadas circunstâncias, sócios, administradores e gerentes podem responder por dívidas da sociedade. Essa medida tem caráter excepcional e visa punir aqueles que tenham agido com excesso de poderes ou de maneira contrária à lei ou aos estatutos."

A abrangência e, consequentemente, os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica podem variar a depender de seu alcance: atos e relações jurídicas podem ser imputados diretamente aos sócios (hipótese mais gravosa); os sócios podem compartilhar a posição jurídica da sociedade (hipótese de gravidade média); ou aos sócios pode ser imputada responsabilidade subsidiária pelos atos e relações jurídicas assumidas pela sociedade.[67]

---

[65] COMPARATO, Fabio Konder. **O poder na sociedade anônima**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 74-275.

[66] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 86.

[67] Com base em uma análise jurisprudencial, Marçal Justen Filho classificou os efeitos da teoria da desconsideração de acordo com o grau de intensidade de sua aplicação. Para o autor, existiriam nove espécies de desconsideração da pessoa jurídica, que variam em termos de intensidade e extensão: desconsideração total e genérica; desconsideração total e seriada; desconsideração total e unitária; desconsideração média e genérica; desconsideração média e seriada; desconsideração média e unitária; desconsideração mínima e genérica; desconsideração mínima e seriada; desconsideração mínima e unitária. JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 205.

Alberto Pasqualotto coloca que a gradação da extensão[68] e da intensidade[69] da desconsideração da personalidade jurídica deve ser levada em conta para a correta aplicabilidade do instituto no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, observa-se uma série de imprecisões relacionadas à inexistência de critérios adequados para aplicação da teoria, como por exemplo, responsabilização de conselheiros e diretores de empresas abertas, sem que estes tivessem qualquer conhecimento ou ingerência sobre o motivo do feito considerado "fraudulento".

Vale ainda ilustrar tal cenário com a decisão[70] da 4ª Turma do STJ, que aplicou a teoria de desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar sociedade nacional por defeito em filmadora da marca *Panasonic* adquirida no exterior, somente pelo fato da sociedade em questão deter o direito ao uso da marca, a partir da seguinte premissa:

> "Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos."

Portanto, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pode se resumir a aspecto superficial, sem observar os requisitos para sua incidência, sob pena de violação da segurança jurídica, essencial ao bom convívio social. Logo, os riscos advindos da aplicação imprecisa do instituto podem resultar, no limite, na anulação dos importantes benefícios decorrentes da personificação de entes coletivos.

---

[68] "A limitação dos efeitos da desconsideração apenas à coibição do uso abusivo da pessoa jurídica leva a restringir a extensão do emprego desta técnica. A desconsideração pode ser unitária, quando atinge apenas um ato determinado, como *v.g.*, a distribuição disfarçada de lucros através de negócio entre duas empresas mantidas sob o mesmo controle acionário. O único ato atingido pela desconsideração é a operação fraudulenta contra o fisco. Entretanto, a desconsideração será seriada sempre que houver desdobramento de atos jurídicos, com a tônica de sempre beneficiarem a mesma pessoa. Todos serão considerados ineficazes quanto à pessoa jurídica que lhes serviu de véu. Ou haverá desconsideração genérica, quando o abuso da forma jurídica for constante e tendo beneficiários diversos." JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 206.

[69] "Ocorre desconsideração em grau máximo quando é inteiramente ignorada a existência da pessoa jurídica, imputando-se totalmente o ato ao terceiro, virtualmente sócio. [...] A desconsideração ocorre em grau médio quando atinge tanto o sócio quanto a sociedade, em situações de responsabilidade solidária. [...] Pode haver mínima desconsideração da pessoa jurídica quando há responsabilidade subsidiária do sócio [...]." PASQUALOTTO, Adalberto. **Desvio da pessoa jurídica**. Porto Alegre, p. 205-206, v. 47, nov. 1989.

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 63.981/SP, da 4ª Turma. Recorrente: Plinio Gustavo Prado Garcia. Recorrido: Panasonic do Brasil Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 11 de abril de 2000.

Além da imprevisão em relação à verificação dos requisitos necessários à decretação da desconsideração da personalidade jurídica pelos Tribunais, a inexistência de um método que permitisse aferir com algum grau de previsibilidade os procedimentos necessários para a aplicação da teoria ocasionava significativa insegurança em relação a sua incidência o que poderá ser sanado com a vigência do novo CPC e a regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, o respeito ao devido processo legal e a abertura de uma nova cognição para que a desconsideração seja efetivamente decretada poderá resultar em significativo avanço no sentido de determinar os limites da desconsideração caso a caso. A possibilidade aberta pelo novo normativo de ofertar resposta ao incidente permitirá que a autoridade judicial disponha de elementos para verificar com maior precisão qual a participação da pessoa física no cometimento da fraude ou abuso de direito, bem como a extensão da confusão patrimonial.

A regulamentação processual do incidente de desconsideração no CPC também resultará em impactos relevantes na modulação de seus efeitos. A abertura do contraditório com a possibilidade de oferta de defesa no prazo de 15 dias permitirá um juízo cognitivo mais informado do magistrado acerca dos atos e relações que podem ser imputados aos sócios e a forma de imputação (direta, compartilhada ou subsidiária).

Após a entrada em vigor do novo CPC, prevista para março de 2016, o novo normativo parece apontar caminhos para a solução de questões de caráter processual atualmente objeto de grande insegurança, como produção de prova, recorribilidade da decisão de desconsideração, alienação ou oneração de bens da pessoa física, de modo a incrementar a segurança e previsibilidade da aplicação da desconsideração por meio da criação de um incidente que suspende o processo original até sua decisão final.

A despeito de a desconsideração da personalidade jurídica ser um esforço teórico para solucionar um problema de ordem prática, que já se fazia relevante em fins do século XIX, ainda em 2015 é possível verificar desdobramentos importantes decorrentes da teoria como, por exemplo, a regulamentação do procedimento judicial para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A atualidade do tema decorre justamente da importância dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, bem

como da necessidade de sua adaptação às complexas estruturas societárias desenvolvidas pela sociedade contemporânea.

Os desafios da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sejam de ordem processual ou material, serão ainda objeto de desenvolvimento doutrinário e normativo, sendo que a aplicação do novo CPC revelará possíveis novas dificuldades e críticas para além daquelas já mencionadas neste capítulo.

Um dos desafios ainda a serem enfrentados é a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica para além do direito privado, ou seja, sua compatibilidade com as atividades e funções de direito público. No âmbito material cumpre questionar em que medida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser compatibilizada com as funções e os princípios que regem a atividade administrativa.

Sob a perspectiva processual, é de extrema relevância identificar em que medida as inovações trazidas pelo CPC aproveitam ao processo administrativo e são compatíveis com a LPAF. Assim, o desafio nesta seara é compatibilizar as peculiaridades da processualidade administrativa com um procedimento de desconsideração adequado ao direito administrativo.

Para tanto, é preciso verificar com cuidado quais os limites para que os dispositivos do novo CPC possam ser aplicados à seara administrativa como, por exemplo, (a) a necessidade de comprovação do preenchimento de todos os requisitos para a desconsideração, (b) a intimação da pessoa jurídica ou de seu sócio para manifestação expressa sobre o pedido de desconsideração e possibilidade de produção de provas e contestação das representadas; (c) a ineficácia de atos fraudulentos à execução após o acolhimento do pedido de desconsideração, e a melhor forma de compatibilizá-los com os princípios administrativos constitucionalmente tutelados.

Assim, à luz dos principais desafios que ainda permeiam a desconsideração da personalidade jurídica, dos recentes desdobramentos legislativos e das dúvidas em relação à aplicabilidade da desconsideração, convém analisar com maior detalhe a conformação da utilização da teoria à atividade administrativa público estatal.

CAPÍTULO 2: A CONFORMAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Para o estudo da conformação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo[71], é necessário primeiramente compreender a dimensão do exercício da função administrativa. Historicamente, como decorrência da separação tripartite de poderes, as funções estatais eram divididas em: administração, legislação e jurisdição.

Especificamente em relação à função administrativa, há uma grande dificuldade em definir com precisão seu conceito. Um critério frequentemente utilizado na doutrina[72] para a diferenciação das funções estatais é a finalidade do exercício de cada uma das funções. Assim, a finalidade da função administrativa correlaciona-se com o atendimento concreto ao interesse público, cabendo à função legislativa o atendimento abstrato ao interesse público e à função jurisdicional o atendimento concreto do interesse público, mas por via indireta. Considerando o debate que ainda circunda a definição de interesse público, tal correlação, em realidade, apenas dificulta a compreensão da função administrativa.

Há ainda uma classificação orgânica que identifica a função administrativa com a atividade realizada pelo conjunto de órgãos e agentes da Administração Pública, no âmbito do Poder Executivo. Contudo, dada a complexa divisão contemporânea dos poderes

---

[71] Há uma extensa discussão na doutrina acerca da distinção existente entre procedimento administrativo e processo administrativo. A importância dessa distinção foi ressaltada por Ricardo Marconde Martins nos seguintes termos: "A teoria do procedimento pode, talvez, ser admitida sem reservas no direito estrangeiro ou no direito brasileiro pretérito. No direito pátrio atual há um entrave dogmático insuperável: o art. 24, inciso XI, da Lei Maior. Esse dispositivo determina competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre 'procedimento em matéria processual'. Por uma regra elementar e pacificamente aceita de hermenêutica, na lei, e muito menos na Constituição, não se presumem palavras inúteis. Se processo fosse tão somente procedimento, o dispositivo seria inútil, pois não haveria diferença entre matérias de procedimento e matéria processual. Do dispositivo, a *contrario sensu*, não se extrairia outra conclusão possível a não ser a de que: no Brasil processo e procedimento são institutos diferentes." (MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 327, jan.-mar. 2004). Dada a análise foco do presente estudo, adotaremos o conceito de processo administrativo, aqui entendido como procedimento – sequência de atos interdependentes que objetivam a produção do ato final, da decisão – marcado pelo contraditório. (DEPINÉ, Flávia Della Coletta. Processo Administrativo: Competência Legislativa e o âmbito de validade e aplicação das leis de processo administrativo. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 43).

[72] JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 121.

estatais, tal definição não se mostra completa. Em relação ainda a essa definição, é de extrema pertinência a crítica colocada por Odete Medauar[73], que indica tratar-se de "verdadeira petição de princípio, que nada esclarece sobre a função administrativa".

Alguns autores preferem ainda adotar uma definição por exclusão, delimitando que função administrativa seria aquela que não se enquadra como função jurisdicional ou legislativa. Tal definição, além de cientificamente questionável, em razão da opção por definir por negação, encontra severas críticas[74], especialmente daqueles que entendem que tal definição desvalorizaria a função administrativa frente às demais funções. Além disso, a proposta de uma definição negativa ainda encontra certa dificuldade em delimitar as diferenças e os limites entre a função jurisdicional e a função administrativa.[75]

Nesse contexto, ao tentar estabelecer um limite mais claro entre a função jurisdicional e a função administrativa, Ernst Frosthoff[76] demonstra que o direito é o limite da atuação administrativa e representa o fim da atuação jurisdicional. Assim, uma possível diferenciação entre as funções estatais estaria na forma como a questão do direito é apreciada no exercício da atividade administrativa ou jurisdicional.

No âmbito da função jurisdicional a tarefa é de subsunção da lei ao fato, ou seja, o oferecimento de resposta do Estado a um fato concreto por meio das regras já definidas pelo direito. No âmbito da função administrativa, ainda que seja necessária a aplicação do direito ao caso concreto, o direito é também utilizado como instrumento para a consecução dos objetivos definidos politicamente. Assim, o escopo da função administrativa é mais amplo, contemplando não apenas a aplicação da lei, mas também o atingimento dos resultados esperados com a sua aplicação.

Muito embora fortemente orientada pelo princípio da legalidade, a função administrativa não apresenta como finalidade exclusiva o cumprimento da lei. Assim,

---

[73] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 52

[74] Nesse sentido, os autores Hans J. Wolf, Otto Bachof e Rolf Stober pondera que "A Administração Pública não é algo que sobre, mas precisamente a principal função da vida estadual e demais vida política organizada" WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2006. p. 39.

[75] O CADE é um exemplo de órgão administrativo com funções judicantes.

[76] FROSTHOFF, Ernst. **Traité du Droit Administratif Allemand**, trad. por Michel Fromont, Bruxelas: Bruylant, 1969. p. 38.

muitas vezes os limites da função administrativa são delineados pela própria Administração Pública que propõe diretrizes para algumas matérias.

Contudo, a menor limitação que a lei impõe ao exercício da função administrativa, quando comparada à aderência e restrição imposta pelo direito no exercício da função jurisdicional, não afasta a legalidade como um dos pilares sob os quais se erigiram as atividades administrativas, que seguirá sendo de enorme relevância para balizar a função administrativa.

A segmentação da função estatal em três, conforme acima colocado, contudo, remonta uma teoria clássica de grande utilidade para que a atividade estatal pudesse ser devidamente organizada e os direitos fundamentais observados. Não obstante, a sofisticação e complexidade do mundo atual demandaram que a estrutura organizacional do Estado também se alterasse para responder de maneira adequada às novas e complexas demandas sociais.[77]

Frente ao incremento, em termos quantitativos e de complexidade de tais demandas, bem como à orientação de política pública de criação de um Estado social e econômico no final do século XX, a Administração Pública assumiu para si um número crescente de serviços sociais como, por exemplo, cultura, saúde, regulação do sistema econômico interno, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura, entre outros. Esse superdimensionamento das atividades estatais, para atendimento às demandas sociais crescentes por eficiência, e frente à expansão das atividades estatais gerou a necessidade de uma renovação gerencial da Administração Pública.

Como resultado, nota-se a partir de meados da década de 90, uma reforma da Administração Pública na busca por uma eficiência maior que culminasse com o fortalecimento da Administração Pública Direta e sua descentralização seja por meio de criação de agências autônomas, ou do fenômeno da contratualização como, por exemplo,

[77] Vale, nesse contexto, pontuar as lições de Floriano Azevedo: "[P]odemos verificar que vários pilares do juspublicismo estão hoje postos à prova. Dentre tantos fatores que levam a esta constatação, o principal deles parece ser justamente a relação qu o Estado hoje é obrigado a travar com os diversos setores econômicos e sociais. Confrontado com atores privados cada vez mais fortes economicamente e com grupos cada vez mais articulados socialmente, o Estado perde, crescentemente, o seu caráter de precedência e de supremacia nas relações sociais." MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. **Direito Adminsitrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79.

por meio da atribuição de competências a organizações sociais controladas por contratos de gestão.[78] Assim, leciona Gustavo Henrique Justino[79] sobre o fenômeno de modernização e reforma pela qual passou a administração pública:

> "Vê-se, assim, que a dinâmica da reforma do Estado constitui-se em um fenômeno transformador de grandes proporções e amplitude, receptor do influxo de demandas, pleitos, reivindicações e proposições de toda ordem, com predomínio daqueles de natureza político-ideológica, o que por si só o torna extremamente intrigante e desafiador."

As novas demandas sociais vieram acompanhadas também de demandas pela prestação de serviços eficientes. Para o atendimento à demanda social por eficiência, a Administração Pública também precisou promover uma reforma e modernização das suas estruturas, de modo que os agentes privados passaram a auxiliá-la no desenvolvimento de suas atividades e, nesse sentido, gradativamente, a clássica separação entre público/privado perdeu força. Dessa forma, é necessário fazer uma releitura do exercício da função administrativa à luz de sua nova face gerencial, que não permite mais uma posição estanque entre as competências estatais e as competências privadas.

Ainda, no âmbito da própria Administração Pública Direta, o que se observa é que as funções estatais exercem um papel hibrido de modo que se torna impossível também a adoção de uma definição estanque com a separação total dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Cada Poder desempenha principalmente uma função, contudo, desempenha também de forma acessória outras funções, até mesmo como forma de garantir uma relação harmônica entre os poderes.

Adotando uma proposição mais contemporânea de tal subdivisão em funções, Bruce Ackerman[80] esclarece que a separação tripartite de poder tem por orientação promover a democracia, a competência profissional e a ampliação dos direitos fundamentais. A ideia de profissionalismo propagada por Ackerman aponta para uma

---

[78] Nesse sentido: BRESSER PEREIRA, L.C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, p. 7-41, n.º 1, jan.-abr. 1996.

[79] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, n.º 8, jan. 2007.

[80] ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, p. 687, n.º 3, v. 113, jan. 2000.

supervalorização das instituições e na relativização da rigidez das funções estatais em administrativa, jurisdicional e legislativa.

Consideradas tais ponderações, parece evidente que há uma dificuldade em delinear um conceito de função administrativa estanque, uma vez que as atividades englobadas em tal conceito não dispõem de unicidade que permita uma classificação em termos jurídicos e técnicos. Cenário este que se agrava com a crescente sofisticação da estrutura da Administração Pública por meio da criação de agências reguladoras, da concessão de serviços públicos e das novas formas de contratualização da atividade administrativa atualmente vigente e em desenvolvimento.

Nesse contexto, convém colocar a proposta apresentada por Odete Medauar[81] para a definição de função administrativa:

> "Pode-se tentar uma síntese, para identificar a função administrativa como a atividade estatal que: coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade do governo; organiza a realização das finalidades públicas postas pelas instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidade para a população.
> Aspecto de relevo a salientar diz respeito à atividade multiforme da função administrativa, expressando-se portanto, em amplo e complexo leque de atuações. Falta à função administrativa a unicidade (ou uniformidade), predominante na função jurisdicional e na função administrativa."

O jurista Egon Bockmann[82], por sua vez, propõe um conceito de função administrativa composto por sete elementos: "(a) *agente público*, investido no (b) *dever* de satisfazer uma (c) *finalidade* no (d) *interesse público*, tal como (e) *fixado em lei*, necessitando para isso dos (f) *poderes* indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre (g) no *interesse alheio* ao sujeito que maneja o poder".

A importância da definição de função administrativa reside justamente no reflexo concreto deste conceito em todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública. A compreensão do processo administrativo deve ser realizada à luz do exercício de função

---

[81] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 54.

[82] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p.32.

administrativa e de todas as prerrogativas e princípios que limitam e orientam a atuação da Administração Pública.

Correlacionar o processo administrativo à função administrativa imprime dinamicidade ao conceito, garantindo que sua análise seja feita sempre a partir das finalidades perseguidas pela Administração Pública e dos limites a ela impostos. Especificamente em relação ao processo administrativo, este possui o objetivo de garantir o exercício democrático da função administrativa da forma mais ajustada possível ao atendimento ao interesse público.

Se em um primeiro momento o processo administrativo era entendido como instrumento de validade dos atos administrativos, e uma forma de garantia de direitos individuais dos participantes de uma relação processual, à medida que as funções do Estado foram se alterando e adquirindo maior complexidade, os objetivos do processo administrativo também foram se ampliando.

A conceituação clássica de processo administrativo, encarado sob as ópticas do (a) rito e sequência de atos estritamente formais para garantia de validade de um ato administrativo; ou do (b) instrumento de garantia e satisfação de direitos individuais, foram contemporaneamente complementados uma vez que a processualidade administrativa, enquanto parte da função da Administração Pública, assume também contornos sociais e políticos que não mais podem ser deixados de lado. Vale também destacar que as diversas finalidades do processo administrativo não são excludentes, mas cumulativas.

Compreendido nessa lógica amplificada, o processo administrativo deve ser entendido como um ramo do direito administrativo próprio. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello[83] pondera:

> "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito."

Logo, é inegável que o processo administrativo deve ser considerado como uma disciplina jurídica autônoma, dado que a ele está associado um conjunto coerente de

[83] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

normas e princípios próprios. A edição da LPAF, apesar de não contemplar de maneira completa a regulamentação dos mais diversos tipos de processos administrativos atualmente existentes, apenas vem corroborar a autonomia dessa disciplina jurídica e reafirmar a repercussão dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo no processo administrativo.

2.1. A processualidade administrativa e seus princípios norteadores

O processo administrativo, concebido como instrumento de exercício da função administrativa, é o meio de que dispõe o Estado para a tomada de decisões democráticas e legítimas. Nesse sentido, o processo administrativo possui dupla finalidade: (a) a proteção do administrado, que dispõe de meios para influir na formação do ato final da Administração; e (b) a orientação para que os fins da administração sejam atingidos.

Para que tais finalidades sejam atingidas, como ocorre com o exercício de outras funções administrativas, a atuação da Administração pública na condução de processos e procedimentos deve ser realizada à luz dos preceitos constitucionais. Nesse contexto, não basta orientar-se apenas pelos preceitos constitucionais diretamente dirigidos à Administração Pública, mas faz-se necessária uma leitura completa da Constituição para que sua atuação seja compatível com o ordenamento como um todo.

De maneira diversa às Constituições anteriores, a Constituição de 1988 trouxe referências expressas e diretas ao processo administrativo.[84] O inciso LV do artigo 5º da Constituição traz uma menção expressa à necessidade de observância ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo[85], enquanto o inciso LXXVIII[86] dispõe sobre o direito à duração razoável do processo. Há outras garantias previstas no artigo 5º que são aplicáveis a todos os tipos de processo, incluindo aqueles de natureza

[84] Nas Constituições anteriores havia apenas menção expressa a processo administrativo disciplinar: (a) na Constituição de 1934, no artigo 169; (b) na Constituição de 1937, no artigo 156, 'c'; (c) na Constituição de 1946, no artigo 189, inciso II; e (d) na Constituição de 1967, no artigo 103, inciso II. Neste período, segundo apontamentos de Jessé Torres Pereira Júnior, o processo administrativo era instrumento protetivo dos funcionários públicos a garantia que reduz o arbítrio da autoridade. PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. **O direito à defesa na Constituição de 1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 45.

[85] "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente;" BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[86] "LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;" BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

administrativa, como, por exemplo, o direito ao devido processo legal (inciso LIV) e a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos (inciso LVI).

A previsão expressa do processo administrativo na Constituição reforça a processualização da função administrativa, que deve ser encarada como um dos reflexos do princípio democrático ao submeter o exercício do poder da Administração Pública à participação do administrado, ou seja, ao discurso dialético. Ainda como consequência de tal inserção, tem-se que o processo administrativo passa a se diferenciar do processo judicial, eliminando assim possível equivalência que poderia ser feita entre jurisdição e administração.[87]

Dessa maneira, os preceitos constitucionais aplicáveis ao processo administrativo, bem como os princípios que orientam o exercício da função administrativa, circunscrevem a discricionariedade de seu poder, imprimindo certo grau de certeza e garantia nas relações entre Administração e administrados, além de constituir forma de controle e legitimação das decisões da Administração Pública.

A LPAF que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal pode, então, servir como um norte dos princípios centrais que informam o processo administrativo brasileiro. Assim, nos termos do artigo 2º da LPAF, a Administração Pública deverá observar os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.[88]

---

[87] Para além da menção constitucional, há claras diferenças que ainda impediriam tal relação direta, como bem pontua José dos Santos Carvalho Filho: "No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário." CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Edição. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 891- 892.

[88] Vale destacar que os princípios que se aplicam ao processo administrativo não se limitam àqueles previstos na LPAF, mas podem incidir também outras matérias relacionadas: "Em resumo, incidem sobre o processo administrativo tanto princípios que lhe são exclusivos quanto princípios também aplicáveis a outros institutos ou situações jurídicas, de maneira que, para um tratamento abrangente do tema, é forçoso cuidar tanto de uns quanto de outros, indistintamente, sendo bastante difícil, ou até mesmo impossível, identificar quais princípios seriam aplicáveis exclusivamente em matéria de processo administrativo, dado que não é nítida a fronteira desta específica modalidade processual como campo mais vasto da teoria geral do processo." DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo.** 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50.

Os princípios administrativos constitucionais, acrescidos daqueles constantes da LPAF e dos demais preceitos que limitam o exercício da discricionariedade administrativa no âmbito processual, devem ser analisados em conjunto de modo a verificar sua conformação à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Como é possível notar, parece não existir *prima facie* uma incompatibilidade aparente entre o instituto da desconsideração e os princípios que regem o exercício da função administrativa, uma vez que impedir e coibir o cometimento de fraudes está em consonância com as finalidades da atuação da Administração Pública.

Não obstante, há pontos sensíveis relacionados à incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e os princípios do contraditório e da ampla defesa, da legalidade (juridicidade) e da moralidade, *vis-à-vis* o princípio da segurança jurídica, que merecem ser analisados em maiores detalhes.

2.1.1. O papel do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo

O princípio do contraditório possui raízes no processo jurisdicional e, segundo Cândido Rangel Dinamarco[89], significa "informação necessária" e "reação possível". A noção de contraditório quando relacionada à ideia de processo administrativo faz emergir o claro contato entre este princípio com a afirmação dos princípios democráticos que orientam o Estado brasileiro.

A processualização da atividade administrativa, por si só, já remonta à impressão de faceta dialética no exercício da função administrativa permitindo uma maior integração do particular. Logo, o processo administrativo é um importante instrumento para o exercício da cidadania, uma vez que concede às pessoas de direito privado a oportunidade de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade administrativa.

A relação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa é colocada de maneira objetiva por Ada Pellegrini Grinover[90], que enfatiza a próxima conexão entre os

---

[89] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 4.

[90] "Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto par ao exercício de defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. (...) Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a

dois princípios indicando que a ampla defesa pressupõe a existência do contraditório. Dada a íntima relação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, a relação entre tais princípios e a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica será abordada de uma forma conjunta.

Os princípios em análise são de extrema importância no âmbito do processo administrativo. O primeiro importante desdobramento consiste no direito, tanto dos particulares quanto da própria Administração Pública, na obtenção de conhecimento sobre os fatos, dados e documentos relativos ao objeto do processo trazidos aos autos. Como exemplos de tal desdobramento, é possível mencionar o direito do sujeito interessado em ser notificado quando da instauração do processo. Do texto dessa notificação, deverá constar uma quantidade suficiente de informações que permitam o pleno exercício do contraditório, como: fatos e base legal, medidas e prazos para apresentação de resposta, produção de prova e acesso aos autos. Portanto, é vedado que o juízo de convencimento da Administração Pública tenha sido formado a partir de elementos de informação aos quais ao sujeito interessado não foi oportunizada a possibilidade de contraditar.

O segundo importante desdobramento consiste na possibilidade de manifestação sobre os fatos, dados e documentos constantes nos autos. Esse desdobramento que se relaciona com a ampla defesa, mas não se limitando a esse tipo de manifestação, é de extrema importância para que o particular que, direta, indireta ou potencialmente, será atingido pela decisão administrativa possa influir no convencimento do julgador.

Em relação a este segundo desdobramento, especificamente no caso da ampla defesa como forma de manifestação, há ainda algumas garantias que precisam ser verificadas para que a possibilidade de reagir tenha sido exercida em sua plenitude. A primeira garantia relaciona-se ao aspecto temporal do direito de reagir: a defesa deve ter caráter prévio à decisão administrativa final. Assim, para que o direito de reação possa repercutir no convencimento da Administração Pública, faz-se necessário que suas razões tenham sido apresentadas antes da tomada de decisão.

---

defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 6.

Outra importante garantia em face da Administração Pública trata-se do direito de recurso. A possibilidade de reexame administrativo constitui uma garantia importante para o exercício da ampla defesa especialmente em situações nas quais os argumentos trazidos pelos interessados não foram enfrentados em sua completude. Assim, ainda que inexista expressa previsão para tanto, recursos administrativos serão admitidos com fundamento no direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, "a", da Constituição Federal.

Por fim, o terceiro desdobramento consiste no dever de a Administração Pública motivar suas decisões levando em consideração todos os argumentos e elementos de provas trazidos pelos sujeitos aos autos. A motivação não tem sua finalidade limitada à verificação do modo como a Administração Pública oportunizou a apresentação dos argumentos e dos elementos de prova no curso do processo, mas como tais elementos foram valorados. Tal ponderação constitui um elemento essencial para o exercício de *accountability*.[91]

A motivação reafirma aspectos importantes como transparência e a conformação da decisão administrativa às normas jurídicas pertinentes, viabilizando assim o controle judicial e até mesmo político da decisão em questão pelas partes.

Em relação especificamente à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, assim como ocorre no âmbito privado, é evidente que sua incidência não pode vulnerar em nenhuma medida as garantias ao contraditório e à ampla defesa. Assim, o sujeito da relação processual não pode ser surpreendido com a desconsideração da personalidade jurídica, sem que lhe tenha sido oportunizado a possibilidade de apresentar os fatos e elementos de prova aptos a demonstrar que a medida aplicada estaria conforme ou desconforme o direito.

---

[91] O conceito de *Accountability* pode ser entendido como o dever de uma pessoa física ou jurídica detentora de certa competência prestar informações e justificativas sobre suas ações e resultados, com a possibilidade de ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente pelo desempenho de suas funções. Nesse sentido, Nuria Cunill Grau pondera: "[S]e assume que a accountability refira-se à satisfação das legítimas expectativas acerca do uso da discricionariedade administrativa, ou seja, à legitimação do decidir (Stone, 1995: 509), as demandas por accountability não obrigam apenas a considerar o que as pessoas que formam a administração pública 'fazem', mas, também, 'como' pensam, de tal modo que o que quer que 'decidam fazer' leve em consideração as consequências para a sociedade. A accountability da administração destaca, pois, expressamente, a necessidade de deliberar para tomar as decisões (March/Olsen, 1995: 143). E, inclusive, induz a estratégias de decisão e a juízos cognitivamente mais complexos, entre os quais são chave, entre outros, o processamento de informação multidimensional, a antecipação dos contra-argumentos dos críticos potenciais, o processamento sistemático de argumentos persuasivos, o destaque para a evidência como base das impressões etc." CUNILL GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Brasília: ENAP, 1998. p. 273.

Conforme descrito no capítulo anterior, a solução proposta no novo normativo de Processo Civil buscou privilegiar o princípio do contraditório à medida que estão preenchidos os requisitos de informação, por meio da citação do sujeito atingido pela medida e também da oportunidade de manifestação (artigo 135).

Espera-se que tais soluções repercutam também no processo administrativo, ainda que não exista regulamentação processual adequada que determine com clareza os procedimentos necessários para a utilização desse instrumento pela Administração Pública.

2.1.2. A processualidade administrativa à luz do princípio da juridicidade

O princípio da legalidade é uma das principais conquistas democráticas do Estado de Direito. Conforme definição colocada por Egon Bockmann[92], é esse princípio que informa e orienta a Administração Pública no desenvolvimento de suas atividades:

> "O princípio da legalidade significa que a Administração está orientada a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo. A norma legal outorga competência específica ao agente público e define os parâmetros de sua conduta. Todo o complexo de competências administrativas do Estado deve vir preestabelecido em lei – sendo que os diplomas legais devem ser lidos à luz da Constituição da República e dirigidos à sua efetiva aplicação."

Contudo, a definição de legalidade como a sujeição obrigatória da Administração Pública ao que está expresso na legislação não traduz com todas as cores a singularidade e os desafios que atualmente este princípio enfrenta. Inicialmente, a noção de discricionariedade administrativa limitava negativamente a atuação da Administração, ou seja, a lei representava "um limite externo a uma básica liberdade de determinação"[93]. Ainda em seu momento inicial, a discricionariedade administrativa podia ser entendida como uma superação parcial à teoria normativista de Hans Kelsen que não admitia a existência de qualquer forma de poder jurídico que não fosse fruto de uma norma jurídica que o precedesse.

---

[92] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 80.

[93] ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 370-374.

Posteriormente, o administrativista Adolfo Merkel[94] formulou a ideia de vinculação positiva da Administração à lei e ao direito. Em outros termos, a ação administrativa deveria estar contida nos limites das normas jurídicas, mencionando, em relação à gestão pública, que além da realização do princípio da legalidade decorrente da aplicação da lei em seu sentido formal, existe princípio da juridicidade, ou seja, o dever de conformidade da ação administrativa, por referência ou derivação, a um preceito do ordenamento jurídico.

Assim, o principal desafio do administrador público está em ponderar a obrigatoriedade de obediência ao princípio da legalidade estrita, sem que isso implique na abstração do sistema jurídico como um todo, ou seja, sem a realização de uma interpretação literal e restritiva do texto legal que implique em uma incoerência no desempenho de sua finalidade. O desafio, portanto, está justamente em encontrar o limite entre a aplicação da lei segundo a finalidade e o interesse público, sem que isso implique em distorção tal que possa ser caracterizada como violação do princípio da legalidade.

No âmbito do processo administrativo, o princípio da legalidade reflete uma atuação mais regulamentada da Administração Pública em contraposição a uma atuação mais livre e suscetível a arbitrariedades. A regulamentação de procedimentos e o conhecimento pelo administrado de mecanismos pelos quais a decisão que o afeta em sua esfera de direitos, concreta ou potencialmente, é tomada, garante a plenitude de sua participação no processo. Para a Administração Pública, por sua vez, o conhecimento dos mecanismos decisionais e um nível satisfatório de informação acerca dos fatos orientam sua atuação para mais próximo de sua verdadeira finalidade.

O princípio da legalidade ganha novos contornos e a atuação da Administração Pública não se vê apenas limitada pela lei, mas por todos os princípios do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Juarez Freitas[95] pontua:

> "Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou

[94] MERKL, Adolfo. **Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980. p. 223-212-213.

[95] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

> ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios em geral."

Com inspiração nas ideias desenvolvidas por Adolfo Merkel, vem se admitindo atualmente no direito brasileiro a adoção do princípio da juridicidade juntamente com o princípio da legalidade. Em breve síntese, o princípio da juridicidade prega a obediência não apenas à lei e outras normas inferiores positivadas (como, por exemplo, portarias, resoluções, regulamentos), mas também ao ordenamento jurídico como um todo.[96]

A leitura do artigo 37 da Constituição Federal que impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigatoriedade de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pode ser entendida como uma introdução ao princípio da juridicidade. A constitucionalização de princípios administrativos, logo, estabelece balizas à materialização do princípio da legalidade, e estabelece parâmetros que necessariamente deverão ser observados seja na elaboração do conteúdo normativo, seja na aplicação pelo gestor ou até mesmo no controle interno e externo da Administração Pública.

O exercício da função administrativa, mesmo nas hipóteses de discricionariedade, estará sempre vinculado a um conjunto de normas e princípios que informam o regime jurídico-administrativo. Portanto, o conceito de juridicidade vincula a legitimidade do exercício da função administrativa:

> "De sorte que, toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios

[96] Nesse sentido são elucidativas as lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha: "Em sua primeira afirmação de conteúdo, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal na qual ele tivesse a sua fonte. Daí por que Hauriou baseou-se no princípio 'da legalidade' para elaborar a sua teoria sobre o regime administrativo, no qual não era a lei que se submetia à Administração Pública, antes era esta que à lei se sujeitava. A lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite. Sendo a lei, entretanto, não a única, mas principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como "princípio da juridicidade". ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

> constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de idéias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, deslegitimam"[97]

A crescente complexidade da atividade administrativa na satisfação das necessidades coletivas, agravada ainda pela exigência de observância de critérios de otimização, eficiência ou boa administração, acarreta a necessidade de conformação ao ordenamento jurídico como um todo no exercício da função administrativa. Nesse sentido, são pertinentes as colocações de Evelise Pedroso Teixeira Prado[98]:

> "Com o aumento das funções do Estado, em razão da maior complexidade da sociedade e do reconhecimento de novas necessidades, decorrentes de valores cujo atendimento é impostergável para a concretização da cidadania, assiste-se a uma tendência de ingerência cada vez maior na vida dos indivíduos.
>
> O Estado foi chamado a resguardar bens e situações indispensáveis para o desenvolvimento econômico e social. Setores nos quais não havia, até pouco tempo, atuação do Estado, passou a demandar sua atuação efetiva, tais como defesa do consumidor, a proteção da pessoa idosa, da pessoa com deficiência, etc."

Somado a isso, a expansão da processualização da atividade administrativa nos mais diversos segmentos da Administração Pública vem como resposta à crescente demanda de otimização de processos. A processualização da atividade administrativa obedece a princípios próprios com clara finalidade teleológica de garantir que o exercício da função administrativa será o mais eficiente possível, ainda que tais posturas não estejam integralmente alinhadas com uma concepção negativa de legalidade.

É importante contextualizar o princípio do processo administrativo de oficialidade que, em breve síntese, consiste na atribuição à Administração Pública da obrigatoriedade de adotar todas as medidas necessárias para o trâmite contínuo e célere à decisão final. Obviamente, esse princípio em nenhuma medida deve implicar a redução indevida da garantia dos administrados ao direito de defesa e ao exercício do contraditório, mas aponta para a responsabilidade da Administração Pública em garantir o andamento regular e

---

[97] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 8.

[98] FREITAS, Lúcia de Faria. Competência, Juiz Natural, Impedimentos e Suspeições. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 96-94.

contínuo do processo, ainda que os administrados que possam ser afetados, direta ou potencialmente, pela decisão final optem por não participar.

Como desdobramentos importantes do princípio da oficialidade, tem-se que (a) a atuação da Administração no âmbito do processo administrativo não está limitada aos aspectos suscitados pelos administrados envolvidos; (b) a obtenção de provas e esclarecimentos poderá ser realizada de ofício pela Administração Pública; *(c)* a inércia dos envolvidos não acarretará a paralisação do processo; e (d) a Administração Pública será responsável pelo regular andamento do processo.[99]

Ainda como desdobramento da oficialidade tem-se o princípio da verdade material, que resulta no dever da Administração Pública de tomar decisões informadas, sendo de providência obrigatória a adoção de todos os expedientes necessários para a obtenção de todos os dados, informações e documentos a respeito do assunto a ser decidido, não estando, portanto, limitada àquilo oferecido pelos envolvidos no processo.[100]

Outro indício da busca por eficiência no âmbito do processo administrativo, em contraposição a uma demonstração estrita de legalidade administrativa está no princípio do formalismo moderado, que configura uma característica marcante dos processos administrativos. Também conhecido por princípio do informalismo, tal princípio pugna pela previsão de ritos e formas procedimentais simplificadas, mas suficientes a garantir um grau adequado de segurança jurídica e respeito aos direitos dos administrados.

---

[99] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15ª Edição, 1990, p. 580.

[100] O Superior Tribunal de Justiça já adotou o princípio da verdade material como fundamento para a admissibilidade da utilização de provas emprestadas nos processos administrativos: "É que '[...] no processo administrativo, que se orienta sobretudo no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso de prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado para questioná-la, pois, em princípio, a parte tem o direito de acompanhar a produção da prova.' (Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, in Processo Administrativo — 2ª edição — Editora Malheiros — página 172) Sob esse enfoque assentou o Tribunal *a quo*: "[...] Conquanto o sigilo externo, no procedimento para a decretação da perda do cargo de magistrado (art. 27, LC n. 35/79), seja resguardado — em atenção não somente à intimidade do agente político, mas também à credibilidade da Instituição (art. 40, LC n. 35/79) — releva considerar que tal aspecto não inviabiliza a utilização dos elementos cognitivos no mesmo produzidos, a título de prova emprestada, em processos administrativo-disciplinares outros, referentes ao exercício de quaisquer outras funções públicas, a exemplo do *munus* público da advocacia, a teor do art. 133 do Texto Básico, o que não impede a OAB, portanto, de se utilizar destas provas na aferição da idoneidade moral daquele que postula inscrição em seus quadros, desde que, por óbvio, colhida em observância ao contraditório. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 328.138/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, de 17.10.2003)" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 930.596/ES. Recorrente: Joseph Haddad Sobrinho. Recorrido: OAB/ES. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009.

Portanto, o princípio do formalismomoderado[101] busca evitar que as formas sejam utilizadas como um fim em si mesmo, ou seja, desvinculadas de sua real finalidade. A busca por uma atuação mais eficiente exige que as formas existam vinculadas à finalidade do processo, e não como um fim em si mesmo. Odete Medauar[102] traduz de forma precisa o princípio do formalismo moderado:

> "Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito ao direito dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidade do processo."

Ainda que o formalismo moderado seja um princípio norteador do processo administrativo, é evidente que garantias como aquelas relacionadas ao direito de defesa do administrado (contraditório e ampla defesa), prazo para apresentação de informações e acesso aos autos são exigências que não podem ser suprimidas com fundamento no princípio do formalismo moderado, sob pena de eivar todo o processo de nulidades capazes de desvirtuar a finalidade de atuação da Administração.

Portanto, o princípio do formalismo moderado não elimina a obediência ao princípio da legalidade, nem tampouco é um instrumento para diminuir a amplitude do direito de terceiros. Ou seja, este princípio busca encontrar no âmbito do processo administrativo o justo equilíbrio entre o formalismo necessário para assegurar as competências, a segurança jurídica e as garantias constitucionais de terceiros, e o informalismo admitido como essencial para garantir a fluidez e eficiência na condução do processo.

---

[101] Ainda em relação ao princípio do formalismo moderado, este não é apto a afastar fases consideradas essenciais ao processo administrativo, como bem pontua Marily Diniz do Amaral: "O princípio do formalismo moderado afasta a exigência de um procedimento rígido, entretanto, três fases revelam-se essenciais: a – fase de instauração, também chamada de fase propulsora ou deflagatória; b – fase instrutória; c – fase decisória, também chamada de fase dispositiva." CHAVES, Marily Diniz do Amaral. Processo Administrativo: Conceito, Princípios Gerais, Fases e Modalidades. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 31.

[102] MEDAUAR, Odete. Bases do Processo Administrativo. **Processo Administrativos Aspectos Atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 22.

Como demonstração do declínio da noção clássica de legalidade como limitação negativa da Administração Pública, é possível mencionar a teoria dos poderes implícitos. Segundo Paulo Otero[103]:

> "Os poderes implícitos, enquanto expressão de um fenômeno que resulta do extrair de competências de normas que se limitam a estipular fins das entidades públicas ou competências expressas dos seus órgãos, segundo uma regra fundada na ideia de inerência ou de necessidade, permitem observar que nem toda a competência administrativa resulta atribuída de forma expressa da lei, antes de normas explícitas se podem retirar, por via interpretativa baseada num critério teleológico ou sistemático, novas regras habilitantes do agir de órgãos da Administração Pública."

A teoria dos poderes implícitos representa um instrumento relevante, por meio do qual a Administração Pública, ao interpretar as normas definidoras de suas competências, deduzem alguns poderes que lhe permite realizar as finalidades definidas em lei.

O STF tem utilizado a teoria dos poderes implícitos como método de hermenêutica constitucional. No âmbito do Mandado de Segurança n.º 32.494, impetrado com o objetivo de questionar decisão do TCU que estendeu os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica a outra entidade, por considerar sua constituição eivada de fraude e abuso de direito, a teoria dos poderes implícitos foi utilizada para legitimar a atuação do TCU.

A Impetrante alegou que o TCU não teria competência constitucional ou legal para estender ou ampliar a abrangência de sanções administrativas aplicadas por outros entes públicos; e que não foram verificados os pressupostos elementares para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A decisão do Ministro Celso de Mello traz uma análise da competência da Administração Pública para aplicação e extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica à luz da teoria dos poderes implícitos[104]:

---

[103] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15.

[104] A teoria dos poderes implícitos teve como precedente o caso *McCulloch v. Maryland*, em 1819, no qual o então presidente da Suprema Corte Americana, John Marshall, reconheceu que a Constituição Norte-Americana ao estabelecer alguns poderes explícitos e objetivos a serem alcançados, também conferia poderes implícitos à sua consecução. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a teoria dos poderes implícitos como método de hermenêutica constitucional (vide Habeas Corpus n.º 91.661/ES. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91661/PE. Impetrante: José Augusto Branco. Pacientes: Andredick Fontes Moura e Outros. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de março de 2009).

> "A Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES ('Teoria e Prática do Poder Judiciário', p. 641/650, 1943, Forense) –, deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República."

A partir da aplicação da referida teoria e do princípio da moralidade administrativa, que autorizaria a Administração Pública a adotar posições com o intuito de inibir o emprego da fraude e neutralizar a prática de abuso de direito, o Ministro reconheceu a competência do TCU para aplicar as medidas necessárias ao cumprimento de suas funções e, naquele caso, a competência do TCU para a utilização do expediente de desconsideração da personalidade jurídica. Somado a isso, o Ministro também apontou a desnecessidade de legislação específica para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em nosso sistema normativo.[105]

A Procuradoria Geral da República, instada a se manifestar nos autos do referido Mandado de Segurança, também compartilhou do entendimento do Ministro Celso de Mello, no sentido de que o ordenamento jurídico não veda que outras autoridades, além das judiciárias, no desempenho de suas funções, possam aplicar a desconsideração da personalidade jurídica com o escopo de restabelecer a força e o sentido da lei e corrigir afrontas à moralidade administrativa. O Parecer reconheceu também a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pelo TCU, independentemente de previsão legal expressa, contudo, ressalvou que a desconsideração deve ser aplicada apenas com a finalidade de fixação da abrangência subjetiva da penalidade administrativa em causa, não gerando efeitos sobre a existência e a organização das empresas em outros âmbitos, estranhos ao campo de fiscalização do TCU.

A despeito de o STF, assim como o entendimento refletido no Parecer da Procuradoria Geral da República, ter reconhecido a possibilidade do TCU aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Ministro Celso de Mello, em razão da existência de discussão doutrinária sobre reserva de jurisdição, e da inexistência de um

[105] Nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2/60.

posicionamento do STF sobre a possibilidade de aplicação da teoria no âmbito de processos administrativos, liminarmente suspendeu a decisão do TCU que aplicou a teoria.

O STF ainda se manifestará em caráter definitivo sobre a competência da Administração Pública em aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo certo que, os próximos desdobramentos do referido Mandado de Segurança serão de extrema importância para determinar os rumos da aplicabilidade da teoria no âmbito administrativo.

Como é possível notar, a teoria dos poderes implícitos, cuja adoção ganha contornos cada vez mais evidentes repercutindo até mesmo no posicionamento do Poder Judiciário sobre as competências administrativas, é mais uma demonstração da releitura do princípio da legalidade. Por meio da teoria dos poderes implícitos, é possível ultrapassar uma concepção fechada e imóvel das regras de competência administrativa, permitindo que órgãos da Administração Pública interpretem a competência legalmente prevista de modo a alcançar com maior eficiência suas finalidades, ainda que tal interpretação esteja sujeita a controle judicial.

Especificamente no caso da desconsideração da personalidade jurídica, parece evidente que sua aplicação estaria de acordo com o princípio da juridicidade quando utilizada para coibir fraudes e abusos perpetrados por meio da personalidade jurídica, ainda que inexista previsão legal para sua incidência. Seria incompatível com os princípios que regem a atividade administrativa identificar que a figura da pessoa jurídica está sendo usada para o cometimento de ilícitos e, em razão da inexistência de norma legal expressa, a Administração Pública ser obrigada a absorver o prejuízo advindo da prática e, mais que isso, permitir que a fraude continue a ser perpetrada.

Contudo, não se pode descartar que a amplificação desmedida da utilização da teoria dos poderes implícitos com vistas a justificar expansão das próprias competências pela Administração Pública, além de, no limite, configurar em verdadeira substituição ao papel do Poder Legislativo, pode resultar em significativas inseguranças relacionadas aos limites da competência da Administração Pública.

Neste difícil equilíbrio torna-se importante também tecer algumas considerações sobre como o princípio da moralidade se insere no âmbito do processo administrativo e seu importante papel na baliza das decisões administrativas.

2.1.3. A processualidade administrativa à luz do princípio da moralidade e ponderação acerca da necessidade de segurança jurídica dos Administrados

O conceito de moralidade foi inserido na qualidade de princípio pela primeira vez na Constituição de 1988. A dificuldade em definir o exato conteúdo do princípio da moralidade conduziu alguns autores, como Marçal Justen Filho[106], a concluir que se trata de um "princípio jurídico 'em branco', o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no direito legislado".

O jurista Maurice Hauriou deu início ao estudo da moralidade administrativa e sua pesquisa ganhou contornos mais sólidos no ápice do desenvolvimento do positivismo jurídico. O princípio da moralidade é entendido pelo autor como limitação à atuação autoritária do Estado. Segundo o autor, os poderes concedidos à Administração Pública possuem objetivo certo, qual seja, a realização do interesse público e da boa administração. Caso o administrador tenha tomado sua decisão com finalidade outra que não o atendimento ao interesse público, haverá atuação com abuso de poder, que seria, portanto, passível de anulação. Assim, para Maurice Hauriou, o objetivo da função administrativa estaria muito menos determinado pela lei que pela moralidade.

A plurissignificação do próprio conceito de "moral" torna difícil uma interpretação una e inquestionável do princípio. A dificuldade interpretativa relacionada ao princípio da moralidade administrativa é resultado, em primeiro lugar, da amplitude semântica da expressão, associada à inexistência de referências normativas que auxiliem na densificação do conceito. Há uma debatida e ainda indefinida relação entre moral e direito, à qual Thiago Marrara sintetiza em três fatos centrais[107]:

---

[106] JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade e o direito tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, p. 50, n.º 11, 1996.

[107] MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159-179.

> "O primeiro é que o cumprimento do direito dependerá de uma 'convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer'. Justamente por isso, o segundo fato é que qualquer sistema jurídico sempre buscará demonstrar, para que continue existindo, uma relação mínima e específica com a moral vigente, quer a convencional, quer a de uma elite dominante. No entanto, essa ligação entre direito e moral variará de acordo com a cultura coletiva e a concepção de espaço e tempo. Por isso, o terceiro fato é que nenhum dos três modelos apresentados se afigura como universal e capaz de abarcar as mais diversas configurações da relação entre direito e moral. Essas relações são inevitavelmente variáveis conforme a cultura, o caráter e o papel do Estado e suas relações com a sociedade."

O processo administrativo também surge como um importante instrumento de controle da moralidade. A existência de atos preordenados para o atingimento de um fim, ou seja, a existência de um procedimento regulado – ainda que ponderado em face do princípio do informalismo moderado – também demanda a observância da moralidade em sua condução.

Não por outra razão que a LPAF, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, vincula sua atuação à observância dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Ainda que pareça clara a existência de certa instabilidade quanto à definição da moralidade em termos de espaço, tempo e sociedade, Egon Bockmann aponta para dois preceitos que são deveres morais básicos de qualquer relação processual, além de importantes no âmbito do exercício da função administrativa no processo, quais sejam, a imparcialidade e a boa-fé.

A imparcialidade prescreve que o convencimento da Administração Pública será isento e formado a partir das informações e dados apresentados no âmbito do processo, uma vez que o interesse público exige uma decisão administrativa justa e conforme a realidade dos fatos provados.

Sob a perspectiva processual, a boa-fé está associada à ética e à segurança jurídica. A postura das partes envolvidas no processo, tanto administrados, mas principalmente a Administração Pública, deve pautar-se na transparência, previsibilidade e estabilidade.

A vinculação do princípio de moralidade a dois outros conceitos igualmente abertos não permite uma conclusão acerca do seu real conteúdo, mas orienta a possíveis comportamentos dirigidos a uma conduta conforme ao princípio da moralidade.

Especificamente no que cerca à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito do mencionado Mandado de Segurança n.º 32.494 em trâmite perante o STF, a moralidade foi utilizada, juntamente com a teoria dos poderes implícitos, como motivação para que a ação do TCU em análise fosse considerada legítima:

> "É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o Estado na condição de licitantes ou contratados e que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais."

A compatibilidade da adoção da desconsideração da personalidade jurídica amparada no princípio da moralidade também já foi analisada pelo STJ[108], que concluiu pela possibilidade de sua incidência também na esfera administrativa, desde que as garantias de ampla defesa e o respeito ao contraditório tenham sido verificados.

Contudo, é inegável que a utilização da desconsideração da personalidade jurídica com base no princípio da moralidade, dada sua amplitude, apresenta fragilidades e, em dada medida, pode ser entendido como uma violação ao princípio da segurança jurídica que igualmente encontra-se expressamente previsto na LPAF.

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, costuma ser extensamente valorado, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins[109]:

> "A segurança é uma necessidade humana básica, considerada uma das principais causas da própria existência do Direito. Se a existência do ordenamento jurídico decorre da necessidade humana de segurança, não há como conceder um ordenamento em que ela

[108] "A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultados ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 7 de agosto de 2003.

[109] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. Temas de Direito Administrativo. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 306.

> não esteja presente: seja um ordenamento autoritário ou democrático, seja um ordenamento escrito ou não escrito, a existência do ordenamento jurídico dá-se pela necessidade de segurança – e, por isso, pressupõe esse valor. Em outras palavras, pode-se afirmar que, enquanto a concretização da segurança é a causa final do Direito, a necessidade de segurança é sua causa eficiente. Dentre os denominados princípios jurídicos destaca-se, assim, a importância da segurança jurídica."

A valoração do princípio da segurança jurídica impõe que a decisão administrativa, fruto de um processo informado, tenha sido amadurecida a partir de fatos provados e juntados aos autos, esteja devidamente fundamentada em normas às quais os administrados tenham conhecimento e apresente coerência com decisões precedentes em casos correlatos.[110]

Fere o princípio da segurança jurídica, a mudança constante de posicionamento da Administração Pública em casos correlatos. A coerência e firmeza das decisões administrativas refletem a clareza e firmeza dos objetivos perseguidos pela Administração Pública. Nesse contexto, a inclusão da segurança jurídica como princípio norteador no âmbito da LPAF elevou sua importância como preceito cogente.

Não se está aqui vedando por completo a possibilidade da Administração Pública de evoluir com a sociedade, no que tange a tomada de suas decisões e eventual correções futuras de entendimentos passados, que não mais refletem os valores contemporâneos da sociedade. Trata-se de garantir a tutela de expectativas legítimas acerca das posições da Administração Pública, para que os particulares consigam com um mínimo grau de segurança planejar sua atuação.[111] Em outros termos, no caso de uma adoção de uma nova posição, à luz do princípio da segurança jurídica, entre as razões constantes da

---

[110] DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo como instrumento de segurança jurídica. **Direito e Administração Pública:** estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013 p. 688.

[111] Esse é o entendimento de Geraldo Ataliba: "Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo: o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial." ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 151.

fundamentação da decisão administrativa é necessário constar de maneira clara os fundamentos que motivaram a mudança do entendimento.

A possibilidade de adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, motivada exclusivamente na moralidade administrativa, considerando a plurissignificação do conceito e sua amplitude, evidencia certa fragilidade no fundamento da motivação de sua incidência – que possui claro escopo aberto e cambiante – distanciando-se do atendimento ao princípio da segurança jurídica.

Nesse cenário, a possibilidade de aplicação administrativa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo reiterada através da inserção em diversos normativos. Assim, conforme já mencionado no capítulo precedente, os mais recentes normativos na seara administrativa já dispõem expressamente sobre tal possibilidade, como, por exemplo, a Lei n.º 12.846/2012, também conhecida por Lei Anticorrupção, que prevê em seu artigo 14 a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica caso seja verificado abuso de direito para o cometimento de fraude.

Esse movimento legislativo aponta para a compatibilidade do exercício da função administrativa e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao mesmo tempo em que indica que a sua aplicabilidade pode ser um instrumento importante no exercício de sua finalidade.

Ainda que sob o aspecto material pareça existir uma evolução nítida relacionada à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, sob a perspectiva processual os avanços não são tão significativos.

2.2. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo

É inegável que a processualização[112] da atividade administrativa é uma tendência crescente da sociedade contemporânea. Nesse sentido, importante registrar que no período

[112] A despeito da ampla discussão que permeia a diferenciação entre processo e procedimento administrativo, tendo em vista que o objeto do presente estudo é a análise da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo concorrencial, adotar-se-á o posicionamento de Odete Medauar, segundo o qual o conceito de processo pressupõe a colaboração dos sujeitos interessados em contraditório, com uma maior sofisticação do que um mero procedimento, ou seja, que um simples encadeamento de atos que antecedem e preparam para um ato final. Assim, o processo administrativo, por estar associado ao exercício do contraditório, possui uma vertente de garantia associada à proteção de direitos fundamentais. A autora ainda pondera: "Além do mais, no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de

de sistematização inicial do direito administrativo inexistia um interesse em matéria processual relacionada à Administração Pública. O estudo da processualidade relacionada à atividade administrativa foi uma das linhas evolutivas da Administração Pública gerencial. Tal fenômeno pode também ser identificado com uma nova forma de interação ente a Administração Pública e o cidadão, sendo certo que a aproximação entre o exercício da atividade administrativa constitui uma importante forma de legitimação da função administrativa.[113]

É igualmente relevante notar que o processo, como meio de participação social na esfera de atividades da Administração Pública, inaugura um novo espaço de interação e permite um ambiente profícuo de discussão e equilíbrio de interesses entre sociedade e Administração. Nesse contexto, Gustavo Justino de Oliveira pondera[114]:

> "[O] fim do Estado contemporâneo parece ser o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade. Eis uma leitura atualizada da consagrada expressão bem comum, entendida pela doutrina clássica como a finalidade a ser perseguida pelo Estado."

A regulamentação adequada dos atos necessários até o ato final é essencial para que o processo represente, de fato, uma forma de garantir os direitos fundamentais. Marçal Justen Filho[115] define com precisão a procedimentalização como forma de garantia democrática e de legitimidade das decisões administrativas:

> "A procedimentalização consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. A função administrativa se

---

1988 adotou o termo *processo*, o que significa não só a escolha terminológica, mas o sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública [...]" MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

[113] Nesse contexto, vale citar as considerações de Alexandre Santos de Aragão: "Se na história recente o processo administrativo era apenas um instrumento do controle da legalidade em prol da garantia dos direitos individuais, os seus objetivos se ampliaram para a finalidade de contribuir para uma maior adequação da Administração Pública à juridicidade e aos interesses a que deve atender: uma decisão processualizada, consequentemente debatida, tende a ser uma decisão de melhor qualidade." ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 655.

[114] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, p. 11-36, p. 12, n.º 1, ano 1, jan.-jun. 2007.

[115] JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 340.

> materializa em atividade administrativa, que é um conjunto de atos. Esse conjunto de atos deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídica quanto à promoção dos direitos fundamentais"

A possibilidade conferida ao cidadão para interferir no caminho necessário para a formação da decisão é de extrema importância para que o exercício do direito ao contraditório seja efetivo, especialmente considerando que é no curso do processo que emergem os dados do problema. É também através de tais provas e dados que poderá ser aferida a justiça, aceitabilidade e adequação da solução final alcançada pela Administração Pública.

Essa perspectiva evolucionista trazida por meio do processo possibilita aos sujeitos afetados pela decisão final administrativa o acompanhamento e conhecimento da dinâmica da atuação estatal, ao mesmo tempo em que evidencia que no âmbito do processo administrativo há direito e deveres tanto para a Administração, como para os demais sujeitos envolvidos na relação processual.

Torna-se necessário que o Estado coloque à disposição do cidadão todos os meios de concretização de suas garantias materiais. É nesse contexto que ao Estado também são exigidos parâmetros tais que permitam explicitar de forma clara as dimensões materiais e processuais do exercício de suas funções.

É no âmbito do processo que se dá o surgimento de interesses, posições jurídicas, razões, provas, dados de natureza fática e técnica que obrigam a consideração pela autoridade administrativa de todas as provas e minúcias presentes caso a caso. Tendo em vista tais fatores, torna-se evidente que a regulamentação sob a ótica processual da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa seria um marco normativo importante para que este instrumento fosse utilizado de forma mais democrática também na esfera administrativa.

Logo, torna-se importante analisar a tipologia do processo administrativo e suas fases para verificação da pertinência da utilização desse instrumento à luz da dinâmica própria que permeiam os processos no âmbito administrativo.

2.2.1 Os aspectos estruturais do processo administrativo

Os processos administrativos podem ser divididos das mais diversas formas[116]. Contudo, considerando o escopo do presente trabalho, qual seja, o estudo da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de processos de apuração de infrações à ordem econômica, as possíveis segmentações do processo administrativo proposta pelos mais diversos autores serão deixadas de lado.

O processo administrativo e as considerações sobre os aspectos estruturais serão aqui colocadas com base em processos de natureza punitiva, ou seja, aqueles promovidos pela Administração Pública com a finalidade de impor sanção ao administrado no caso de constatação de infração a lei, regulamento ou contrato, também conhecidos por processos sancionatórios.

Em relação aos aspectos estruturais do processo administrativo em questão, a análise de suas fases constitui importante aspecto a ser investigado. As fases do processo administrativo podem ser entendidas como os atos instrumentais que perfazem o caminho até a decisão administrativa final, garantindo sua legitimação, eficácia e adequação.

Cada fase processual pode ser entendida como um conjunto de atos e fatos que possuem uma mesma finalidade em relação à decisão final. Assim, serão considerados como uma fase do processo todos aqueles atos aptos a produzir um mesmo efeito à luz da decisão administrativa final. O agrupamento dos atos processuais em etapas possui uma utilidade didática em relação ao aspecto temporal e ao encadeamento do processo, além de permitir uma análise lógico-temporal do processo como um todo.

---

[116] A título ilustrativo, Odete Medauar propõe a segmentação do processo administrativo em: (a) processos administrativos em que há controvérsia, conflito de interesses (como, por exemplo, processos administrativos de gestão, processos administrativos de outorga, processos administrativos de verificação ou determinação, processos administrativos de revisão); e (b) processos administrativos em que há acusados, também chamados de processos sancionadores ou punitivos que ainda podem ser divididos em internos (como, por exemplo, processos disciplinares sobre servidores); e externos, aqueles destinados a apurar o descumprimento de normas e aplicar sanções sobre os administrados que não compõem a organização administrativa (como, por exemplo, sanções decorrentes do poder de polícia, aplicação de penalidades a concessionários e etc.). (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 132). Hely Lopes Meireles, por sua vez, adota uma forma diferente de classificação, considerando como processo administrativo apenas "aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor" aos demais tipos de processo, o autor classifica como processo de expediente que tramita na esfera administrativa sem que exista uma controvérsia entre administrado e Administração. (MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 762).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[117], antes mesmo da edição da LPAF, recepcionou a classificação elaborada pelo jurista italiano Aldo Sandulli[118] que segmentava as fases do processo em três. A primeira fase era conhecida por fase inicial ou preparatória e contemplava elementos fáticos e elementos de prova. Os atos inerentes à fase instrutória são ainda segmentados em: (a) atos de iniciativa (como requerimentos, reclamações e propostas), (b) atos autorizatórios, (c) atos de natureza consultiva (pareceres, opiniões técnicas) e outros (d) atos de natureza instrutória (inspeções, vistorias).

Na segunda fase estariam contemplados os atos constitutivos, quais sejam, aqueles atos que possuem uma relação causal com o resultado final do processo. Em outros termos, os atos orientados à produção de efeitos na decisão administrativa final como, por exemplo, contratos, notificações, publicações, etc.

Por fim, a última fase consistiria em elementos necessários à eficácia integrativa da decisão administrativa. Os atos que integram essa fase são aqueles de mera confirmação, necessários para que a decisão administrativa final seja plenamente eficaz. Segundo Ehrhardt Soares[119] são atos que não acrescentam nada ao ato principal ou a sua validade, mas tem por função libertá-lo da "letargia". Como exemplo podem ser citados atos como aprovações, adesão dos interessados, entre outros.

Há autores que criticam essa divisão por apenas considerar os efeitos jurídicos que a decisão administrativa final potencialmente poderá produzir. No caso brasileiro, a LPAF parece ser uma orientação válida, ainda que não vinculante para todos os tipos de processos punitivos, para uma orientação acerca dos aspectos estruturais que compõem o processo administrativo.

2.2.2 Codificação do processo administrativo no direito brasileiro

Conforme mencionado anteriormente, a LPAF tem por escopo regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É inegável que a referida lei

---

[117] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29.

[118] SANDULLI. Aldo M. **Il procedimento amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1964. p. 56-175-290.

[119] SOARES, Ehrhardt. **Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1978. p. 171.

traz em si inspirações importantes oriundas do direito alienígena[120], mas a principal inspiração trata-se do CPC vigente quando de sua elaboração.

A codificação do processo administrativo no Brasil obedeceu a uma tendência de codificações de leis de processo administrativo nos países latino-americanos que teve início na década de 70.[121] O movimento doutrinário também foi importante para que a processualidade na atividade administrativa fosse evidenciada.

Válido destacar que a codificação densificada por meio da LPAF, para além do ambiente internacional propício ao seu desenvolvimento, decorre de uma importante evolução legislativa no Brasil. Em 1938, por meio do anteprojeto de Código de Direito Administrativo apresentado por Themístocles Brandão Cavalcanti, foi dado início à consciência da importância de sua regulamentação, apesar do projeto apresentado não ter efetivamente resultado na elaboração de uma lei sobre o tema.

Já havia nessa época a consciência de que os preceitos do processo jurisdicional não poderiam ser replicados em sua integralidade para os processos na esfera administrativa. Em outros termos, ainda que a processualidade administrativa em muito se inspire em alguns institutos do processo judicial, há peculiaridades essenciais do processo jurisdicional que não são aplicáveis ao processo administrativo. A título ilustrativo, o princípio do juiz natural é uma garantia inerente ao processo jurisdicional que, de um modo geral, não se aplica em sua integralidade[122] à Administração Pública, uma vez que,

---

[120] Dentre as inspirações, merece destaque a influência da legislação processual de direito administrativo espanhola (Lei n.º 30/92, também conhecida por Lei Espanhola da Administração Pública e Procedimento Administrativo – "LAP"). As influências mais evidentes da legislação espanhola na Lei n.º 9784/1999 consistem (a) na redação do artigo 3º, que trata dos direitos dos cidadãos; (b) na redação dos artigos 12, 13 e 14 que tratam da delegação de competência pelos órgãos administrativos; (c) na redação dos artigos 6º, 7º e 8º que tratam do inicio do processo.

[121] A Argentina editou em 1972 uma norma geral sobre procedimento administrativo. O Uruguai, inspirado pelo normativo argentino, promulgou em 8 de agosto de 1973 o Decreto n.º 640/1973 com normas de caráter geral sobre o padrão de atuação da Administração Pública. Em 1978, a Costa Rica edita um Código de Direito Administrativo que, entre outras disposições, previa normas de caráter processual. Em 1984, a Venezuela editou a Lei Orgânica de Procedimentos Administrativos da Venezuela e, em 1984, a Colômbia inseriu um novo trecho sobre processo administrativo no Código contencioso administrativo.

[121] A Argentina editou em 1972 uma norma geral sobre procedimento administrativo. O Uruguai, inspirado pelo normativo argentino, promulgou em 8 de agosto de 1973 o Decreto n.º 640/1973 com normas de caráter geral sobre o padrão de atuação da Administração Pública. Em 1978, a Costa Rica edita um Código de Direito Administrativo que, entre outras disposições, previa normas de caráter processual. Em 1984, a Venezuela editou a Lei Orgânica de Procedimentos Administrativos da Venezuela e, em 1984, a Colômbia inseriu um novo trecho sobre processo administrativo no Código contencioso administrativo.

[122] O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o princípio do juiz natural seria aplicável ao processo administrativo como derivação de outros princípios que vinculam diretamente a Administração Púbica: "A

mesmo no caso de órgãos com função jurisdicional, é pouco comum a existência de uma estrutura permanente e independente de servidores encarregados da função decisória[123].

Foram então elaboradas normas processuais com caráter específico para regulamentar determinados processos administrativos, demonstrando que a lacuna administrativa acerca de uma processualização da atividade administrativa era preenchida por meio de normas específicas. Nesse sentido, importante mencionar exemplos de normativos que antecederam a elaboração da LPAF como, por exemplo, o processo de tombamento (regulamentado pelo Decreto-lei n.º 25/1937), o processo de desapropriação (regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto n.º 70.235/1972); e posteriormente, os processos disciplinares administrativos no âmbito federal (Lei n.º 8.112/1990); o processo licitatório (Lei n.º 8.666/1993), bem como os processos previstos no âmbito da antiga lei de defesa da concorrência (Lei n.º 8.884/1994).

A exposição de motivos da LPAF deixa claro que sua edição reflete uma mudança de perspectiva de uma Administração Pública de caráter essencialmente autoritário para um viés mais democrático e participativo:

> "A Comissão firmou como parâmetros básicos da proposição os ditames da atual Constituição que asseguram a aplicação nos processos administrativos dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como reconhecem a toso o direito de receber informações dos órgãos públicos em matéria de interesse particular ou coletivo e garantem o direito de petição e a obtenção de certidões em repartição pública (art. 5º, nºs XXXIII, XXXIV e LV). Considerou ainda a missão atribuída à defesa de direitos difusos e coletivos com a participação popular e associativa."

Em relação a seu alcance, a LPAF enfrentou algumas dificuldades relacionadas à divisão de competências federativas. A rigor, a LPAF estaria adstrita a processos em curso

---

aplicação do princípio do juiz natural mostra-se viável em sede de processo administrativo, como corolário dos princípios de segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa. (...)". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.258/RN. Recorrente: Ricardo Augusto De Oliveira Cavalcanti. Recorrido: Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007.

[123] Vale ressaltar que a inaplicabilidade *prima facie* do princípio do juiz natural não implica permite a prática de abusos, uma vez que a Administração Pública ainda está sujeita aos princípios da imparcialidade e impessoalidade que inibem a adoção de qualquer comportamento abusivo.

na esfera federal, sendo certo que a autonomia federativa garante a Estados e Municípios a prerrogativa de elaboração de regulamentação própria sobre a matéria.[124]

Ainda que sem violação da autonomia dos entes federativos não se possa impor a aplicação, para além de um caráter subsidiário, da LPAF a das outras esferas da Administração Pública, é evidente que uma norma dessa importância exerce influência na normatividade de outras esferas do Estado brasileiro.[125] Para ilustrar, convém mencionar a Lei Distrital n.º 2.834/2001 que expressamente estende a aplicabilidade da LPAF aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal.

Ainda que cada ente federativo disponha de competência para elaborar legislação própria para a regulamentação do processo administrativo, a estrutura das fases processuais, tal como prevista na LPAF, guiou a normatividade de outras esferas, sendo, logo, um importante ponto de partida à correta compreensão da dinâmica da processualidade administrativa para que, em um segundo momento, seja possível inserir adequadamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.2.3 A estrutura do processo administrativo prevista na Lei n.º 9.784/1999 e sua relação com o processo administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.

A LPAF é uma importante fonte normativa em razão da existência de orientações de caráter processual e de princípios de atuação também de ordem geral, ainda que não aplicável de forma direta a todas as esferas da Administração Pública. Nesse contexto, a análise da estrutura do processo administrativo é importante, não apenas para a correta compreensão de sua regulamentação, mas também para aferir a conformidade do exercício

---

[124] Nesse sentido, convém lembrar das lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha: "Ora, um dos princípios mais fortes e vinculantes do sistema constitucional brasileiro é exatamente o federativo (cf., por exemplo, o art. 60, § 4º). Este princípio é formulado a partir da garantia da autonomia política e administrativa das entidades que compõem a Federação. (...) Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a autoadministração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de autonomia política para legislar sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria? Assim, tanto o processo administrativo, quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da Federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão somente aquela correspectiva à unidade do direito processual judicial (civil ou penal)." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, , p. 10, número 136, volume 34, outubro/dezembro-1997)

[125] Grande parte dos entes federativos ainda não dispõe de regulamentação própria para o procedimento administrativo.

da processualidade na esfera administrativa e, como consequência, a verificação do momento adequado para a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

As fases do processo administrativo previstas na LPAF se aproximam daquelas descritas pela doutrina conforme indicado anteriormente. Uma possível divisão das fases do processo administrativo tal como previstas na LPAF segmentaria as etapas processuais em: (*a*) instauração; (*b*) instrução e defesa; e (*c*) julgamento.

a) Instauração do processo administrativo e o dever de informar

A instauração, primeira fase do processo administrativo, pode ser iniciada tanto a pedido de interessados como de ofício pela Administração Pública, em respeito ao princípio da oficialidade[126]. Nesta fase deverão estar presentes os requisitos mínimos que justifiquem a instauração do processo, de modo a se evitar a movimentação injustificada da máquina pública e o dispêndio desnecessário de gastos privados.

Além da correta identificação da autoridade e o do interessado, a lei também exige a formulação do pedido com fatos e fundamentos que o justifiquem[127]. Ainda com o intuito de tornar o processo mais eficiente, a LPAF prevê a possibilidade de elaboração de modelos ou formulários padronizados, que visam garantir que à parte interessada em protocolar requerimento para dar início a dado processo administrativo conhecimento de todas as informações necessárias à instauração do processo.

---

[126] Em breve síntese, o princípio da oficialidade impõe que a atuação da Administração Pública se paute na busca da verdade material. Assim, sua atuação não está adstrita àqueles atos praticados pelos sujeitos envolvidos na relação processual. Como pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "O princípio da oficialidade autoriza a Administração Pública a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público" DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 512.

[127] "Art. 6º. O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;
II - identificação do interessado ou de quem o represente;
III - domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;
IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;
V - data e assinatura do requerente ou de seu representante.

Parágrafo único. "É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas." BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de fevereiro de 1999. Seção 1, p. 1.

Vale notar que há órgãos que antes mesmo da instauração do processo administrativo dão início a sindicâncias, inquéritos ou outros procedimentos preparatórios de modo a coletar as informações necessárias que justifiquem a abertura de um processo administrativo. Tais procedimentos prévios garantem que a Administração Pública apenas dará início a processos caso haja provas contundentes, ou seja, indícios robustos de que há justificativas plausíveis para sua abertura.

b) A importância da completude da instrução e da participação dos administrados

A segunda fase do processo consiste na fase de instrução, que tem por finalidade coletar dados, informações e provas necessárias à fundamentação da decisão final. Também na fase de instrução vigora o princípio da oficialidade, de modo que a Administração Pública não está limitada na condução do processo às provas trazidas pelos sujeitos interessados, mas também dispõe de competências para requerer outras provas que julgar necessárias para a elucidação dos fatos e fundamentação da decisão final.

É de extrema importância que a instrução do processo seja completa de modo a permitir que os fundamentos da decisão reflitam a realidade dos fatos (analisados também à luz das provas trazidas pelos administrados, mas não limitada a tais provas) e seja direcionada à realização do interesse público.

A fase instrutória merece ser melhor detalhada. O seu início ocorre com a notificação dos interessados no processo administrativo. Referida notificação deve ser completa e permitir a identificação clara dos fatos e fundamentos que motivaram a instauração do processo, bem como o prazo para a apresentação de defesa.[128] Tais exigências estão em consonância com o dever de informação presente no princípio do contraditório a que se sujeita a Administração Pública, conforme ponderações já colocadas neste estudo.

Especificamente no que cerca ao processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, a LDC prevê que a nota técnica final, documento responsável pela instauração do processo, garanta ao acusado a ampla

[128] Nesse sentido, convém ressaltar as lições de Marçal Justen Filho sobre a completude da notificação: "Não se admite como válida uma notificação imprecisa ou incerta que não permita ao interessado tomar conhecimento do que se passa ou de que a ele se faculta determinada providência". JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 368.

defesa no que cerca às conclusões do inquérito administrativo[129]. O RI CADE também delimita de forma objetiva as informações mínimas necessárias a garantir um nível suficiente de informações ao acusado[130], quais sejam, (a) indicação do(s) representado(s) e, quando aplicável, do representante; (b) indicação do ilícito imputado ao representado, com a devida indicação dos fatos a serem apurados e do espaço de tempo em que tais fatos foram cometidos; (c) indicação do preceito legal relacionado à suposta infração; e (d) intimação para que os acusados apresentem defesa dentro do prazo legal, definam as provas que pretendem produzir, com um limite de até três testemunhas indicadas por representado.[131]

A LDC está em linha com as prescrições da LPAF em relação aos requisitos necessários para a notificação dos acusados acerca da instauração do processo administrativo.

Vale ressaltar ainda que as ações passíveis de serem adotadas pela Administração Pública são bastante variadas e incluem, por exemplo, envio de ofícios a terceiros, depoimento dos interessados, oitiva de testemunhas, requerimento de prova pericial de qualquer natureza e inspeção de pessoas, locais e objetos por parte da própria autoridade julgadora.

A LPAF não traz uma lista de medidas que a Administração Pública poderá adotar no âmbito da instrução de dado processo administrativo. Tal opção parece refletir a intenção do legislador em não limitar a busca da verdade material pela Administração Pública, permitindo, assim, que sejam adotadas as medidas necessárias para a elucidação mais completa dos fatos. Contudo, esse poder instrutório encontra-se limitado justamente por meio da utilização de provas obtidas ilicitamente[132].

---

[129] Vide artigo 69 da Lei n.º 12.529/2011: "O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural".

[130] Vide artigo 147 do Regimento Interno do CADE, conforme aprovado pela Resolução CADE n.º 1, de 29 de maio de 2012.

[131] Vale ressaltar que tal rol de informações são aquelas mínimas essenciais para que a notificação seja tida como válida, é comum a autoridade antitruste incluir também, com o intuito de garantir a celeridade eficiência do procedimento, solicitar informações adicionais dos Representados logo na notificação de instauração do processo.

[132] Importante ressaltar que muito se discutiu acerca da admissibilidade da utilização de provas emprestadas. O STF enfrentou a questão em precedentes recentes admitindo a utilização de prova emprestada desde que

Especificamente em relação ao procedimento referente à apuração de infrações à ordem econômica, objeto do presente estudo, a LDC estabeleceu as medidas que poderão ser adotadas no âmbito de um processo para apuração de infração à ordem econômica. Apesar da listagem, a linguagem adotada é bastante ampla permitindo, ao final, que a Superintendência-Geral do CADE, órgão responsável pela instrução inicial de processos administrativo, adote as medidas necessárias ao exercício de suas funções.

Nesse sentido, é autorizado ao CADE, nos termos do artigo 13, inciso VI da Lei n.º 12.529/2011, no interesse da instrução processual, requisitar informações e documentos de terceiros (pessoas física ou jurídicas, de direito público ou privado); requisitar esclarecimentos orais; realizar inspeções; requerer junto ao Poder Judiciário a realização de busca e apreensão; requerer vistas e cópias de processos ou inquéritos em trâmite perante outras esferas governamentais.

O papel dos acusados na instrução do processo também é de extrema importância. A atuação ativa dos acusados não é apenas importante à luz do respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório, como também para que a Administração Pública obtenha informações suficientes acerca do fato investigado. A contribuição do acusado é essencial para a redução da assimetria de informações existentes entre os atores econômicos e a Administração Pública.

---

franqueado ao acusado a possibilidade de contraditar as provas juntadas aos autos. Vide os precedentes: (a) STF. Questão de ordem em Inquérito n.º 2.424-4/Rio de Janeiro. Rel. Min. Cezar Peluso. julg. Em 25.4.2007; (b) STF. RE n.º 328.138-1/Minas Gerais. Rel. Min. Sepulveda Pertence. Julg 16.9.2003; (c) STF. Habeas Corpus 114.074/Santa Catarina. Rel. Min. Rosa Weber. Julg. 7.5.2013. O Superior Tribunal de Justiça em julgado recente também já esboçou entendimento da admissibilidade de utilização de prova emprestada até mesmo para processos com partes diferentes: "Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo." (STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 617.428 - SP (2011/0288293-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg. 17.6.2014). A título ilustrativo, com fundamento em tais precedentes o CADE já admitiu a utilização de prova emprestada no âmbito de processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica: "(...) Entendo infundado o argumento da Representada segundo o qual seria proibido o uso de prova emprestada do Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 com relação à Merck, em razão do prevalecimento dos princípios da racionalidade e do menor rigor das formas processuais no processo administrativo punitivo econômico." (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.005928/2003-12. Voto Vista do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. em 6 de agosto de 2014)

No que tange ao processo administrativo para apuração de infração econômica, convém lembrar que a lei também prevê outros instrumentos de colaboração dos acusados para além da produção de provas. Em linha com a tendência dialógica e democrática do Estado de Direito contemporâneo, a LDC regulamenta a possibilidade de celebração de acordos de leniência e termos de cessação de conduta. Tais instrumentos, em especial a leniência, impõem ao acusado obrigações amplas de contribuição com a instrução do processo. Considerando o escopo do presente trabalho, e estudo das peculiaridades desses dois instrumentos não será aprofundado.

Em relação à instrução do processo, o ponto central é a apresentação da defesa. Dada a sua importância, alguns autores preferem segmentar a fase de instrução da fase de defesa. Os argumentos trazidos pelos interessados ao processo são indispensáveis para a construção de uma decisão adequada, razoável e proporcional. No que cerca à amplitude da defesa, estão disponíveis ao acusado diversas técnicas como produção de provas, adoção de uma postura mais responsiva em relação aos argumentos indicados na notificação de instauração do processo ou, até mesmo, o silêncio.

Ainda que a garantia à ampla defesa assegure o direito ao silêncio, o ônus probatório pode motivar o sujeito a se manifestar no interesse de provar sua inocência. A respeito do direito ao silêncio, é relevante frisar que a adoção dessa estratégia, em nenhuma medida, implica a presunção de culpabilidade[133] do acusado, nem tampouco, impede que ele contribua, contraditando as provas trazidas aos autos caso assim entenda necessário.

No que tange aos diversos tipos de defesa, muito se discutiu na doutrina acerca da exigência de defesa técnica como possibilidade ou como exigência. A defesa técnica é aquela realizada pelo representante legal do interessado, que poderá auxiliá-lo na tomada de decisão mais adequada à luz da legalidade e dos preceitos de justiça, bem como permitir o exercício pleno do contraditório. O assunto parece estar superado à luz da Súmula Vinculante 5 do STF que dispõe: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".[134]

---

[133] Tal desdobramento decorre do parágrafo 1º do artigo 186 do Código de Processo Penal que expressamente dispõe: "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

[134] Ainda que a Súmula afaste por completo qualquer alegação posterior de prejuízo ao exercício da ampla defesa em função da não apresentação de defesa técnica, Lúcia Valle Figueiredo alerta que a nomeação de

Por fim, no que diz respeito à instrução do processo, no âmbito da LPAF não se pode desconsiderar a importância dos argumentos trazidos na defesa dos acusados. O peso dos argumentos trazidos e sua influência no grau de convencimento da autoridade julgadora estão no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Contudo, a apreciação dos argumentos trazidos em defesa constar expressamente do relatório e da decisão administrativa final.

c) Julgamento e o respeito ao princípio da motivação

A LPAF prevê no artigo 47 que caso a decisão final não caiba à mesma autoridade que realizou a instrução do processo, a última deverá elaborar relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

Há autores que preferem classificar a elaboração do relatório como uma fase autônoma. Contudo, considerando que para grande parte dos processos administrativos há identidade entre o órgão que conduz a instrução e aquele que detém competência para julgar o processo, opta-se, para fins do presente trabalho, considerar a fase do julgamento em conjunto com a da elaboração do relatório.

Um relatório completo traz todas as razões e provas trazidas aos autos, o que inclui as contribuições apresentadas pelos sujeitos envolvidos no processo, que necessariamente serão enfrentadas na fundamentação e no dispositivo da decisão administrativa final. Ainda que as razões trazidas em relatório sejam contrárias à fundamentação da conclusão alcançadas é importante registrar no relatório todos os argumentos trazidos aos autos, especialmente considerando que todos os elementos presentes nos autos deverão ser enfrentados na motivação da decisão administrativa final. Portanto, à luz do princípio da imparcialidade, a decisão administrativa deverá enfrentar todos os interesses envolvidos no processo, inclusive aqueles de natureza privada.

A obrigatoriedade de motivação das decisões ampara a completude do princípio da ampla defesa e do contraditório, na medida em que a utilidade de tais princípios estaria

---

um profissional para atuação na esfera administrativa é de grande importância para o exercício da ampla defesa. FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 522.

esvaziada, caso a autoridade pudesse ignorar os argumentos trazidos aos autos pelos sujeitos interessados. Nesse contexto, Marçal Justen Filho[135] aponta:

> "Ademais, o Estado tem o dever de examinar integralmente todos os argumentos do particular e decidir motivadamente. De nada serviria a obrigatoriedade do procedimento e a garantia da ampla defesa se o agente público pudesse ignorar os argumentos deduzidos pelo interessado. Em tal hipótese, surgiria o risco de exame apenas dos argumentos declarados improcedentes. Decidir-se-ia a questão sem enfrentar os obstáculos insuperáveis. A garantia da ampla defesa estaria comprometida, tal como se passaria se houvesse vedação à dedução de certos argumentos."

Ainda como desdobramento da obrigatoriedade de decisões completas e motivadas está o dever de decidir[136]. Não é permitido à Administração se furtar à análise de demandas a ela colocadas nem tampouco escolher os pleitos a serem examinados. Decisões com vícios de fundamentação, ou seja, embasadas apenas na vontade do administrador e nas competências do Poder Público, serão consideradas inválidas.

Por fim, a LPAF prevê a possibilidade de interposição de recurso em face da legalidade e do mérito da decisão administrativa final[137]. Especificamente no caso de decisões para apuração de infração à ordem econômica, nos termos do RI CADE, a previsão de recurso administrativo limita-se a três tipos (a) recurso voluntário[138]; (b) embargos de declaração[139]; e (c) reapreciação[140].

---

[135] JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 373.

[136] Tal dever encontra-se positivado no artigo 48 da LPAF: "A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".

[137] Vide artigo 56.

[138] O recurso voluntário, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do CADE, é previsto em face da decisão do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator no âmbito do processo administrativo sobre a adoção, negação, alteração ou revogação de medida preventiva. A adoção de medida preventiva se dá, de Ofício, a pedido dos interessados ou do Procurador-Chefe, quando houver indicio ou receio de que o representado possa causar lesão reparável ou de difícil reparação.

[139] De maneira similar ao que ocorre no processo civil, os embargos de declaração no âmbito do processo administrativo concorrencial poderá ser oposto caso de obscuridade, contradição ou omissão da decisão administrativa final (vide art. 218 do RICADE. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE. Resolução n.º 1/2012, de 29 de maio de 2012).

[140] O pedido de reapreciação de decisão do CADE (tanto em caso de ato de concentração quanto em caso de processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica) só será aplicável caso, após o julgamento final, suja fato ou documento novo apto a assegurar um pronunciamento mais favorável vide art.

2.2.4. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica à luz do princípio do devido processo legal aplicado à processualidade administrativa

Considerando a estrutura do processo administrativo conforme descrito acima, bem como as considerações sobre o princípio do devido processo legal, colocadas no capítulo anterior, é importante sistematizar tais ponderações e conformá-las a teoria da desconsideração. A estrutura do processo administrativo consiste, em verdade, de consequência formal do princípio do devido processo legal[141]. Nesse contexto, costuma-se dividir o devido processo legal em (a) formal; e (b) substancial.

Em relação ao chamado devido processo legal, trata-se da análise da garantia do devido processual à luz da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, o *due process of law* implica a atuação do Poder Público ser orientada por um procedimento justo. Sobre o tema, Fábio Medina Osório[142] pontua:

> "Mais do que proibir a arbitrariedade dos Poderes Públicos, a cláusula do *due process of law*, no direito brasileiro, há de produzir uma série de fundamentais consequências no plano da atividade sancionadora do Estado, emergindo aos acusados um leque de direitos fundamentais relacionados ao 'julgamento justo' e 'razoável'."

O princípio da razoabilidade exige que a medida adotada pela Administração Pública seja orientada pelo real significado da intervenção à luz dos objetivos perseguidos pelo legislador. No que tange ao direito administrativo, o princípio da razoabilidade encontra-se intimamente relacionado ao princípio da igualdade para orientação sobre eventual sanção a ser aplicada.

---

222 do RICADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE. Resolução n.º 1/2012, de 29 de maio de 2012).

[141] Além da garantia relacionada às fases do processo administrativo, o Tribunal Superior norte-americano identificou que do devido processo legal decorrem outras importantes garantias como a impossibilidade de obrigar o acusado a declarar-se culpado, a impossibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos (e sua consequente inutilidade no âmbito do processo administrativo); a impossibilidade do acusado ser julgado (e apenado) duas vezes em razão do mesmo fato, a irretroatividade de normas prejudiciais aos acusados. (CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luís. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de America**. Madrid: Marcil Pons, 1996. p. 104).

[142] OSORIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

Antonio José Calhau[143] propõe uma definição para o princípio da razoabilidade:

> "A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a pratica do ato".

Em relação ao princípio da proporcionalidade, este impede a adoção de atos administrativos revestidos de caráter arbitrário e desproporcionais. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade encontram-se intimamente relacionados, uma vez que a ausência de proporção entre a finalidade da lei e os meios utilizados indica a não observância do princípio da razoabilidade.

Tratando-se de imposição de restrições a determinados direitos, como no caso da determinação da desconsideração da personalidade jurídica, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade legal da restrição eventualmente determinada, como também sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Portanto, o respeito ao devido processo legal implica não somente em oportunizar ao sujeito afetado a apresentação de defesa e a possibilidade de contraditar elementos de prova, como também na utilização de um juízo de necessidade e adequação da medida. Logo, à luz das ponderações que permeiam a cláusula do *due process of law*, a desconsideração da personalidade jurídica, medida apta a afetar direitos de propriedade de pessoa física, deve ser realizada no âmbito de processo administrativo com fases definidas, no qual o sujeito interessado possa apresentar sua defesa e contraditar todos os elementos de prova. Além disso, a decisão final pela adoção ou rejeição da medida deverá estar pautada num juízo de razoabilidade e proporcionalidade (adequação e necessidade).

Nesse contexto, convém analisar como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC pode contribuir para o desenvolvimento da matéria em sede administrativa.

---

[143] RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009. Disponível em: http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/revistas/arquivos/pdfs/26/calhau26.pdf. Acesso em 25 de julho de 2015.

2.3. A aplicação subsidiária das disposições do Novo CPC ao processo administrativo

À luz das considerações trazidas no primeiro capítulo deste estudo, há uma relativização da divisão rígida entre normas de Direito Privado e aquelas de Direito Público. Classicamente, o Direito Administrativo com origem continental europeia se firmou como um ramo autônomo em contraposição às normas de Direito Privado – com normas de direito comum destinadas a reger a vida da sociedade de uma maneira geral. Nesse sentido, as lições de Sabino Cassese[144]: "O direito administrativo nasce do reconhecimento da inadequação do direito privado, por conseguinte, como direito derrogatório".

Quando da emergência do Direito Administrativo, a atuação da Administração Pública possuía um caráter impositivo e autoritário para garantir que o comportamento dos administrados fosse guiado pelo interesse público. Contudo, essa tendência foi sendo aos poucos superada, a medida que a Administração Pública passa a adotar um caráter mais consensual que garante que influências de ordem privada também integrem o exercício da função administrativa.

Além dessa nova postura da Administração Pública, conforme descrito no capítulo precedente, é inegável que a elaboração das normas de direito administrativo sofreram influências do direito privado. Por muitas vezes, na ausência de soluções previstas no direito administrativo, normas do direito privado foram utilizadas para a resolução de problemas de ordem prática. Acerca desse fenômeno, Miguel Seabra Fagundes[145] traz importantes exemplos:

> "[O] Direito Administrativo, o direito através do qual se dinamizam, por excelência, as relações do binômio Estado-indivíduo, tivesse na origem de suas principais instituições, delas recebendo-as por cissiparidade. A teoria da nulidade dos atos administrativos e a responsabilidade patrimonial do Estado por atos ilícitos servem de exemplo do que vimos de dizer; A teoria dos funcionários de fato que, conquanto, já hoje muito bem formulada ao ângulo do Direito Público, encontra raízes na gestão de negócios do Direito Privado, é outro exemplo. Como outro é ainda o da

[144] CASSESE. Sabino. Tendenze e problema del diritto amministrativo, **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milão, p. 90, v. 84, 2004.

[145] FAGUNDES, Miguel Seabra. Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, p. 1, n.º 78, ano 19, out.-dez. 1964.

> noção da personalidade jurídica dos entes públicos, precedida no tempo, da personalidade moral reconhecida às entidades civis."

A utilização de institutos de direito privado no âmbito da Administração Pública não constitui fato extraordinário e, por consequência, acaba por tornar menos nítida a usual percepção do direito público como derrogação do direito privado[146]. A clássica diferenciação entre normas de direito privado e direito público tende a tornar-se menor à luz das relações cada vez mais sofisticadas entre Administração Pública e sociedade. Tal interação exige que a Administração Pública se utilize de instrumentos nem sempre previstos pela dogmática de direito administrativo.

É nesse contexto que a nova regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do novo CPC, pode ser de extrema importância para a regulamentação de tal instrumento também no âmbito do processo administrativo. Vale ainda pontuar que o novo CPC corrobora esta possibilidade ao dispor expressamente, no artigo 15[147], a aplicação de suas normas em caráter subsidiário também a procedimentos administrativos.

Ainda que as disposições constantes da regulamentação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica não se apliquem integralmente ao processo administrativo, em função das peculiaridades estruturais, há algumas disposições que parecem ser passíveis de aplicação em caráter subsidiário também em âmbito administrativo.

Em relação à legitimidade para a realização do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, considerando o princípio da oficialidade inerente ao exercício da função administrativa, parece adequado que, para além da parte interessada e do Ministério

---

[146] Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "(...) a Administração Pública vai buscar no direito privado o instrumento de sua atuação; é nessa área que mais se revela a flexibilidade do direito administrativo, que tem de encontrar os meios mais hábeis para a consecução do interesse público, em consonância com um dos princípios informativos, a saber, o da proporcionalidade de meios e fins (...). Em tais hipóteses, a lei combina normas e princípios de direito público com normas e princípios de direito privado. Ela [a Administração] cria, inova, ajusta normas e institutos. Ela torna menos nítida a distinção entre os dois grandes ramos do direito." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 10.

[147] "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente." BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Seção 1, p. 1.

Público, caiba também a Administração Pública dar início ao procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica.

Em relação à fase processual, assim como a regulamentação deste instrumento no âmbito civil, parece adequado também permitir que seja possível a desconsideração em qualquer fase do processo administrativo desde que oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa àquela parte que, potencialmente, será afetada em sua esfera de direitos pela decisão de desconsideração da personalidade jurídica.

Em relação aos aspectos materiais, o novo CPC dita requisitos que devem ser observados na aplicação do instituto em âmbito administrativo. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve observar os pressupostos previstos em lei, demonstrando os pressupostos legais e fáticos específicos que autorizariam a desconsideração. Após o pedido, a parte interessada poderá além de apresentar suas razões, produzir provas cabíveis dentro de 15 dias. A aplicação subsidiária da regulamentação prevista no novo CPC representa grande avanço na aplicabilidade do instituto também na esfera administrativa.

À luz das considerações trazidas sobre a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre analisar a evolução deste processo relacionada aos processos administrativos de apuração de infrações econômicas em trâmite perante o CADE.

CAPÍTULO 3: AS IMPLICAÇÕES DA PREVISÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM TRÂMITE PERANTE O CADE

À luz das ponderações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sobre o processo administrativo, colocadas nos capítulos precedentes, este capítulo analisará com maiores detalhes a aplicabilidade deste instrumento aos processos em trâmite perante o CADE. Neste capítulo também serão analisados os limites da incidência da desconsideração e seus desdobramentos. Assim, faz-se necessário, inicialmente, trazer algumas considerações acerca dos interesses tutelados pelo direito concorrencial, para que se compreenda a opção legística pela inclusão da desconsideração da personalidade jurídica entre os instrumentos à disposição do CADE no desenvolvimento de suas funções.

3.1. Os interesses tutelados pelo direito da concorrência

Conforme apresentado no primeiro capítulo, as condições que permitem a desconsideração da personalidade jurídica não são uniformes em todos os segmentos do direito brasileiro. O bem jurídico tutelado exerce influência na escolha legística de determinação das condições que devem ser verificadas para que a desconsideração da personalidade jurídica possa ser decretada. Por exemplo, no caso da desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao direito do consumidor, o legislador optou pela adoção da teoria menor, ampliando as hipóteses de incidência da teoria em razão da relevância do bem tutelado.

Portanto, é relevante analisar brevemente quais são os interesses tutelados pelo direito da concorrência para o estudo dos limites materiais que justificaram a opção legística pela atual redação do dispositivo que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no direito concorrencial, bem como pela opção do legislador em incluir outras hipóteses com efeitos semelhantes ao da desconsideração no texto legal.

Para a definição dos bens jurídicos tutelados pelo direito da concorrência é necessário recorrer a três repositórios[148]: (a) às normas constitucionais relativas à ordem econômica; (b) à ciência econômica (em especial à microeconomia e às teorias de organização industrial); e (c) à política econômica, ou seja, à escolha dos instrumentos que serão os meios para alcançar os fins politicamente definidos.

Em razão das repercussões legislativas e acadêmicas, merece destaque o esforço em definir quais seriam os bens tutelados pelo direito da concorrência colocado por Robert Bork[149]. Em síntese, as controversas e influentes idéias deste autor associavam os fins do direito concorrencial com a proteção e maximização do bem estar do consumidor[150], sendo que para ele, ao impedir economias de escala em nome da defesa da concorrência, o consumidor seria prejudicado em razão da perda de eficiências. Bork então afirma que a disciplina antitruste resultaria em um paradoxo, uma vez que ao tentar preservar a concorrência acabaria por combatê-la.

Há ainda autores que criticam o enfoque apenas na maximização do bem estar do consumidor e afirmam ser necessário a maximização do bem estar social[151] – e não apenas do consumidor. Outros autores, por sua vez, pontuam que o enfoque meramente econômico defendido por Bork é incompleto, na medida em que desconsidera a forma de distribuição da riqueza[152]. Ainda há autores que defendem que o direito concorrencial se

---

[148] SCHUARTZ. Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. **Ensaios sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 44.

[149] BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself**. 2ª Edição. Nova Iorque: The Free Press, 2003.

[150] Diversos autores se dedicaram a apontar as deficiências metodológicas relacionadas às premissas adotadas por Bork, dentre as quais destacaram as incompatibilidades terminológicas entre o termo *consumer welfare* no direito e na economia. Nesse sentido, vide o texto de Barak Y. Orbach: ORBACH, Barak, *The* Antitrust Consumer Welfare Paradox (February 28, 2011). **Journal of Competition Law & Economics**, p. 133-164, Vol. 7, No. 1, 2011. Disponível em SSRN: http://ssrn.com/abstract=1553226, acesso em 14.6.2015.

[151] Nesse sentido: "Assim, a principal missão de qualquer órgão antitruste é, ainda que não exclusivamente, a de proceder a um balanço entre os diversos tipos de eficiências e ineficiências, decorrentes de estratégias das firmas, não baseadas em sua maior eficiência relativa frente aos rivais em termos de preços/qualidade e/ou custos de produção ou ainda de inovações, que reduzam o grau de concorrência nos mercados onde elas atuam. Essa tarefa não é simples, posto que existem vários trade-offs entre as diferentes dimensões que compõem a eficiência total dos mercados e que as relações entre o grau de concorrência nos mercados e tais eficiências são contraditórias e mesmo indeterminadas. Não bastassem esses trade-offs, o órgão antitruste ainda deve utilizar algum critério distributivo para efeito de tomada de decisão, tendo em vista realizar uma intervenção eficaz no que tange ao seu objetivo último: a promoção do bem estar social." FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2003. p. 162.

[152] SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78.

destina à tutela de outros interesses, para além da justiça distributiva ou da eficiência alocativa.[153]

A grande dificuldade em encontrar o racional existente por trás da tutela do direito concorrencial está em justamente identificar quais seriam os interesses diretamente tutelados por esse segmento do direito.[154] Contudo, a identificação desses interesses é de extrema importância na determinação dos instrumentos disponíveis às autoridades para a tutela da concorrência – e por consequência o combate do abuso de poder econômico – e podem variar a depender da escolha de política pública realizada.

Essencial notar também que a percepção em relação à necessidade de tutela da concorrência também varia de acordo com o momento histórico, que altera a percepção do Estado acerca da necessidade em intervir na economia e dos limites existentes para tal intervenção. É importante analisar a evolução da tutela da concorrência no Brasil para melhor entender sua evolução e a previsão atual de instrumentos de desconsideração no seu atual texto.

---

[153] Vale ainda destacar que existem outros interesses que foram considerados de necessária tutela pela defesa da concorrência, contudo, tais interesses foram considerados secundários como, por exemplo, a proteção dos pequenos negócios: "Muito embora existam algumas posições que sugiram que a proteção das oportunidades a empresas de pequeno porte foi uma das motivações do legislador, esses entendimentos não indicam que esta motivação se sobreporia aos demais objetivos". Tradução livre de: "Although there are few statements suggesting that the protection of the opportunity of small business to compete was one motivating factor for the legislators, these statements do not imply that protection os small businesses was meant to override other goals." HOVENKAMP, Herbert; SULLIVAN; E. Thomas; SHELANSKI, Howard A. **Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems.** Washington: LexisNexis, 2009. p. 10.

[154] A definição proposta por Daniel A. Crane parece atender ao momento atual de regulação concorrencial: "(...) a legislação concorrencial é um instrumento regulatório relativamente especializado. Seu objetivo é a preservação da concorrência nos mercados, principalmente em benefício dos consumidores, cujas preferências são soberanas. Para que o direito da concorrência também tutele outros interesses estranhos àqueles dos consumidores, os pretensos beneficiários devem ser capazes de justificar como a concorrência no mercado legitima a tutela de seus interesses. Assim, ainda que as normas concorrenciais atendam tanto a objetivos econômicos como não econômicos, a prática e aplicabilidade do direito concorrencial via de regra exige que suas intervenções estejam amparadas nas teorias econômicas modernas." Tradução livre do autor de: "(…) antitrust Law is a relatively specialized regulatory instrument. It is intended to preserve competitive markets, largely for the benefit of consumers, whose preferences are held sovereign. To the extent that antitrust law is designed to protect interests apart from those of consumers, any further classes of beneficiary must be able to explain how market competition advances their legitimate interests. Thus, even if antitrust law is normatively founded on both economic and noneconomic objectives, the practice and implementation of antitrust law generally requires justification of interventions using the vernacular of modern economic theory." CRANE, Daniel A. Rationales for Antitrust. **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, Vol. 1. p. 14.

3.1.1. Cenário Brasileiro

A primeira referência à liberdade econômica consta da Constituição Brasileira de 1934 que, em seu artigo 115[155] previa a organização da ordem econômica conforme princípios de justiça e das necessidades da vida nacional, respeitada a garantia de uma existência digna a todos. A inclusão dessa referência expressa de autorização de intervenção na liberdade econômica surge em resposta à grande crise de 1929 e como tentativa de minimizar seus efeitos na econômica nacional:

> "Na década de 1930, houve um aumento quantitativo (que acabou por gerar um incremento qualitativo) dessa intervenção: em virtude da crise que se apresentava, tornou-se necessário não apenas contorná-la, mas também conduzir o próprio sistema, justamente para evitar o advento de novas crises."[156]

Em 1937, a Constituição passa então a detalhar de forma mais explícita[157] a possibilidade de intervenção do Estado na economia, com o escopo de corrigir deficiências da atuação empresarial individual, organizar fatores de produção e solucionar conflitos. Somado a isso, a Constituição de 1937 também previa a proteção à economia popular, resultando na edição do Decreto-Lei n.º 869/1938 que, apesar de possuir enfoque de proteção ao consumidor, já previa um rol restrito de condutas que seriam consideradas ilícitas também sobre a perspectiva antitruste como, por exemplo, o açambarcamento de mercadorias, a fixação de preços resultante de acordo entre concorrentes e a prática de preços predatórios (abaixo do preço de custo).[158]

---

[155] "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." BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[156] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 97.

[157] A Constituição de 1937 regulou esta questão no artigo 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."

[158] Vale ressaltar que algumas condutas previstas como criminosas no Decreto-Lei n.º 869 ainda são combatidas atualmente tanto criminalmente (Lei n.º 8.1397/1990) quanto pela atual Lei de Defesa da Concorrência como, por exemplo, cartel, venda casada e preços predatórios.

Nota-se que o primeiro normativo que tutelou a concorrência no Brasil surge com o escopo de tutelar a economia popular e, como consequência, o consumidor. Esse caminho difere daquele verificado nos Estados Unidos, onde o surgimento do antitruste veio amparado no princípio da proteção e manutenção da concorrência.[159]

Merece destaque, ainda em 1938, o Decreto-Lei 7.666 (também conhecido por "Lei Malaia") que ao disciplinar os atos contrários à ordem moral e econômica, trata, pela primeira vez, das infrações à ordem econômica como infrações administrativas. Referido Decreto também indicava a necessidade de autorização de um órgão administrativo para a realização de certos atos empresarias que pudessem resultar em aumento de preços ao consumidor, ou supressão da liberdade econômica.[160]

Dada a forte oposição especialmente do capital estrangeiro a tal Decreto[161], e as ponderações acerca do seu caráter excessivamente intervencionista com potencial de travar o desenvolvimento econômico do país, este normativo foi revogado em poucos meses. A despeito dos três meses de vigência terem sido insuficientes para produzir todos os efeitos, a sua repercussão foi de extrema importância para os desdobramentos futuros da normatização da defesa da concorrência nacional.

---

[159] O resgate dos debates que precedem a promulgação do *Sherman Act* aponta que sua elaboração teria sido orientada pela repressão aos atos que violassem a livre concorrência entre os agentes econômicos. Acerca das discussões que precederam o *Sherman Act* vide: HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy** The Law of Competition and its Practice. 4ª Edição. Nova Iorque: West Academic Publishing, 2011. p. 58-59.

[160] Darcy Ribeiro descreve com detalhes o contexto em que se realizou a promulgação da Lei Malaia: "Getúlio promulga a Lei antitruste, que provoca a maior reação nos testas de ferro das empresas internacionais. Otávio Mangabeira chega a pedir a intervenção do Exército, contra a aplicação da Lei Malaia, assim chamada porque foi defendida pelo Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, nordestino, cabeça chata, olhos oblíquos em nobre cara mongólica. A Lei Malaia visava à repressão dos atos contrários à ordem moral e econômica. A moralidade não comoveu ninguém, mas a regulamentação da economia – inspirada, aliás, na legislação antitruste norte americana – provocou compreensível revolta, principalmente nas empresas estrangeiras, que não queriam aqui nenhum dos controles que aceitam lá. Raul Fernandes, João Daudt de Oliveira e Sobral Pinto, comandados por Assis Chateaubriand, se insurgem publicamente contra a lei, na defesa da liberdade de empresa."

[161] Em relação ao desenvolvimento do direito antitruste brasileiro neste período, merece destaque o papel do ministro Agamemnon Magalhães cuja atuação foi orientada pelo combate do poder econômico derivado do capital estrangeiro. Nesse contexto, vale lembrar trecho de seu discurso publicado no Jornal Folha da Manhã de Recife em 1949: "O Brasil que, na colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se as Companhias do Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas do mundo, os *trusts* e os cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas, senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e de consumo." MAGALHÃES, Agamemnon, Abuso do poder econômico. Recife, **Folha da Manhã**, 1949, p. 12-13.

Como reflexo das polêmicas suscitadas pelo Decreto-Lei n.º 7666, a Constituição de 1946 trouxe em seu artigo 148 previsão expressa para repressão ao abuso de poder econômico, com vistas à proteção da concorrência:

> "Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros"

Ainda na vigência da Constituição de 1946, foi aprovada a Lei n.º 1.521/1951, que além de dispor sobre a defesa da economia popular, também trazia alguns artigos correlatos à defesa da concorrência como, por exemplo, a proibição de práticas de preços predatórios.

Em 1962, a Lei n.º 4.137/1962 surge com o objetivo de separar a proteção da concorrência da defesa da economia popular e dispõe sobre a constituição do CADE. Esta lei também dispunha sobre a necessidade de submissão ao CADE de determinados tipos de arranjos empresarias que pudessem resultar na diminuição do nível de concorrência do mercado. Contudo, a repressão ao abuso econômico ainda encontrava resistência relacionada aos frequentes recursos do judiciário que limitavam a atuação do CADE. Assim, dada a falta de eficácia material da atuação do CADE, a relevância de sua atuação foi gradativamente sendo diminuída.

Em 1988, com a intensificação da abertura de mercado e a liberalização da economia, a repressão ao abuso do direito econômico adquiriu grande importância e, por meio da Lei n.º 8.158/1991, surgiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, com o objetivo de investigar e sugerir medidas cabíveis àqueles agentes que afetassem, ainda que indiretamente, a formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou qualquer princípio da ordem econômica.

Em 1994, dando continuidade aos objetivos perseguidos pela Lei n.º 8.158/1991, foi editada a Lei n.º 8.884, que estruturou de forma mais sofisticada o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência por meio da ação coordenada da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda e do CADE. Esta lei representou significativos avanços na perseguição de infrações à ordem econômica, na medida em que conferiu aos

órgãos de defesa da concorrência as ferramentas necessárias para o combate do abuso ao poder econômico.

A tutela da defesa da concorrência adquiriu maior importância nos últimos anos e, como reflexo, é possível notar o incremento do volume de trabalhos acadêmicos nacionalmente produzidos; da consciência dos empresários acerca da necessidade de submissão à análise do CADE de determinadas concentrações e das condutas comerciais proibidas sob a ótica concorrencial; bem como do respeito institucional do Poder Judiciário ao CADE.

Como resultado desse amadurecimento, em 2011 foi promulgada a LDC atualmente vigente, que consolida os avanços do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência até o momento. Há importantes alterações, relacionadas especialmente à estruturação de um sistema prévio de análise de estruturas, à forma de mensuração da dosimetria da pena, bem como aos novos critérios e procedimentos para celebração de acordos (termos de compromissos de cessação e leniência) com a autoridade.

a) A tutela da concorrência na LDC

No que tange à Lei n.º 12.529/2011, ainda que atualmente existam pontos de debate relacionados ao objeto da tutela do direito da concorrência perseguido pelo legislador, é certo que sua realização deverá estar conforme com o artigo 170 da Constituição Federal[162], que regulamenta os princípios da ordem econômica. Nesse sentido, Schuartz[163] apontou que:

---

[162] "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. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

> "Como o Direito da Concorrência deve, por coerência hermenêutica, ser interpretado a partir das normas gerias da Ordem Econômica Constitucional, o ponto de partida do processo interpretativo está no art. 170 da CF, que fixa os fundamentos e a finalidade desta ordem. No presente contexto, eu destacaria apenas o fato de o referido artigo prescrever como fim da Ordem Econômica o 'bem de todos' segundo critérios de justiça social (na mesma direção vai o art. 1º, IV da CF, que define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais da livre iniciativa). A diretiva geral implicada por estes textos está no dever atribuído aos poderes públicos de agir no sentido de, preservado a estrutura normativa básica do sistema capitalista, influenciar sua trajetória tendo em vista a realização de justiça social."

A partir do texto da LDC, é possível depreender que o legislador optou por não explicitar o bem jurídico tutelado, ainda que seu texto revele indícios de alguns interesses tutelados. O primeiro artigo da LDC já replica os princípios constantes do artigo 170 da Constituição Federal, para fins de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

> "Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
>
> Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

Nota-se que a redação desse artigo traz uma seleção parcial dos princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal, o que gerou críticas relacionadas a não inclusão da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido das empresas de pequeno porte no bojo do processo de apreciação das eventuais infrações à ordem econômica. Assim, pela seleção dos princípios da ordem econômica, já há uma orientação dos princípios que, ao menos de uma forma imediata, serão perseguidos pelo CADE.

---

[163] SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da Concorrência e seus fundamentos. Racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, p. 57-86, n.º 117, jan.-mar. 2000.

Vale ainda ressaltar que a ausência de referência expressa não resulta na possibilidade de derrogação de tais princípios pela autoridade antitruste. Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr.[164] pondera:

> "A defesa da concorrência, cuja guarda compete ao Estado, mas que não exclui a iniciava privada, deve ser entendida no contexto mais amplo da Ordem Econômica constitucional. A livre concorrência, nestes termos, é um dos seus princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com os demais (art. 170 e incisos). Ou seja, não se pode defender a concorrência à custa da soberania nacional, do consumidor, do meio ambiente, da redução de desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte."

Portanto, em atenção ao princípio da juridicidade conforme já detalhado nos capítulos precedentes, ainda que de forma mediata os demais princípios constitucionais que regem a ordem econômica deverão também ser perseguidos ou, ao menos, não contrariados pelo CADE em suas decisões.

Não obstante, vale uma nota em relação à não inclusão do princípio do tratamento diferenciado a empresas de pequeno porte. A ausência de previsão expressa da tutela desse interesse decorre do fato de que a função da lei é a proteção da concorrência, e não a tutela de concorrentes específicos em decorrência de seu porte. A estrutura normativa proposta para regulamentar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constante da LDC, veda qualquer tipo de privilégio a determinada estrutura de mercado. Logo, os interesses de empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira serão defendidos como os interesses de qualquer outro agente (empresa) que atue no mercado.

Ainda em relação às prescrições normativas que orientam os objetivos perseguidos pela LDC, importante mencionar o parágrafo 1º do artigo 36 da LDC, que expressamente dispõe que a conquista de mercado fruto de uma atuação eficiente não deve ser considerada um ilícito antitruste.[165] Logo, ainda que não de forma expressa dentre os interesses tutelados pela LDC estão os ganhos de eficiência alocativa. Contudo, no inciso II do

---

[164] FERRAZ, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA**. Salvador, p. 65-74, nº 2, 2012.

[165] "Art. 36. §1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo." BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

parágrafo 6º do artigo 88 da referida Lei, o legislador aponta a necessidade de reversão aos consumidores dos ganhos de eficiência em sede de controle de estruturas. Portanto, a opção legística de interesses tutelados no âmbito de defesa da concorrência é bastante ampla.

Dada à ausência de clareza da lei em relação à posição adotada, bem como o rico debate acadêmico que circunda os interesses tutelados pelo direito concorrencial, convém relembrar o posicionamento de Luis Fernando Schuartz[166] que coloca como interesse imediato do direito da concorrência o aumento das pressões competitivas. Segundo este autor:

> "Nestes termos, justificar, tendo em vista o ideal constitucional de justiça social, uma política de defesa e estímulo, é em última instância apontar para a relação de determinação existente entre eficiência seletiva de desenvolvimento econômico (no sentido schumpeteriano), este último, por sua vez, como condição básica para a realização de mudanças estruturais no perfil da distribuição de recursos e renda entre os agentes que sejam justas, ou seja, aceitáveis racionalmente por todos."

Os pressupostos e a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica devem ser compatíveis com os interesses tutelados pela defesa da concorrência, sejam eles a defesa do bem estar do consumidor ou a obtenção de eficiências alocativas, consubstanciadas em decisões que busquem realizar o aumento das pressões competitivas, por meio do combate ao abuso do poder econômico.

Somado a esse debate relacionado à definição do objeto de tutela da Lei n.º 12.529/2011, vale ainda ponderar a necessidade de um caráter prospectivo nas decisões do CADE, até como forma de proteção do prisma dinâmico da concorrência, que amplia os desafios relacionados às hipóteses de determinação da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em processos em trâmite perante o órgão, e em que medida, de fato, a previsão contribui para a realização dos objetivos colocados pela Lei.

---

[166] SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da Concorrência e seus fundamentos. Racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, p. 57-86, n.º 117, jan.-mar. 2000.

b) Os efeitos da tutela da concorrência no tempo

As incertezas relacionadas aos efeitos futuros das decisões emitidas pela autoridade concorrencial também repercutem no processo de formação do juízo de convencimento da autoridade acerca da desconsideração da personalidade jurídica. A necessidade de previsão prospectiva da decisão é um desafio enfrentando por todos os órgãos judicantes, mas no caso do CADE, cujas decisões são também pautadas por aspectos econômicos relacionados à estrutura atual de mercado, tal preocupação se amplia em razão da celeridade em que mudanças são verificadas nos mercados.

A perseguição do objeto tutelado pode seguir caminhos diversos, a depender de alterações ocorridas nas condições estruturais de dado mercado. Assim, a análise prospectiva dos efeitos da decisão é necessária, para que os resultados alcançados a partir da decisão da autoridade sejam compatíveis com a realização do objeto também em tempo futuro.

Vale ainda ressaltar que essa análise prospectiva possui importância fundamental para evitar posterior necessidade de modulação dos efeitos de uma decisão que não mais possui a mesma potencialidade de realização do objeto a que se destina tutelar. Portanto, a decisão pela desconsideração da personalidade jurídica deve ser analisada sob uma dupla perspectiva: (a) os limites da necessidade da decretação da desconsideração para a realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência; e (b) em que medida a decisão pela desconsideração da personalidade jurídica ainda seria a opção mais adequada para a realização dessa tutela no tempo em que produzirá seus efeitos.

Tendo em vista a necessidade de identificar os limites da incidência da desconsideração, convém analisar o conceito de grupo econômico adotado pelo CADE, para que seja possível, após sua definição, analisar os potenciais efeitos da decisão pela desconsideração da personalidade jurídica à luz desse conceito.

3.2. A relevância do conceito de Grupo Econômico

O entendimento do conceito de personalidade jurídica não mais se restringe a uma análise de sociedade unipessoal na qual o processo de desconsideração atinge diretamente

uma pessoa física. Assim, a lógica da desconsideração da personalidade jurídica precisa ser inserida no conceito de grupo econômico.[167]

A globalização imprimiu no sistema econômico uma relação de internacionalização e interdependência dos mercados nacionais. Nesse contexto, o modelo de sociedade unipessoal deu lugar a formações mais complexas também conhecidas por grupo de sociedades. Segundo Antunes[168], o grupo econômico pode ser definido como:

> "[U]m conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas, 'subsidiaries', 'Tochtergesellschaften', 'filiales', 'filiali'), se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe, 'group headquarters', 'Muttergesellschaft', 'cappo-gruppo', 'société-mère')."

No entanto, o conceito de grupo econômico não é um conceito unívoco e uniforme para cada segmento do direito, e tais diferenças possuem repercussões materiais bastante relevantes. O conceito de grupo econômico, empresarial ou societário varia conforme a regulação da atividade econômica em questão. As normas editadas pela autoridade estabelecem critérios diferentes para a delimitação do grupo de acordo com atividade econômica objeto de regulação. Dessa forma, é possível identificar variações nos critérios para definição de grupo econômico perante a Comissão de Valores Mobiliários, o CADE, o BNDES, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação trabalhista e, até mesmo, a definição adotada pelo Conselho Federal de Contabilidade.

---

[167] Nesse sentido, vide as considerações de Blumberg: "Não é mais realista se filiar à tradicional posição de que para efeitos legais cada empresa que compõe dado grupo empresarial é uma entidade autônoma para fins legais, com direitos e deveres que não são afetados pela sua inserção como um componente integrante de um grupo que pode ser entendido como uma empresa única sujeita a um controle comum. Este é o estágio em que os bancos, os advogados e a academia deveriam considerar sob quais circunstâncias as empresas-mãe de um grupo deveriam ser consideradas responsáveis pelos deveres contraídos por outras empresas de seu grupo, com o objetivo de proteger aqueles que fazem negócios com outras empresas do grupo frente a possíveis demandas que venham a surgir e de garantir o controle estatal e prevenir de forma mais efetiva violações às leis." Tradução livre do autor para: "It is no longer realistic to adhere to the traditional view that for legal purposes each of the constituent corporations in a corporate group is a separate legal entity with rights and duties unaffected by its functioning as an integral component of a group collectively conducting a common business under common control. It is time for the bench, bar and academy to consider the circumstances under which the parent and affiliated companies of the group should also be liable for the duties and obligations of other group constituents in order either to protect persons dealing with companies of the group in cases arising at common law or to implement government controls and prevent their frustration and evasion more effectively in cases involving statutory law" BLUMBERG, Phillip I. The corporate Entity in an era of Multinational Corporations. **Delaware Journal of Corporate Law 15**, p. 283, abril 1990.

[168] ANTUNES, José, **Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária.** 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

As normas de delimitação do grupo de empresas para fins de definição de grupo econômico foram diferentemente construídas para cada segmento do direito, tendo em vista seu objeto de tutela e a importância desse tipo de estrutura para o desenvolvimento econômico. Nesse contexto, convém destacar o trabalho de Paredes e Sanchéz que, em 1994, já tentavam estabelecer bases teóricas firmes acerca do surgimento, evolução e desempenho desses conglomerados, e sua relação com o contexto econômico e institucional durante o desenvolvimento do grupo econômico, a partir de uma análise da experiência chilena[169]. Para estes autores, os grupos econômicos exerceriam papel relevante no desenvolvimento econômico e suas estratégias seriam influenciadas pelo contexto econômico no qual estariam inseridos.

Há ainda diversas outras tentativas teóricas de identificar um elo, em termos de estratégias, objetivos e comportamentos dos grupos econômicos. Para Guillén[170], uma vez adquirida uma dada dimensão, as estratégias, objetivos e comportamentos de dado grupo de empresas seriam orientados para a preservação da estrutura que lhes confira um diferencial competitivo.

A despeito dos debates teóricos relacionados à tentativa de definição precisa do conceito de grupo econômico é inequívoco que essa forma de organização social é preponderante ao menos nas principais economias mundiais[171]. Dado o caráter global do nosso sistema econômico, tal tendência tende a também ser replicada no Brasil.

Em análise do cenário normativo brasileiro sobre a definição de grupo econômico, Prado[172] coloca algumas questões essenciais para melhor delimitação acerca da natureza jurídica dos grupos econômicos: (a) em que medida há unidade econômica entre as empresas integrantes do mesmo grupo econômico; (b) como, a partir da dinâmica de

---

[169] SANCHEZ, J. M.; PAREDES, R. M. **Grupos econômicos y desarrollo: el caso de Chile.** Santiago: Cepal, 1994.

[170] GUILLÉN, F. M. Business groups in emerging economies: a resource-based view. **Academy of management journal,** p. 362-380, v. 43, n. 3, 2000.

[171] Segundo José Antunes: "Os cadastros estatístico-societários disponíveis nos três maiores mercados mundiais (a famosa 'Global Triad': Estados Unidos da América, União Europeia, Japão) indiciam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto de independência, recorrendo crescentemente à técnica do grupo societário: assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, e 88% no Japão." ANTUNES, José Engracía. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. **Revista Direito GV**, p. 29- 67, jun/dez 2005.

[172] PRADO, V. M. Grupos societários: análise do modelo da Lei no 6.404/1976. **Revista direito GV**, p. 5-28, v. 1, n. 2, jun.-dez. 2005.

relacionamento entre os grupos econômicos brasileiros, seria possível traçar um padrão; e (c) em que medida a estrutura piramidal, ou a estrutura de rede, dos grupos econômicos brasileiros poderia ser entendida como uma característica fundamental.

Considerando a amplitude do tema e o escopo restrito do presente trabalho, que tem por enfoque a análise da percepção e dos conceitos adotados pelo CADE em relação à definição de grupo econômico, não serão analisados critérios adotados por outros ramos do direito. Contudo, o embasamento teórico, acima brevemente esboçado, e os questionamentos enfrentados por outros segmentos do direito e nas bases teóricas de Organização Industrial contribuem de forma significativa para a definição de grupo econômico adotada pelo CADE.

3.2.1. A abordagem do conceito de grupo econômico pelo CADE

No âmbito de controle de estruturas, o conceito de grupo econômico é de extrema relevância, pois a partir desse conceito será verificado se o critério de faturamento mínimo para que uma operação seja de notificação obrigatória está preenchido. Além disso, eventuais sobreposições e integrações verticais serão analisadas com base nas atividades econômicas do grupo empresarial envolvido na operação.[173]

O artigo 4º da Resolução CADE n.º 2/2012 descreve com maiores detalhes as empresas cujos faturamentos deverão ser considerados para fins de verificação da necessidade de submissão do Ato de Concentração à análise do CADE: (a) empresas sujeitas a controle comum, interno ou externo; e (b) as empresas nas quais qualquer das empresas sob controle comum seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante.

No caso de operações envolvendo fundos de investimentos, há uma adaptação dos critérios de definição de grupo para fins de cômputo de faturamento, sendo considerado

[173] Tais critérios encontram-se descritos no artigo 88 da Lei de defesa da concorrência: "Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)." BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

como parte do grupo: (a) o grupo econômico de cada cotista que detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação, via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (b) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.[174]

Assim, é possível notar que a percepção do CADE em relação à definição de grupo econômico envolve não apenas participação no capital social, como também poder de preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger cargos de administração. Nesse sentido, o conceito de grupo econômico ainda é bastante fluído e com frequência as Partes envolvidas em uma dada operação se deparam com dificuldades relacionadas à definição de grupo econômico, ou quais tipos de direito poderiam ser entendidos como suficientes a conferir controle segundo o entendimento do órgão.[175]

Os precedentes do CADE[176] são importantes fontes acerca da orientação do CADE sobre a mais adequada definição do conceito de controle – e consequentemente da

---

[174] "Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos:
§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente:
I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e
II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.
§2° No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:
I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e
II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante". Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Resolução n.º 2/2012, de 29 de maio de 2012.

[175] Vale esclarecer que as Resoluções do CADE não definem o conceito de controle para fins de controle de estruturas. Ainda que não seja possível aplicar a definição de controle proposta em outros segmentos do direito à seara concorrencial. A definição de controle prevista na Lei n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) prevista no artigo 116, à luz dos precedentes do CADE indicados abaixo, aproxima-se bastante do conceito de "influência relevante" adotado pela autoridade. Assim, a interpretação de controle prevista no ordenamento jurídico para o segmento de direito societário, ou seja, ainda que não em normas especificamente voltadas ao direito da concorrência, considera como controle a atribuição de direitos que garantam a maioria dos votos nas decisões da empresa (Conselho de Administração, Assembleia Geral etc.) e o poder de indicar a maioria dos membros do conselho de administração da empresa, bem como o uso efetivo desse poder para direcionar as estratégias de negócios e as atividades da empresa.

[176] A seleção de precedentes acima possui um critério apenas ilustrativo, sendo os precedentes selecionados para fins desta ilustração atos de concentração apreciados a partir de 29.5.2012, data em que a Lei n.º

definição de grupo econômico – para fins de submissão de operações ao escrutínio da autoridade. Os precedentes indicam um conceito de "influência relevante" que, segundo Parecer da Procuradoria do CADE n.º 343/2012[177], englobaria: "(...) a) direito de veto sobre operações de fusão, incorporação, cisão ou transformação; b) indicação de membro do Conselho de Administração; c) restrições a investimentos pela empresa em outras atividades distintas daquelas previstas em seu objeto social ou em valores superiores ao montante pré-definido no plano de negócios ou no acordo de acionistas".[178]

Por sua vez, no que tange à análise de condutas, o conceito de grupo econômico é especialmente importante para fins de cálculo de multas, responsabilização solidária e aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em relação àquela, os artigos 32 e 33 da LDC preveem responsabilidade solidária dos dirigentes ou administradores da empresa infratora, bem como das empresas integrantes do grupo econômico de fato ou de direito, quando ao menos uma delas praticar infração à ordem econômica:

> "Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.
>
> Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato o de direito,

12.529/2011 entrou em vigor. Também foram considerados alguns precedentes que trouxeram uma análise mais aprofundada acerca de conceitos e critérios adotados para a definição de grupo econômico construídos ainda sobre a vigência da Lei n.º 8.884/1994.

[177] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08700.007119/2012-70. Parecer da Procuradoria. j. 28.9.2012. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000701191657.pdf

[178] Ainda que não sob a égide da Lei de Defesa da Concorrência atualmente vigente, alguns julgados trouxeram importantes orientações sob o tema de influência relevante. Nesse contexto, no âmbito da análise do Ato de Concentração envolvendo Ideiasnet S.A. e Flynet S.A (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.010293/2004-48. Relator: Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, j. em 18 de maio de 2005), o CADE trouxe a seguinte definição para este conceito: "Assim, a análise antitruste pressupõe não apenas o exame das formas societárias, mas da realidade econômica. Constata-se 'influência relevante (ou significativa) do ponto de vista concorrencial' sempre que, a partir da união dos centos decisórios em áreas específicas e estratégicas, seja possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, o que não pressupõe a titularidade da maioria das ações votantes (...)". A mesma análise de influência relevante também foi utilizada para a definição de grupo econômico no âmbito do Ato de Concentração envolvendo a Totalprint Ltda. e Log&Print Gráfica e Logística S.A. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.008415/2009-41. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 11 de novembro de 2009) e do Ato de Concentração envolvendo Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A, Intensa Sanpaolo S.p.A, Sintonia S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Telefónica S.A. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 53500.012487/2007. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 28 de abril de 2010).

> quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica." [179]

Em relação à possibilidade de responsabilização solidária de outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, as dificuldades relacionadas a esse tipo de extensão de responsabilidade patrimonial pelo referido artigo se subdivide em duas esferas: (a) a possibilidade de a empresa infratora servir como centro de imputação das normas jurídicas de um conjunto de empresas que nem sempre tinha conhecimento da prática da infração ou da condução do Processo Administrativo; e (b) o efetivo controle das demais empresas do grupo sobre a conduta praticada pela sociedade infratora, na medida em que a conduta praticada não contraria as regras de governança ou as orientações exaradas no contexto do grupo econômico.

Ainda que parte das dificuldades colocadas na aplicabilidade desse artigo deva ser verificada na análise do caso concreto (como, por exemplo, o nível de centralização das decisões estratégicas do grupo econômico), fato é que a abordagem proposta nos artigos 32 e 33 da LDC merece uma análise cuidadosa, na medida em que se sobrepõe ao princípio da independência, relativizando o conceito de personalidade jurídica e gerando efeitos semelhantes aos que seriam alcançados com a desconsideração da personalidade jurídica.

As dificuldades acima colocadas precisam ser devidamente justificadas de modo a evitar exposições patrimoniais que não sejam razoáveis, ou não possam ser justificadas nos termos do conceito de grupo econômico adotado pelo CADE. A amplitude do conceito de grupo econômico "de fato ou de direito" ainda expõe à discricionariedade da autoridade as empresas que poderão ser consideradas como parte do grupo econômico e, portanto, estariam patrimonialmente expostas no caso de condenações determinadas pelo órgão.

Assim como ocorre na análise de estruturas, os precedentes possuem uma função importante no sentido de indicar diretivas sobre a abordagem adotada pela autoridade em

[179] O artigo 33 replica com pequenas alterações o art. 17 da Lei anterior com singela alteração relacionada à possibilidade de solidariedade ainda que as demais empresas do grupo econômico ainda que não tenham participado da infração. Assim, vale resgatar a exposição de motivos da Lei n.º 8.884/1994, que traz a razão da inclusão de responsabilidade de solidária entre as empresas do mesmo grupo econômico: "Pretende-se, ainda, disciplinar os critérios de aplicação de multas, redefinindo o espectro de sujeitos passivos, atribuindo-se responsabilidade solidária às empresas ou entidades que formarem grupo econômico, de fato ou de direito, para a prática de condutas abusivas. Para contornar os obstáculos normalmente erigidos pelos infratores, admite-se que seja notificada apenas a representante do grupo para responder ao processo." BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

relação aos limites do conceito de grupo econômico para fins de responsabilização patrimonial solidária. Nesse sentido, precedentes indicam que o conceito de grupo econômico pode ser amplificado ou restrito a depender da centralização decisória capaz de orientar estratégias e comportamentos de um conjunto de empresas.

No âmbito da apreciação do Requerimento n.º 08700.005448/2010-14 (proposto pela Unimed Araraquara no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.01792/2007-97), o CADE definiu, ainda que não de forma exaustiva, as matérias alvos de decisões estratégicas que são relevantes para a definição do conceito de grupo econômico para fins de análise de condutas:

> "82. [...] é a existência de uma orientação concorrencial central, definida na cúpula do referido grupo, seja qual for sua forma de constituição, da qual se espera o cumprimento pelos demais integrantes daquele agrupamento de sociedades. A própria lógica antitruste fornece elementos para entender dessa maneira. Fosse ignorada a questão da orientação central concorrencial, poder-se-ia argumentar que as sociedades participantes teriam incorrido em infração à ordem econômica.
>
> 83. Porém, permanece uma questão de ordem prática concretizada pela seguinte indagação: O que configura estratégia competitiva de uma sociedade? Uma sociedade pode adotar diferentes maneiras para concorrer em um dado mercado, embora exista uma série de elementos básicos que compõem a miríade de estratégias competitivas disponíveis, quais sejam: (i) foco competitivo; (ii) identificação de marcas; (iii) seleção de canais de distribuição; (iv) relação entre a marca e seu canal de distribuição; (v) qualidade do produto ou do serviço; (vi) liderança tecnológica; (vii) integração vertical; (viii) política de custos; (ix) prestação de serviços auxiliares; (x) política de preços; (xi) alavancagem financeira; (xii) relacionamento com a matriz; (xiii) relacionamento governamental. O rol apresentado deve ser encarado como exemplificativo, pois, diante do dinamismo da sociedade, sua presença pode ser verificada em diferentes magnitudes em sociedades de uma mesma indústria."[180]

A existência de uma orientação central, neste caso, foi entendida como um elemento essencial para a definição do conceito de grupo econômico concorrencial. Vale ainda ressaltar que a definição de grupo econômico possui uma importância extrema, na medida em que a partir desse conceito, serão definidos critérios de proporcionalidade para

[180] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n.º 08700.005448/2010-14. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 14 de dezembro de 2011.

fins de cálculo de multa que será aplicada também de acordo com a relevância econômica do grupo em questão.[181]

Assim que o artigo 37 da LDC determina que a fórmula de cálculo da multa levará em consideração o faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado no ramo da atividade empresarial em que ocorreu a infração. Tal disposição possui importantes repercussões na discussão sobre limitação de responsabilidade na medida em que a adoção do faturamento do grupo econômico para fins de cálculo da multa pode ferir o princípio da proporcionalidade, caso a empresa represente parcela pequena desse faturamento.

A partir das considerações acima colocadas, nota-se que a construção de um conceito de grupo econômico concorrencial, seja em controle de condutas seja em controle de estruturas, revela tendência bastante abrangente do CADE em relação a tal definição, expandindo, de forma significativa, a exposição patrimonial de empresas que compõem um mesmo grupo, ainda que não tenham cometido qualquer prática ilícita diretamente. Vale notar, que essas discussões também estão sendo contemporaneamente enfrentadas por outras jurisdições.

3.2.2. A experiência internacional em relação à responsabilidade solidária de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico sob a perspectiva antitruste

Conforme apontado, os desafios enfrentados na extensão da responsabilidade por ilícitos concorrenciais para além da sociedade que efetivamente cometeu o ilícito, ou seja, para as demais sociedades do mesmo grupo econômico, também constitui um desafio enfrentado internacionalmente e, em especial, convém analisar a rica experiência da Comissão Europeia.

A autoridade europeia tem enfrentado desafios para aplicar a extensão da responsabilidade de sociedades subsidiárias à empresa-mãe do mesmo grupo e, para tanto, tem se utilizado de uma construção doutrinária conhecida por *parental liability*. Em breve síntese, segundo essa doutrina, seria possível responsabilizar a empresa-mãe de um

[181] "Tem-se, assim, que quatro das representadas constituem empresas amparadas por grupos de grande porte e de finanças saudáveis, não havendo motivo para leniência na definição de suas penalidades" (Trecho do voto proferido pelo Conselheiro Fernando Furlan - BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70 53500.012487/2007. Relator: Conselheiro Fernando Furlan, j. em 1º de setembro de 2010).

determinado grupo econômico por infrações à legislação concorrencial praticada por outra empresa pertencente a um mesmo grupo.

Tal doutrina seria justificável na medida em que a separação formal de duas empresas pode ser uma estratégia para o cometimento de violações à lei (concorrenciais ou não). Uma segunda razão para a existência desse tipo de determinação decorre da possível inexistência de uma independência de fato entre sociedades pertencentes a um mesmo grupo. Assim, a pretensa "independência" poderia ser suprimida a qualquer momento, sendo que eventual decisão de praticar qualquer conduta ilícita se daria sob os auspícios da empresa-mãe.

Logo, a *parental liability* foi desenhada para desempenhar função dissuasória, na medida em que busca evitar que multas, ao serem aplicadas apenas às subsidiárias, não sejam suficiente em termos quantitativos e não afetem a sociedade infratora, que cometeu a conduta ilícita por meio de sua subsidiária.

Os primeiros precedentes em relação à teoria indicam que, assim como o CADE faz atualmente, a Comissão Europeia adotou o conceito de influência relevante para determinar a incidência desse tipo de responsabilização, ou seja, para fins de demonstrar que a subsidiária não atuava no mercado de forma independente, mas reproduzia as instruções recebidas da empresa-mãe.

Não obstante, a Comissão Europeia deparou-se com dificuldades relacionadas à adoção de tal critério, uma vez que o levantamento de provas relacionadas à identificação desse tipo de influência entre empresa-mãe e subsidiária é de extrema dificuldade, fato este que acabava por comprometer a efetividade de seus julgados e gerar insegurança nos agentes privados.

Considerando os precedentes relacionados à aplicabilidade da *parental liability*[182] e o entendimento, construído a partir do caso *Akzo*, de que se poderia presumir uma relação

[182] Em função de tal dificuldade, na análise do caso *AEG v. Commission* [1983] ECR3151, a Comissão Europeia expressamente declarou que uma subsidiária integral necessariamente obedeceria as determinações de sua controladora, indicando que tal fato era uma premissa que dispensaria a necessidade de provas materiais. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61986CO0213 (Acesso em 5.7.2015). Tal entendimento foi revisto em 2007, por meio da decisão no caso *Bolloré SA v. Commission* [2007] ECR II-947 no qual se afirmou que não se pode presumir que o fato de ser uma subsidiária integral é suficiente para que se possa atribuir responsabilidade à empresa-mãe de modo que seria necessário a demonstração de indícios de que foram apresentadas instruções à subsidiária para participar no

de subordinação nos casos da empresa-mãe deter o cotrole total da subsidiária, tem-se admitido a utilização da teoria para um número bastante significativo de casos.

Contudo, a despeito dos mais de 20 anos de discussão, a utilização da *parental liability* ainda é um assunto que desperta dificuldades. Dentre os principais desafios relacionados à sua utilização, que em certa medida também se aplicariam às hipóteses de responsabilização solidária propostas pelos artigos 32 e 33 da LDC, estão (*i*) a amplitude do conceito de influência relevante; (*ii*) a necessidade de ponderações acerca da desobediência das diretrizes repassadas pelas subsidiárias; (*iii*) a impossibilidade de responsabilização quando inexistem relação hierárquica, mas tão somente situação de investimento[183]; e (*iv*) a dificuldade de produção de prova negativa em relação ao não exercício de influência relevante[184].

Assim, as dificuldades relacionadas à expansão da responsabilidade a outras sociedades do grupo por meio da solidariedade, que acaba por gerar efeitos semelhantes àqueles que seriam produzidos pela desconsideração da personalidade jurídica, ainda está longe de ser um tema bem delimitado, seja no âmbito do CADE, seja no âmbito da experiência internacional.

No entanto, ainda que as hipóteses de responsabilização solidária tenham o potencial de produzir efeitos semelhantes àqueles que seriam alcançados com a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, a responsabilização solidária permite a desconsideração da sociedade infratora para fins de atingimento de terceiros, o legislador optou por inserir previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica na LDC. Assim, os próximos itens abordarão os desafios processuais e materiais especificamente relacionados à aplicabilidade do artigo 34

---

cartel: "Something more than the extent of the shareholding must be shown, but this may be in the form of indicia. It need not necessarily take the form of evidence of instructions given by the parent company to its subsidiary to participate in the cartel." Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-322/07 (Acesso em 5.7.2015). Contudo, o precedente *Akzo Nobel NV v. Commission [2009]* ECR I-8237 sedimenta essa discussão ao determinar que seria possível presumir que a empresa-mãe tem poderes para exercer influência relevante na prática da conduta e, portanto, poderia ser responsabilizada. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-97/08 (Acesso em 5.7.2015).

[183] Vide Case 39610. Disponível em: Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39610 (Acesso em 5.7.2015).

[184] Nesse sentido, no precedente recente (Case 440/11 P), *Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje* que a mera ausência de participação nas decisões da subsidiária não seria suficiente para afastar a *parental liability*. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-440/11 (Acesso em 5.7.2015).

da LDC, bem como sua utilidade à luz da possibilidade de responsabilização solidária prevista nos artigos 32 e 33.

3.3. A abordagem da legislação concorrencial à desconsideração da personalidade jurídica

A previsão da desconsideração da personalidade jurídica manteve a redação já prevista na Lei n.º 8.884/1994, sendo a única alteração promovida o deslocamento do artigo 18, que agora se tornou o artigo 34, com a seguinte redação:

> "Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houve 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."[185]

À luz das considerações processuais relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica colocadas nos capítulos anteriores, é necessário analisar, no contexto do trâmite do processo administrativo perante o CADE, o momento em que seria decretada a desconsideração da personalidade jurídica e o respeito às garantias processuais constitucionalmente previstas.

Inexiste qualquer previsão normativa relacionada aos aspectos procedimentais que regulamentam a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 34. Assim, cumpre averiguar com maior cuidado qual seria o momento oportuno e conveniente para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que todas as garantias relacionadas à ampla defesa e ao contraditório daquele que teria sua esfera de direitos afetada com a medida fosse respeitada, bem como as potenciais contribuições das disposições do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista no Novo CPC.

[185] BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

3.3.1. Aspectos processuais acerca da desconsideração da personalidade jurídica na apuração de infrações à ordem econômica

A partir da Lei n.º 12.529/2011, o CADE foi segmentado em uma estrutura composta pela Superintendência-Geral, órgão responsável pela investigação, instrução de processos e celebração de acordos de leniência e termos de cessão de conduta, e pelo Tribunal Administrativo, responsável pelas decisões finais em processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica. Há ainda órgãos auxiliares de análise: a Procuradoria do CADE, o Departamento de Estudos Econômicos e representante do Ministério Público Federal que atua junto ao CADE.

Nesse contexto, o início do processo administrativo para apuração de infração econômica pode variar: acordo de leniência, investigações preliminares, informações encaminhadas por outros órgãos (como o Ministério Público). Contudo, independentemente da forma como se inicia o processo administrativo, a primeira instância de análise será a Superintendência-Geral, responsável pela coleta de um volume de indícios suficientes acerca da materialidade e autoria da infração à ordem econômica para justificar a instauração do processo.

A Superintendência-Geral é também o órgão responsável pela instauração do processo, pela instrução do caso, pela análise da defesa, das provas produzidas nos autos e das Alegações Finais apresentadas pelos Representados. Durante toda essa análise, deve ser oportunizado o direito ao exercício do contraditório (informação necessária e reação possível) em relação a todos os elementos probatórios trazidos aos autos. Vale ressaltar que os poderes de investigação do CADE são bastante amplos, de modo que além de pedidos de informações e documentos, poderão ser realizadas inspeções e até mesmo buscas e apreensões com ordem judicial.

A partir da análise do conjunto de elementos trazidos aos autos, a Superintendência-Geral forma seu juízo de convencimento e emite um Parecer acerca da autoria e materialidade das infrações concorrenciais investigadas, sugerindo a condenação ou o arquivamento do processo em relação aos representados de acordo com a individualização da conduta. Após o Parecer da Superintendência-Geral, o processo é distribuído a um dos membros do Tribunal, que poderá colher elementos adicionais de

provas para a emissão da decisão final administrativa sobre o caso, que será submetida ao Tribunal e votada de forma colegiada em sessão de julgamento pública.

As etapas procedimentais brevemente sumarizadas acima são parte dos complexos envolvem desdobramentos envolvidos na difícil investigação[186] de condutas dessa natureza, uma vez que infrações à ordem econômica, em especial cartéis, são de difícil identificação e punição.

É preciso identificar os principais desafios processuais enfrentados para a realização dessa investigação e o momento adequado para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, em especial, à luz da necessidade de observação aos princípios da ampla defesa e do contraditório e das dificuldades relacionadas à persecução desse tipo de ilícito.

a) Os desafios processuais para a identificação das hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica

O primeiro desafio sob a perspectiva processual a ser superado diz respeito à necessidade de identificação dos elementos probatórios aptos a configurar as hipóteses que autorizariam a incidência do instituto. Assim, a primeira dificuldade está relacionada à coleta de um conjunto probatório suficiente à configuração das hipóteses constantes do artigo 34, ou seja, do cometimento de infração econômica como resultado de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social.

À luz das complexas estruturas empresariais atualmente desenvolvidas, conforme é possível notar da definição de grupo econômico adotadas pelo CADE, bem como das sofisticadas regras de governança que vigoram em tais estruturas, torna-se bastante desafiador identificar atos cometidos com excesso de poder ou abuso de direito. Logo,

[186] Como aponta o documento da OCDE, dado o caráter sigiloso dos cartéis, sua detecção acaba sendo de extrema dificuldade: "Pode tornar-se muito difícil detectar acordos de cartel uma vez que estes costumam ser negociados secretamente. Contudo, em setores nos quais o conluio é comum, os fornecedores e adquirentes podem ter conhecimento de conspirações de conluio de longa duração. Em diversos setores, é necessário procurar pistas tais como padrões incomuns de propostas e preços, ou algo que o proponente diz ou faz." OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas.** Fevereiro/2009. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf. Acesso em 1.7.2015.

mesmo com amplos poderes instrutórios, a coleta desse conjunto probatório não é tarefa trivial.

O processo de instrução desenvolvido pela Superintendência-Geral e eventual instrução complementar promovida pelo Tribunal do CADE, dificilmente se atêm a tais detalhes ou em que medida as decisões tomadas pelos administradores excederiam os poderes a eles concedidos, o que, portanto, justificariam a desconsideração da personalidade jurídica. Convém enfatizar que, muitas vezes, documentos desse tipo sequer estão disponíveis à autoridade para que tal correlação possa ser realizada.

A Administração Pública também enfrenta limitações de caráter material, especialmente relacionadas aos custos de capital e humano, envolvidos na condução desse tipo de investigação acrescidos aos já elevados custos envolvidos na investigação e punição de infrações à ordem econômica[187]. Assim, é bastante incomum a condução de investigações acerca da existência de hipóteses materiais que autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica, de forma simulatânea à investigação de infrações à ordem econômica.

Em relação às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas no parágrafo único do artigo 34 (falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração), tais eventos são de mais fácil detecção. Não obstante, ainda que o estado de insolvência, inatividade ou a falência sejam facilmente detectados, aferir em que medida a má-administração ocasionou[188] tal situação é uma análise mais complexa e que requer cautela, seja por parte da autoridade antitruste, seja do próprio Poder Judiciário.

As dificuldades relacionadas a esse tipo de investigação associadas à ausência de experiência do CADE em relação à aplicação dessa norma, somadas ao universo relativamente pequeno de práticas ilícitas detectadas e investigadas, resultam na ausência de precedentes que permitam extrair alguma orientação acerca do entendimento do órgão

---

[187] Vide *paper* de Kai Hüschelrath que traz um estudo empíricos dos custos e benefícios envolvidos na aplicação de ilícitos antitruste nos Estados Unidos e Holanda. Disponível em: http://econstor.eu/bitstream/10419/27590/1/dp08107.pdf (Acesso 1.6.2015).

[188] Tal análise é de extrema dificuldade não apenas para autoridade antitruste como também para os administradores e acionistas das empresas. Há diversos debates acadêmicos e judiciais que envolvem o que ficou conhecido por *Business Judgment Rule*. Vide: MANNING, Bayless. The Business Judgment Rule in Overview. **Ohio State Law Journal**. v. 45, Issue 3, 1984.

sobre a teoria da desconsideração, conforme será melhor discutido abaixo em relação à incidência desse dispositivo.

b) A fase processual adequada para a decretação da desconsideração à luz das garantias constitucionais

Ainda sobre os aspectos processuais relacionados à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de processos administrativos para apuração de infrações econômicas perante o CADE, convém analisar qual seria o momento mais adequado para a sua realização. Para essa avaliação, dada à inexistência de um rito processual específico, a análise do juízo de oportunidade e conveniência acerca da fase processual pertinente será realizada a partir de uma compatibilização com os princípios constitucionais que orientam o desenvolvimento da função administrativa.

Assim, a desconsideração deverá ser realizada necessariamente em estágio processual que possibilite aos potenciais afetados pela medida o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como de influírem no juízo de convencimento do julgador. A partir de tais orientações, e à luz das etapas processuais características do trâmite do processo no CADE, o momento adequado para a desconsideração da personalidade seria no curso da instrução processual, quando possivelmente seriam trazidas provas de que as hipóteses que autorizariam a desconsideração estariam presentes.

Nessa hipótese, seria reaberto o prazo de defesa e o prazo para especificação e produção de provas às pessoas físicas ou jurídicas afetadas pela medida. A importância da participação dos afetados pela desconsideração ainda com o processo em trâmite perante a Superintendência-Geral, consiste justamente na possibilidade dessas pessoas influírem no juízo de convencimento que será esboçado no Parecer da Superintendência-Geral.

Ainda que as provas suficientes a permitir a desconsideração da personalidade jurídica surjam em estágio posterior do processo, parece claro que, em relação às pessoas afetadas pela desconsideração, deverá ser reaberto o prazo de defesa e manifestação sobre todos os elementos de provas trazidos aos autos, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Mesmo que o Parecer da Superintendência-Geral já tenha sido emitido, deve ser facultada aos afetados pela medida a possibilidade de apresentação de defesa, mesmo em estágio avançado do processo.

Considerando que o procedimento foi recentemente regulamentado pelo novo CPC, convém trazer algumas considerações sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, em que medida, as disposições ali constantes poderiam ser aproveitadas subsidiariamente para o processo administrativo. O novo CPC, neste ponto, permite a desconsideração da personalidade jurídica em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Contudo, o novo normativo deixa claro que este incidente abre um novo processo de cognição especialmente em relação à inclusão de uma nova parte no polo passivo do processo. Respeitadas as peculiaridades inerentes a cada tipo de processo, essa abordagem parece subsidiariamente aplicável ao processo administrativo concorrencial, na medida em que a observância às garantiras constitucionais exigiriam a abertura de um novo processo cognitivo independentemente do estágio processual e do tipo de processo em questão.

Portanto, em termos de momento processual, dada a ausência de regulamentação específica, inexistiriam óbices em relação ao momento da desconsideração, desde que fosse aberto um novo processo cognitivo que permitisse o exercício do direito à defesa e ao contraditório dos elementos de prova. Dessa forma, parece claro que a desconsideração da personalidade jurídica realizada e comunicada durante a sessão de julgamento claramente viola garantias constitucionais importantes dos afetados pela medida.

c) A decretação da desconsideração à luz da garantia à duração razoável do processo

A garantia à duração razoável do processo administrativo encontra-se positivada no inciso LLXXVIII[189] do artigo 5º da Constituição Federal. A disposição visa justamente garantir a celeridade, a maior eficácia e efetividade na prestação jurisdicional, seja na esfera administrativa seja na esfera judicial. Tal garantia deve ser verificada pelo legislador, pelos juízes, pelos agentes públicos, pelos agentes privados e qualquer pessoa envolvida na condução do processo[190-191].

[189] "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[190] Conforme bem pontuou Rui Barbosa na célebre Oração aos Moços: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

O princípio da razoável duração do processo relaciona-se com outros princípios que também são aplicáveis ao processo administrativo, dentro os quais, a eficiência, a segurança jurídica e a legalidade.

Possível preocupação a ser levantada seria acerca da possibilidade de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica implicar a extensão do tempo de julgamento do processo administrativo. Vale ressaltar que, dada a complexidade dos processos de natureza concorrencial, seu prazo de trâmite no CADE por si só já costuma ser significativamente extenso[192].

Contudo, a obrigatoriedade da observância dos direitos ao contraditório e à ampla defesa implicam a abertura de um novo processo cognitivo para apresentação da defesa da pessoa sujeita aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica. O RI CADE trouxe previsão expressa no artigo 148 para desmembramento do processo com vistas a garantir o direito de defesa sem comprometer a celeridade:

> "Art. 148. A critério da Superintendência-Geral e por meio de despacho fundamentado, o processo administrativo poderá ser desmembrado em qualquer das seguintes hipóteses: (...)
>
> II – quando houver excessivo numero de representados e para não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa;"

Vale notar ainda que esta disposição está em linha com as previsões do CPC[193] e Código de Processo Penal[194], que também possuem disposições de limitação do

---

[191] Segundo Odete Medauar: "Em essência, o princípio da razoável duração do processo administrativo visa à tramitação sem delongas deste, sem extensos períodos de paralisação, para que a decisão seja tomada no menor prazo possível ou para que sejam cumpridos os prazos fixados em normas. Por outras palavras, este princípio traduz a exigência de aceleração temporal da tomada de decisões em processos administrativos. Evidente qe a palavra razoável traz ínsitas as ideias de equilíbrio, de ponderação, de dosagem, de justo. Assim, por exemplo, para assunts simples, repetitivos ou sobre os quais incidem orientações firmadas, os prazo de tramitação hão de ser curtos. Para os casos dotados de verdadeira complexidade, o lapso temporal deve ser mais amplo, mas não infinito." MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. **Atuais rumos do Processo Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 100.

[192] Segundo números disponíveis no site do CADE, em 2015, o tempo médio de processo para apuração de condutas no CADE foi de 2.515,9 dias o que representa aproximadamente 7 anos. Dados disponível em: http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b2859563b268bc46d07ece67fa5f. Acesso em 5.7.2015.

[193] "Art. 46. (...) Parágrafo Único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão." Tal disposição foi aprimorada no Novo Código de Processo Civil: "Art. 113. (...) § 1º. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este

litisconsórcio passivo em benefício do direito de defesa e da celeridade processual. Portanto, a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 34 da LDC, em nada prejudicaria a observância do princípio da celeridade processual.

Ainda que o processo seja desmembrado, a necessidade de disponibilização de prazo para apresentação de defesa em razão da desconsideração da personalidade jurídica, necessariamente reabriria o prazo para que as demais pessoas, físicas e jurídicas, presentes no pólo passivo, apresentem novamente suas defesas.

Ainda que não seja possível definir com precisão os efeitos concretos da desconsideração da personalidade jurídica sobre a garantia de duração razoável do processo, é certo que de alguma forma a incidência da teoria possui reflexo negativos em tal garantia.

d) A decretação da desconsideração e a resistência de sua aplicabilidade na esfera administrativa

Somado a tais desafios, há ainda as discussões doutrinária e jurisprudenciais, colocadas nos capítulos anteriores, da conformação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à processualidade administrativa, assunto ainda não pacificado. Nesse sentido, vale resgatar a oposição de Modesto Carvalhosa a essa determinação no contexto da Lei Anticorrupção, que também parece plenamente aplicável no contexto da Lei n.º 12.529/2011:

> "[N]ao existe em nosso Ordenamento, essa competência administrativa para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e nem poderia, com efeito, haver num Estado Democrático de Direito.
>
> Somente o Poder Judiciário poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e ainda assim, para determinados e específicos efeitos, mediante o devido processo legal."[195]

---

comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença." BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Seção 1, p. 1.

[194] "Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação."

[195] CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 363.

Ressalta-se que este receio na utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa ainda é bastante presente não apenas no CADE, como também em outras instâncias, como bem aponta Flavia Albertin de Moraes[196]:

> "[A] administração pública, muitas vezes, ainda receosa da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma direta, sem o aval do Poder Judiciário, conclui o processo administrativo punitivo sem desconstituir o ente moral fraudulentamente construído. Posteriormente solicita, quando da execução fiscal, que o magistrado, ante a evidência de irregularidades considere como sujeito passivo do processo judicial a pessoa física responsável pelo ardil."

Colocadas as considerações sobre os desafios de ordem processual acima, é importante também analisar os requisitos materiais a serem verificados para que a desconsideração da personalidade jurídica seja possível no processo administrativo de apuração de infração à ordem econômica.

3.3.2. Aspectos materiais acerca da desconsideração da personalidade jurídica na apuração de infrações à ordem econômica

A redação do artigo 34 da LDC estabelece de forma bastante ampla as hipóteses em que estaria autorizada a adoção da desconsideração. Não obstante, os limites disponíveis ao julgador para sua aplicação são menores quando comparados àqueles conferidos no Código de Defesa do Consumidor que, como apontado acima, autoriza a desconsideração sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores. A Lei n.º 12.529/2011 estabelece critérios objetivos – apesar de amplos – que não incluem, tão somente, a questão patrimonial como orientação para a desconsideração da personalidade jurídica.

A partir da comparação acima colocada se extrai que a desconsideração da personalidade jurídica, no direito antitruste, extrapola a finalidade meramente patrimonial, buscando também coibir o cometimento de fraudes e abusos instrumentalizados pela pessoa jurídica, e cometidos por aqueles que detém poder decisório ou influência relevante nas decisões estratégicas da Companhia.

---

[196] MORAES, Flavia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 45- 65, set.-dez 2009.

Contudo, ainda que as hipóteses para desconsideração da personalidade jurídica previstas na LDC sejam bastante abrangentes, não há registros de que o CADE tenha se utilizado desse expediente para garantir a responsabilização de pessoas físicas e/ou jurídicas, ainda que sua atuação tenha sido pautada pelas hipóteses materiais que autorizariam a aplicabilidade da teoria.

As dificuldades probatórias relacionadas ao levantamento de um conjunto suficiente de provas para a configuração do abuso de direito, do excesso de poder, da infração da lei, do fato ou ato ilícito ou da violação dos estatutos ou contrato social, acabaram por relegar ao instituto da desconsideração um caráter secundário frente às outras formas de responsabilização que podem incidir diretamente, sem que seja necessária a comprovação do abuso e da fraude por parte dos administradores. . Isso já foi objeto de constatação por especialistas da área:

> "Pouco se tem recorrido à desconsideração da personalidade jurídica ante a possibilidade de responsabilização solidária de dirigentes ou administradores (art. 32) ou das empresas do grupo (art. 33), os quais não requerem situações específicas para sua aplicabilidade – ainda assim, não deixa de ser mais uma alternativa para buscar responsabilização pela infração da ordem econômica."[197]

Os desafios relacionados à identificação de um conjunto probatório convincente que permita à autoridade configurar a fraude ou o abuso de poder, identificar as pessoas físicas ou jurídicas que poderão ser responsabilizadas, e os limites de sua responsabilização, são adicionais àqueles já presentes na identificação de infrações contra a ordem econômica.

Apesar da delimitação legal das hipóteses materiais que autorizariam a autoridade a proceder com a desconsideração da personalidade jurídica, sua eficácia material ainda é bastante duvidosa, uma vez que existem importantes desafios de ordem procedimental que dificultam a utilização do instituto pelo CADE. Somado a isso, a Lei n.º 12.529/2011 já disponibiliza, sem que seja necessária a configuração do abuso e da fraude, outros mecanismos que permitem a extensão da responsabilização a administradores e outras pessoas (físicas e jurídicas) pertencentes ao mesmo grupo econômico.

---

[197] ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 34-35.

3.3.4. Os limites subjetivos da previsão normativa da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo perante o CADE

A definição dos limites subjetivos do alcance da desconsideração da personalidade jurídica prevista na LDC é um dos principais desafios colocados para sua aplicabilidade. A redação do artigo 34 da LDC prevê que a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável a todas as sociedades que possam ser responsáveis pelo cometimento da infração à ordem econômica.

A leitura desse dispositivo legal aponta para a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios ou empresas do grupo que tiverem praticado condutas infrativas à ordem econômica, instrumentalizadas por meio da pessoa jurídica em comprovado abuso, excesso de poder, fato ou ato ilícito. Nesse contexto, a teoria seria aplicável a todos os casos nos quais os sócios da sociedade infratora, bem como outras empresas tenham sido condenados pela prática da infração[198].

O conceito de grupo econômico para fins de apuração de infrações à ordem econômica descrito acima se torna um instrumental importante para delimitar subjetivamente os afetados por eventual medida de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, ressurge a dificuldade relacionada ao largo conceito utilizado para definição de grupo econômico concorrencial o que por consequência se reflete na amplificação dos potenciais sujeitos que poderiam ser atingidos pela medida.

Vale ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica com possibilidade de atingimento de outras pessoas jurídicas pertencentes ao grupo econômico da sociedade infratora, revela a amplitude subjetiva do dispositivo. Nesse sentido, é importante tecer algumas diferenciações acerca da desconsideração da personalidade jurídica aplicável a grupos de empresas e dos efeitos decorrentes da ampliação excessiva da exposição patrimonial de outras empresas.

---

[198] Nesse sentido, vale resgatar as ponderações de Leonor Cordovil: "No caso da lei concorrencial, inexistindo opção similar à do Código de Defesa do Consumidor, pode-se pensar que a desconsideração está autorizada sempre que houver infração e que os sócios ou empresas do grupo econômico tiverem agido em abusos, excesso de poder, fato ou ato ilícito. Ou seja, poder-se-ia considerar que ela é válida em todos os casos nos quais os sócios ou outras empresas também foram condenados pela prática de infração." CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 98.

Conforme demonstrado acima, grupos econômicos foram criados justamente para trazer racionalidade à exploração da atividade econômica de certo grupo de empresas. E ainda que a definição adotada pelo CADE seja pautada na existência de centralização decisória capaz de orientar estratégias e comportamentos de um conjunto de empresas, as sofisticadas estruturas modernas contrapõem interesses diversos (controladores, controladas, minoritárias, credores) e a identificação do centro decisório pode nem sempre ser tão clara[199].

Com o objetivo de garantir o respeito à defesa da concorrência por meio do combate à impunidade, o legislador conferiu ao CADE poderes amplos para aplicabilidade de sanções. Nesse sentido, a ampliação da exposição patrimonial de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas), seja por meio da responsabilidade solidária seja por meio da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica com potencial atingimento de outras empresas do mesmo grupo econômico é um medida que vulnera a segurança jurídica daqueles que, potencialmente, seriam atingidos pela medida.

No âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.001826/2003-10, em que se apurava a existência de cartel entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul para atuar em licitações públicas e privadas, durante as discussões acerca das sanções aplicáveis às pessoas físicas durante a 406ª sessão de julgamento ocorrida em 19 de setembro de 2007[200], o Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú declarou que a posição de administrador pressupunha a participação no cartel, uma vez que as pessoas físicas nessa posição teriam por dever responder pela sociedade.

O Conselheiro Relator apoiou seu entendimento na possibilidade de responsabilização direta dos administradores, prevista no artigo 23 da Lei n.º 8.884/1994 (e

[199] As dificuldades relacionadas a criação de uma regulação aplicada a grupo de empresas são partilhadas por outros segmentos do direito regulatório. Nesse sentido, convém relembrar as lições de Antunes: "[...] as empresas plurissocietárias são estranhas criaturas no mundo econômico contemporâneo, geradas no ventre geneticamente antinômico do direito societário moderno: as razões e os fracassos e becos sem saída da sua disciplina actual. Por isso, é nossa convicção profunda que qualquer futura regulação jurídica deste fenômeno apenas poderá ter êxito caso, numa espécie de 'regresso às origens', sejam reequacionadas, de modo consistente e global, as próprias fundações do Direito das Sociedades do séc. XXI, desfazendo definitivamente o nó górdio entretecido pela sua paradoxal genealogia: Enquanto isso não for feito, não é de esperar qualquer avanço ou progresso significativo na matéria." ANTUNES, José A. Engracia. Estrutura e Responsabilidade na Empresa: o moderno paradoxo regulatório. **Revista de Direito GV**, p. 29-68, n.º 2, v. 1, jun. - dez. 2005.

[200] Os áudios encontram-se disponíveis no site do CADE: www.cade.gov.br (Acesso em 1.7.2015).

replicada no artigo 37, inciso III, da Lei n.º 12.529/2011[201]), ainda que contra eles inexistissem provas específicas de seu envolvimento na conduta investigada. A condenação, ainda que de forma imprecisa, pautou-se na premissa de que a conduta ilícita praticada pela empresa seria manifestada por seu representante, no caso, o administrador.

Na hipótese em questão não restou demonstrado que os administradores das sociedades condenadas tivessem atuado em abuso ou em fraude capazes de autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

O Conselheiro Luis Fernando Schuartz apresentou manifestação expressa de discordância dessa posição, indicando que a inexistência de prova específica de participação do administrador na conduta, impediria qualquer tipo de condenação em relação à pessoa física. Assim, mesmo a comprovação do abuso ou da fraude dos administradores para a prática do ilícito, a personalidade jurídica de seus administradores e dirigentes foi desconsiderada na decisão administrativa final.

A despeito das importantes diferenças de ordem técnica relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica, da presunção de culpabilidade dos administradores em função de teorias do tipo "domínio do fato", como se extrai da decisão do CADE acima relatada, e da previsão de responsabilização solidária de sociedade de um mesmo grupo – os requisitos para cada uma das situações são diferentes e não podem ser confundidos[202] – os efeitos de exposição patrimonial por infrações cometidas por terceiros é similar. Dada a dificuldade de coletar provas das relações intragrupos para a configuração das hipóteses de desconsideração prevista no artigo 34, o CADE opta pela utilização da responsabilização solidária que dispensa tais comprovações.

Logo, ainda que a previsão da desconsideração da personalidade na LDC tenha sua aplicabilidade vulnerada frente à disposição de responsabilidade solidária, sua aplicação poderia representar um importante instrumento para que se atinja diretamente a sociedade

[201] Diferentemente da redação da Lei n.º 8.884/1994, a LDC acrescenta que somente é punível o administrador "direta ou indiretamente responsável pela infração cometida".

[202] Para a responsabilização solidária dos administradores - seja pessoa física ou jurídica - é exigível a presença de prova específica do seu envolvimento na conduta enquanto, para que possa existir a desconsideração da personalidade jurídica em relação a pessoas físicas ou a outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo, essencial comprovar que houve abuso ou fraude para então tornar essas pessoas responsáveis pelas sanções aplicadas à pessoa jurídica infratora.

ou a pessoa física de fato responsável pelo cometimento do ilícito. Portanto, é de extrema relevância analisar os efeitos decorrentes de sua previsão e de sua potencial incidência.

3.4. Efeitos da expansão da exposição patrimonial por meio da previsão da desconsideração da personalidade jurídica

Ainda que o CADE não tenha se debruçado sobre a aplicabilidade da teoria da desconsideração de forma mais atenta, a sua previsão legal e a disponibilidade desse instrumento, por si só, já ocasionam efeitos concretos. À análise do fenômeno da positivação, devem ser ponderados outros fatores que também influem na produção de efeitos de dada norma. Nesse sentido, as ações dos agentes são pautadas não apenas pelas leis, como também por sua tradução sob a ótica dos valores e percepções dos agentes a quem a norma se destina.

Portanto, a percepção de custos, riscos e benefícios de dada disposição legal influi diretamente na sua aplicabilidade e nos potenciais efeitos gerados pela disposição legal. Assim, a leitura de uma disposição legal deve ser feita não apenas como um comando, mas também como um incentivo[203]. E ainda que o CADE não tenha se utilizado diretamente do expediente da desconsideração da personalidade jurídica, é inegável que há efeitos decorrentes de sua expressa previsão.

Conforme explicado acima, as hipóteses de responsabilização solidária previstas nos artigos 32 e 33 têm efeitos bastante semelhantes à desconsideração, uma vez que permite a responsabilização de terceiros, ainda que não diretamente tenham praticado a conduta objeto de investigação. Portanto, os efeitos concretos já produzidos como

[203] Vale resgatar as ponderações de Bruno Meyerhof Salama: "Quando consideramos as leis não apenas comandos, mas também incentivos, logo vemos que os resultados concretos das mudanças legislativas podem ser muito diferentes daqueles originalmente pretendidos. Na prática, os incentivos podem ser tais que a mudança legislativa venha a causar efeitos muito diferentes daqueles originalmente desejados, e às vezes até mesmo oposto a eles. Um ponto adicional é o de que os efeitos não previstos das normas geram condições para novas ações do legislador, criando assim o processo a que venho me referindo como *dialética regulatória*. Assim, a lei e os precedentes judiciais condicionam os comportamentos, mas por estes também podem ser condicionados, reformatados e finalmente alterados. A normatização estatal busca regular – isto é, disciplinar, condicionar, dirigir, limitar, induzir, ordenar – as condutas das pessoas, inclusive as pessoas jurídicas. Mas as leis, uma vez editadas redimensionam o ambiente em que os indivíduos agem, e logo as ações e circunstâncias a serem regradas após a edição da lei já serão, com enorme frequência, distintas daquelas que se podia observar antes da edição da lei. (...) Com enorme frequência, os agentes privados reagem criativamente às normas – ora lícita, ora ilicitamente –, e tais reações criam as condições para nova evolução normativa. Daí a natureza dialética da regulação em todos os campos, inclusive no da responsabilidade empresarial." SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2014. p. 386.

decorrência da aplicabilidade das hipóteses de responsabilização solidária podem servir de orientação dos efeitos que seriam produzidos a partir do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

À luz dessas considerações, serão analisados os efeitos materiais da previsão de desconsideração da personalidade jurídica no comportamento dos agentes privados, na realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência, bem como no incremento dos riscos relacionados à judicialização das decisões do CADE.

3.4.1. Sob a perspectiva dos agentes privados

Por meio da expansão da exposição patrimonial decorrente da previsão de desconsideração da personalidade jurídica, ou mesmo da hipótese de responsabilização solidária, a LDC acaba, em certa medida, por mitigar parte dos benefícios decorrentes da personificação de entes coletivos.

Sob a perspectiva privada, a ampliação da exposição patrimonial de agentes econômicos acaba por limitar o empreendedorismo e os incentivos ao investimento. Por óbvio, não se pode admitir que fraudes sejam cometidas em benefício da atração de investimentos. Contudo, ao analisar o caráter indutor da norma, nota-se que há um incentivo à redução da propensão para investir, dados os riscos envolvidos em possível atingimento do patrimônio como decorrência da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda que inexista uma pesquisa empírica que reúna dados quantitativos acerca dos reais custos econômicos envolvidos, parece correto concluir haver maior risco associado a investimentos em sociedades cuja limitação de responsabilidade pode ser vulnerada e, por tal razão, há uma redução da propensão de agentes racionais investirem nesse tipo de negócio.

Além da redução dos investimentos em termos quantitativos, há também uma redução de sua diversificação como estratégia de preservação patrimonial. Nesse sentido, em situação de exposição patrimonial, as pessoas teriam interesse apenas em investir em empresas pequenas, nas quais fosse possível controlar o processo decisório.

Como consequência ainda de ordem privada, alguns autores[204] apontam as dificuldades relacionadas ao recrutamento de diretores e conselheiros. Tal dificuldade acarreta um incremento nos custos relacionados ao desenvolvimento de atividades econômicas no território nacional, uma vez que para a contratação de profissionais experientes as empresas muitas vezes são obrigadas a oferecer maiores remunerações, ou até mesmo, contratarem seguros de responsabilidade civil de administradores.

Especificamente em relação ao processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica, os receios são amplificados, uma vez que não há qualquer limite em relação à responsabilização, seja via desconsideração da personalidade jurídica, seja via responsabilização solidária, à luz da participação do agente, da exposição às potenciais sanções aplicáveis. Nesse sentido, não há qualquer segurança da existência de limites objetivos para que ocorra a transferência da responsabilidade da sociedade infratora a seus sócios ou demais membros de seu grupo econômico.

Como consequência decorrente da dificuldade de recrutamento de administradores e conselheiros, ocorre o fenômeno também conhecido por *fuga* de responsabilidade. Segundo Bruno Salama, o fenômeno da *fuga* "tem servido de combustível para a criação das mais variadas estruturas de fachada nas empresas".[205]

Portanto, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas na LDC tem potencial de impactar de forma significativa nas atividades econômicas desenvolvidas pelos agentes privados. Contudo, os efeitos não se restringem ao âmbito privado, mas refletem também na realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência.

3.4.2. Sob a perspectiva da realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência

É inegável que as incertezas relacionadas à exposição patrimonial de entes privados por meio da aplicação de sanções por infrações à ordem econômica comprometem a realização do objeto tutelado pela defesa da concorrência[206]. Afinal, a ausência de

---

[204] SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2014. p. 388.

[205] SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2014. p. 390.

[206] Há autores que defendem a mesma posição: "a correta atribuição de responsabilidade por ilícitos concorrenciais é parte essencial da adequada aplicação da lei pela autoridade concorrencial e constitui parte

previsibilidade na aplicação das normas que afetam a atividade de agentes no mercado é fator de insegurança jurídica.

Especificamente em relação à aplicação de sanções, a insegurança se reflete na inexistência de critérios objetivos relacionados à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica; na amplitude das hipóteses que legalmente autorizariam o CADE a adotar a medida; e na inexistência de precedentes que permitam uma identificação do entendimento da autoridade sobre o dispositivo.

Dadas as características da tutela da concorrência, em especial sua dinamicidade, a existência de um sistema estruturado e coeso é essencial à luz da dimensão dos efeitos que as sanções previstas na LDC podem ocasionar. Vale, nesse sentido, resgatar as lições de Maria Sylvia[207] em relação ao princípio da segurança jurídica:

> "O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública".

Caso se considere a proteção e a maximização do bem estar do consumidor como objetivos do direito da concorrência, a previsão da desconsideração da personalidade jurídica – e até mesmo as hipóteses de responsabilização solidária previstas nos artigos 32 e 33 da LDC – contribue com esse objetivo, na medida em que permite que as finalidades preventiva e retributiva das sanções antitruste sejam atingidas de forma mais plena.

A previsão de desconsideração da personalidade jurídica também apresenta um potencial de incrementar os custos relacionados ao desenvolvimento das atividades econômicas pelos agentes privados, em razão dos efeitos acima indicados. Contudo,

---

importante das políticas de aplicação da lei pela Comissão Europeia". Traduzido pelo autor do original: "a correct attribution of liability for antitrust infringements […] is essential for the proper functioning of any antitrust enforcement authority and constitutes an important part of the European Commission´s enforcement policy". MONTESA, Aitor; GIVAJA, Angel. When Parents pay for their children´s wrongs: attribution of liability for EC Antitrust Infringement in Parent-Subsidiary Scenarios. **World Competition: Law and Economics Review 29**, p. 555-574, no. 4, dezembro de 2006.

[207] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85.

inexistem estudos que apontem com clareza em que medida tal incremento de custos seriam repassados aos consumidores.

Caso se considere como objetivo do direito da concorrência a maximização de eficiências alocativas, parece que a insegurança jurídica suscitada pela previsão da desconsideração influi negativamente na sua realização. Conforme colocado no item acima, os riscos econômicos ponderados por agentes privados em face da desconsideração da personalidade jurídica possui um efeito de tornar suas decisões mais conservadoras o que, nem sempre, implicará uma decisão compatível com a alocação mais eficiente de determinado ativo/investimento.

Ainda, caso sejam considerados outros objetivos, como, por exemplo, a proteção de pequenos negócios, a desconsideração da personalidade jurídica também não parece contribuir para sua consecução. O mecanismo de *fuga* repercute de forma diferente em relação a empresários maiores e menores, uma vez que aqueles dispõem de uma quantidade superior de recursos que permitem a criação de mecanismos sofisticados e caros para proteção de determinadas pessoas jurídicas ou físicas de serem afetadas por algum expediente de desconsideração.

Não obstante, a manutenção da previsão da desconsideração da personalidade jurídica no texto legal, ainda que sua utilização tenha sido deixada de lado em face da utilização de outras hipóteses de responsabilização, demonstra a intenção do legislador em assegurar ao CADE instrumentos que garantam a máxima efetividade na punição daqueles agentes que violam a concorrência.

Em face da importância da previsão de desconsideração da personalidade jurídica e levando em consideração as incertezas relacionadas à sua incidência, convém analisar as perspectivas relacionadas à judicialização de decisões da autoridade antitruste brasileira.

3.4.3. Sob a perspectiva da judicialização de decisões administrativas do CADE

As dificuldades de natureza probatória, relacionada à expansão da responsabilidade pelos ilícitos cometidos pela pessoa jurídica abrem espaço a contestações das decisões do CADE pelos mais variadas razões. Assim, a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo para apuração de infração à ordem

econômica abre alguns flancos que incrementam a probabilidade de judicialização das decisões da autoridade antitruste.

Dentre esses riscos, é possível identificar a inexistência de uma regulamentação procedimental adequada para aplicação desse instrumento, com regulamentação do procedimento de defesa e da possibilidade de contraditar as provas apresentadas por outros representados. É sabido que a existência de falhas processuais, em especial a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para a judicialização de decisões administrativas[208].

À luz das dificuldades relacionadas à identificação de violações à legislação antitruste acrescidas dos desafios associados à configuração das hipóteses que autorizaram a desconsideração da personalidade jurídica, os parâmetros para valoração das provas nesses casos também podem ensejar o recurso ao Judiciário. A adoção de premissas, como aquelas adotadas pela Comissão Europeia para incidência da *parental liability*, pode incrementar a judicialização desse tipo de decisão.

O elevado grau de intervenção na esfera de direitos privados que decisões pela desconsideração da personalidade jurídica, ou até mesmo pela responsabilização solidária, também pode ser um fator de incremento da possibilidade de judicialização das decisões administrativas do CADE. Vale ressaltar que infrações à ordem econômica costumam ser apenadas com valores de elevada monta. Assim, a exposição patrimonial a sanções de importantes repercussões quantitativas ocasionadas pela desconsideração da personalidade jurídica constitui um ponto importante no interesse dos agentes privados em judicializar a decisão administrativa.

Além disso, a judicialização de decisões em casos caracterizados pela implementação de políticas públicas, como aquelas aplicadas pelo CADE, que envolvem direitos econômicos e sociais, plurissubjetivos e distributivos, carrega em si desafios de

[208] Vale destacar, neste ponto, a pesquisa empírica conduzida pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) sobre a revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: "Verificou-se nos casos em análise o apelo bastante recorrente a questões de forma, isto é, vícios procedimentais no âmbito do processo administrativo levados ao judiciário como um argumento para que fosse requerida a anulação da decisão administrativa. Dos 52 recursos em análise, em 16 deles houve questionamento sobre questões formais, havendo efetivamente revisão motivada por vícios procedimentais em apenas cinco casos dos 15 em que houve alguma revisão." ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim. **Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 73.

natureza institucional, uma vez que põe em dúvida se o judiciário seria mesmo a instituição mais adequada à realização de políticas públicas. Assim, cumpre ressaltar que o judiciário enfrenta algumas dificuldades para lidar com a revisão de decisões administrativas que envolvem políticas públicas e há uma inegável tendência de aplicação de parâmetros utilizados às demandas privadas a esse tipo de caso[209].

A decisão pela expansão do polo passivo sujeito às determinações das decisões do CADE, seja via desconsideração da personalidade jurídica, seja via responsabilização solidária (que, no limite, também implica a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade infratora), revela a opção de política pública em privilegiar a defesa da concorrência em detrimento a aspectos relacionados à personificação de entes coletivos. A efetividade dessa escolha dependerá da objetividade com que a autoridade enfrentará os desafios de ordem material e processual, de modo a garantir que as sanções aplicadas cumpram a função preventiva e retributiva, bem como atinjam a sua finalidade última, qual seja, o reestabelecimento das condições de concorrência nos mercados violados.

[209] Nesse sentido: "Os juízes mostram alguma dificuldade em lidar com questões de políticas públicas e o papel das agências na composição de interesses públicos, privados e coletivos, reduzindo-os aos moldes do direito privado. Como retrata o exemplo abaixo, o Judiciário ainda enxerga a atuação da agência apenas como intervenção do Estado na livre iniciativa dos agentes, conforme modelo clássico do direito econômico." FERRAZ, Tercio Sampaio; AZEVEDO, Paulo Furquim de Azevedo; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 27.

CONCLUSÕES

A presente dissertação propôs-se a analisar a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica em trâmite perante o CADE. A importância da aplicação da teoria na esfera administrativa está em ascensão, e sua utilização vem representando um importante marco no combate a condutas que representem violações passíveis de sanções administrativas.

Partindo de um cotejo entre os princípios que orientam o direito administrativo, pretendeu-se aqui demonstrar a compatibilidade entre a teoria da desconsideração e os princípios que orientam o processo administrativo, desde que a autoridade administrativa utilize técnicas processuais adequadas para a observância das garantias processuais dos administrados e das políticas públicas perseguidas.

Tendo em vista que a conformação da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento brasileiro não foi uniforme. A justificativa para a existência de diferentes critérios em relação à possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica relaciona-se diretamente com o objeto de tutela de cada segmento do direito. Assim, dada a amplitude do tema e a abordagem não uniforme pelo ordenamento jurídico brasileiro, a escolha por um caso de estudo fez-se necessária.

A política de defesa da concorrência nos últimos anos passou por importantes alterações que configuram, em realidade, o amadurecimento e o aprendizado do CADE em relação à implementação de políticas públicas e também como instituição judicante. A experiência internacional foi refletida em muitos aspectos nas práticas e normas editadas pela autoridade antitruste brasileira. Frente a tantos avanços, o questionamento acerca da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ainda encontra-se em estado incipiente.

Tão importantes quanto os avanços observados na promoção da concorrência são aqueles observados na ampliação e consagração da processualização como forma de exercício da função administrativa. Esses desdobramentos resultaram no reconhecimento da processualização como forma de desenvolvimento de um ambiente profícuo ao exercício da democracia e também como um instrumento de legitimação da atividade administrativa.

O estudo da temática em relação ao CADE ainda apresenta nuances variadas relacionadas à previsão de possibilidade de responsabilização solidária do grupo econômico e dos administradores no caso de infrações à ordem econômica. Tal previsão pode ser tida como uma forma simplificada de atingimento dos mesmos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, sem que fosse necessária a comprovação de abuso de poder, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social.

De fato, a obtenção desse tipo de prova, mesmo para o CADE, que dispõe de amplos poderes instrutórios, é de extrema dificuldade. E, nesse sentido, a opção do CADE é pela responsabilização solidária, ainda que uma decisão devidamente fundamentada e com elementos probatórios suficientes pela desconsideração seja mais legítima e menos propensa a recursos judiciais.

Como decorrência dessa opção tácita pela responsabilização solidária, os desdobramentos processuais decorrentes da incidência da desconsideração, de fato, ainda não foram explorados na prática. Contudo, à luz da experiência pretérita do órgão, e das previsões que regulam o processo administrativo constantes das Resoluções do CADE, é possível antecipar algumas questões, como o momento oportuno ao exercício do contraditório e da ampla defesa após a desconsideração, e a possibilidade de compatibilização do instituto com os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo.

Nesse contexto, a regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo novo CPC também privilegia o exercício de tais garantias e, subsidiariamente, pode também pode nortear a procedimentalização da aplicação do instituto na esfera administrativa e, mais especificamente, nos processos administrativos conduzidos pelo CADE.

Há ainda outras questões igualmente não enfrentadas como, por exemplo, os limites da desconsideração e a possibilidade de algum tipo de gradação na medida do abuso perpetrado, do excesso de poder ou da violação às leis ou aos estatutos. Ainda que esses caminhos não tenham sido explorados na prática jurídica ou na doutrina, parece que uma decisão com motivação adequada perpassa a realização de uma instrução probatória suficiente que permita identificar os limites de imputação de responsabilidade a cada um

dos agentes afetados pela desconsideração. Não obstante tais possibilidades, essa é uma abordagem que somente pode ser realizada no caso concreto e com base no princípio da proporcionalidade.

Ainda em relação aos limites subjetivos de alcance da desconsideração da personalidade jurídica, para além da sua gradação, a própria delimitação dos sujeitos potencialmente afetados é um desafio a ser enfrentado pelo CADE. A redação da LDC sugere que esse limite estaria adstrito ao conceito de grupo econômico definido pela autoridade. Contudo, esta definição ainda é bastante ampla e tem por fundamento conceitos bastante fluidos, como, por exemplo, o conceito de influência relevante.

Nesse sentido, vale destacar que os precedentes existentes já indicam algumas balizas para, ao menos delinear o conceito de influência relevante. Assim, a partir dos precedentes do CADE foi possível extrair algumas conclusões sobre o conceito de influência relevante identificando-o com a existência de uma orientação central sobre estratégias competitivas como, por exemplo, determinação de foco competitivo, identificação de marcas, seleção de canais de distribuição, relação entre a marca e seu canal de distribuição, qualidade do produto ou do serviço, liderança tecnológica, integração vertical, política de custos, prestação de serviços auxiliares, política de preços, alavancagem financeira, relacionamento com a matriz, relacionamento governamental, etc.

É inegável que a amplitude do conceito de influência relevante se reflete na expansão dos riscos às pessoas físicas e jurídicas pertencentes a um mesmo grupo econômico segundo o conceito adotado pelo CADE. Como consequência, algumas das importantes conquistas decorrentes da limitação de responsabilidade restam parcialmente mitigadas em razão da exposição patrimonial a uma sanção imposta pela autoridade concorrencial a que estão sujeitas empresas consideradas como pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Assim, ainda que não exista um parâmetro ideal, mesmo a jurisprudência internacional ainda encontra dificuldades em relação ao limite subjetivo para incidência da *parental liablity*, o enfrentamento do tema pelo CADE no futuro, e posterior análise pelo Judiciário, pode ajudar a estabelecer balizas mais concretas para circunscrever melhor tais limites.

Dadas as peculiaridades inerentes ao direito antitruste e os interesses que tutela, as posições e práticas adotadas por outras autoridades administrativas dificilmente poderiam ser utilizadas como parâmetros para a aplicabilidade da desconsideração em processos administrativos de natureza concorrencial. Em outros termos, a despeito do compartilhamento de alguns desafios relacionados à incidência de princípios decorrentes do processo administrativo, a peculiaridade da matéria concorrencial torna a abordagem bastante distinta no que tange ao alcance da desconsideração.

Assim, em relação à primeira indagação colocada no inicio do trabalho, os principais desafios enfrentados na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa envolvem a compatibilização entre a utilização do instituto e os princípios constitucionais e processuais aplicáveis ao processo administrativo. A superação do princípio da legalidade estrita, como preceito negativo de limitação da atuação administrativa àquilo definido por lei, para o princípio da juridicidade também é necessário, uma vez que apenas alguns normativos incluíram expressamente a possibilidade de desconsideração.

Nesse sentido, para além do princípio da juridicidade, o STF tem se utilizado da teoria dos poderes implícitos como forma de demonstrar que a partir das competências conferidas aos órgãos administrativos é também possível extrair também poderes implícitos, ou seja, regras habilitantes de agir, das autoridades administrativas. Portanto, a teoria dos poderes implícitos também serve de fundamento para a utilização da desconsideração na seara administrativa.

Ainda que não exista uma regulamentação da procedimentalização para aplicação na esfera administrativa do instituto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC pode trazer orientações, ainda que subsidiárias para o desenvolvimento e incremento da aplicabilidade da matéria também nos processo administrativos.

Em relação à segunda indagação, as dificuldades de ordem material enfrentada pelo CADE estão relacionadas à delimitação dos limites subjetivos da incidência da desconsideração à luz das diretrizes do órgão relacionadas à definição de grupo econômico. Ainda em relação aos aspectos materiais, a despeito da amplitude das hipóteses

que autorizariam a desconsideração, a possibilidade de atingir outros entes do grupo por meio da responsabilização solidária, ofusca a aplicabilidade do instituto.

Especificamente em relação aos desafios de natureza processual, o órgão se depara inicialmente com dificuldades de natureza instrutória e na obtenção de elementos de prova suficientes à configuração das hipóteses legais que permitem a desconsideração da personalidade jurídica. Ainda, como desafio adicional está a necessidade de respeito às garantiras do contraditório e da ampla defesa, sem vulnerar a duração razoável do processo.

Em síntese, ao final do estudo empreendido, conclui-se que, embora a desconsideração da personalidade jurídica seja um importante instrumento para garantir que a sanção administrativa seja efetiva e atinja o agente que efetivamente se utilizou ilicitamente da roupagem social, o CADE vem conferindo um tratamento secundário à utilização do instituto. Assim, há importantes avanços a serem introduzidos nesta seara tanto sob a perspectiva material quanto sob a perspectiva processual ainda não explorados pela autoridade administrativa.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, p. 687, n. 3, v. 113, jan. 2000.

ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim. **Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 73.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 34-35.

ANTUNES, José A. Engracia. Estrutura e Responsabilidade na Empresa: o moderno paradoxo regulatório. **Revista de Direito GV**, p. 29-68, n. 2, v. 1, jun.-dez. 2005.

_____. **Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária.** 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 655.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 452.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 151.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972. p. 127-128.

_____. **Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. p. 169.

BLUMBERG, Phillip I. et al. **Blumberg on Corporate Groups**. Frederick: Aspen, 2007. p.10-8.

_____. The corporate Entity in an era of Multinational Corporations. **Delaware Journal of Corporate Law 15**, p. 283, abril 1990.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself**. 2ª Edição. Nova Iorque: The Free Press, 2003.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE. Resolução n.º 1/2012, de 29 de maio de 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.005928/2003-12. Voto Vista do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. j. em 6 de agosto de 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08700.007119/2012-70. Parecer da Procuradoria. j. em 28 de setembro de 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n.º 08700.005448/2010-14. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 14 de dezembro de 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 53500.012487/2007. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 28 de abril de 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70. Relator: Conselheiro Fernando Furlan, j. em 1º de setembro de 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.008415/2009-41. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. em 11 de novembro de 2009.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 9 de agosto de 1943. Seção 1, p. 11937.

_____. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de janeiro de 1916. Seção 1, p. 133.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998. Seção 1, p. 1.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Seção 1, p. 1.

_____. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de junho de 1994. Seção 1, p. 8437.

_____. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de fevereiro de 1999. Seção 1, p. 1.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. Seção 1, p. 9.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Seção 1, p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 63.981/SP, da 4ª Turma. Recorrente: Plinio Gustavo Prado Garcia. Recorrido: Panasonic do Brasil Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 11 de abril de 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 228.357/SP, da 3ª Turma. Recorrente: Bferrostaal do Brasil Comércio e Indústria Ltda. Recorrido: Corumbataí Metais Indústria e Comércio Ltda. - Massa Falida. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 7 de agosto de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP, da 3ª Turma. Recorrentes: B. Sete Participações S.A., Marcelo Marinho de Andrade Zanotto e Outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.258/RN. Recorrente: Ricardo Augusto De Oliveira Cavalcanti. Recorrido: Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 930.596/ES. Recorrente: Joseph Haddad Sobrinho. Recorrido: OAB/ES. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.306.553/SC, da 3ª Turma. Embargante: Ageu Spillere e Outros. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 5 de abril de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 447990/SC, da 4ª Turma. Embargante: Demonty S.A. Relator: Ministro Ministro Luis Filipe Salomão. Brasília, DF, 25 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.484.148/SP, da 2ª Turma. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Construtora Marco Polo Ltda. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 6 de outubro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 605.387/RS, da 2ª Turma. Agravante: Flávia Maria Argenta. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 7 de novembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91661/PE. Impetrante: José Augusto Branco. Pacientes: Andredick Fontes Moura e Outros. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de março de 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1209/2009-Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Brasília, DF, 3 de junho de 2009.

BREALEY, Richard. A.; MYERS, Stewart C.; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. 5ª Edição. Nova Iorque: Editora McGraw, 1996. p. 57-81.

BRESSER PEREIRA, L.C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, p. 7-41, n. 1, jan.-abr. 1996.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luís. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de America**. Madrid: Marcil Pons, 1996. p. 104.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 908.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Edição. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 891-892.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 363.

CASSESE. Sabino. Tendenze e problema del diritto amministrativo, **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milão, p. 90, 84/2004.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 4-6.

CHAVES, Marily Diniz do Amaral. Processo Administrativo: Conceito, Princípios Gerais, Fases e Modalidades. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 31.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 14-16.

_____. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2/60.

_____. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 13.

COMPARATO, Fabio Konder. **O poder na sociedade anônima**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 74-275-283-258-286.

CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 98.

CRANE, Daniel A. Rationales for Antitrust. **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, v. 1. p. 14.

CUNILL GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Brasília: ENAP, 1998. p. 273.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo como instrumento de segurança jurídica. **Direito e Administração Pública:** estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013 p. 688.

_____; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo.** 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50.

DEPINÉ, Flávia Della Coletta. Processo Administrativo: Competência Legislativa e o âmbito de validade e aplicação das leis de processo administrativo. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 43.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 4-6.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 512.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 10.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: First Havard University Press, 1996. p. 41-44.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 370-374.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Bank of the United States *v.* Deveaux, 9 U.S. 5 Cranch 61. Juiz Marshall. Georgia, 1809. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/case.html.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2003. p. 162.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, p. 1, n.º 78, ano 19, outubro-dezembro 1964.

FERRARA, Francesco. **Trattato de Diritto Civile Italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. p. 18-22.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA**. Salvador, p. 65-74, nº 2, 2012.

_____; AZEVEDO, Paulo Furquim de Azevedo; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 27.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 522.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 97.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 08.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

FREITAS, Lúcia de Faria. Competência, Juiz Natural, Impedimentos e Suspeições. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 96-94.

FROSTHOFF, Ernst. **Traité du Droit Administratif Allemand**, trad. por Michel Fromont, Bruxelas: Bruylant, 1969. p. 38.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 237.

GIERKE, Otto Von. **Political theories of the middle age.** trad. Frederic William Maitland. Boston: Beacon Press, 1958.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 189.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Ada. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. **Revista Forense**, p. 3-15, v. 371, maio 1997.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade Anônima: poder e dominação. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 53, p. 72-80, jan.-mar. 1989.

GUILLÉN, F. M. Business groups in emerging economies: a resource-based view. **Academy of management journal.** p. 362-380, n. 3, v. 43, 2000.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor:** aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 20.

HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practice**. 4ª Edição. Nova Iorque: West Academic Publishing, 2011. p. 58-59.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 205-206.

_____. O princípio da moralidade e o direito tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, p. 50, n.º 11, 1996.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 368-373-121-340.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 86.

MAGALHÃES, Agamemnon, Abuso do poder econômico. Recife. **Folha da Manhã**, 1949, p. 12-13.

MANNE, Henry J. **Our two corporations systems:** Law and Economics. 53 VA. L. Review 1967. p. 259.

MANNING, Bayless. The Business Judgment Rule in Overview. **Ohio State Law Journal**. v. 45, Issue 3, 1984.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. **Direito Adminsitrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159-179.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 327, jan.-mar. 2004.

_____. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. Temas de Direito Administrativo. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 306.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 52-54-132.

_____. O princípio da razoável duração do processo administrativo. **Atuais rumos do Processo Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 100.

_____. Bases do Processo Administrativo. **Processo Administrativos Aspectos Atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 22.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15ª Edição, 1990, p. 580.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

MERKL, Adolfo. **Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980. p. 223-212-213.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 762.

MONTESA, Aitor; GIVAJA, Angel. When Parents pay for their children´s wrongs: attribution of liability for EC Antitrust Infringement in Parent-Subsidiary Scenarios. **World Competition: Law and Economics Review 29**, p. 555-574, no. 4, dezembro de 2006.

MORAES, Flavia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 45-65, set.- dez 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p.32-80.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Quatier Latin do Brasil, 2007. p. 166-276.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas.** Fevereiro/2009. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf. Acesso em 1.7.2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, n.º 8. Janeiro 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, p. 11-36, ano 1, n. 1, jan.-jun. 2007.

ORBACH, Barak. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 133-164, Vol. 7, No. 1, 2011. Disponível em SSRN: http://ssrn.com/abstract=1553226, acesso em 14.6.2015.

OSORIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Desvio da pessoa jurídica**. Porto Alegre: Ajuris, 1989, p. 205-206.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. **O direito à defesa na Constituição de 1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 45.

PRADO, V. M. Grupos societários: análise do modelo da Lei no 6.404/1976. **Revista direito GV**, p. 5-28, n. 2, v. 1, jun.-dez. 2005.

REINO UNIDO. House of Lords. Daimler Company, Limited Appellants; v. Continental Tyre and RubberCompany (Great Britain), Limited Respondents. Reino Unido, 1916. Disponível em: http://lawofwar.org/daimler_v_continental_tyre.htm

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 410. p. 10-24.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79.

_____. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, p. 10, n.º 136, v. 34, out.-dez. 1997.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003. v.4. p. 45.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2014. p. 386-388-390.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 217-262-263.

_____. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78.

SANCHEZ, J. M.; PAREDES, R. M. **Grupos econômicos y desarrollo: el caso de Chile.** Santiago: Cepal, 1994.

SANDULLI. Aldo M. **Il procedimento amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1964. p. 56-175-290.

SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. Paris: Libraire de Firmin Didot Frères, 1855.

SCHUARTZ. Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. **Ensaios sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 44.

_____. O direito da Concorrência e seus fundamentos. Racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, p. 57-86, n.º 117, jan.-mar. 2000.

SHELANSKI, Howard A. **Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems.** Washington: LexisNexis, 2009. p. 10.

SILVA. Alexandre Couto E. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora LTR, 1999. p. 90.

SOARES, Ehrhardt. **Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1978. p. 171.

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalita giuridica delle societa di capitali:** nella common law e nella civil law. Milão: A. Giuffre, 1964.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 99-100-297-298.

WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2006. p. 39.