

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

VITOR DI FRANCISCO FILHO

**O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E A
DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

PIRACICABA
Estado de São Paulo – Brasil
Fevereiro – 2007

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

VITOR DI FRANCISCO FILHO

**O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E A
DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Dimensões Políticas e Instrumentais do Direito.

**Linhas e Projetos de Pesquisa: Direitos Fundamentais, Globalização e Cidadania.
Empresa, Concorrência e Mercado**

Orientador: PROF. DR. ANTONIO MARTIN

PIRACICABA

Estado de São Paulo – Brasil

Fevereiro - 2007

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

VITOR DI FRANCISCO FILHO

**O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E A
DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antonio Martin
Orientador

Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina Velásques - UNIMEP

Prof. Dr. Luiz Machado Fracarolli - USP

DEDICATÓRIAS

Dedico esta obra em primeiro lugar a DEUS, que me deu o conhecimento, a poucos acessível, força e vontade para transpor as dificuldades com as quais nos deparamos no dia-a-dia;

Aos meus pais, Vitor Di Francisco (*in memorian*) e Helena Rodrigues Di Francisco (*in memorian*), aos quais devo simplesmente tudo, com a certeza de que sempre irei amá-los, independentemente de onde estiverem;

A minha querida esposa, Claudete Maria Rapelli Di Francisco, companheira inseparável de uma longa jornada, e aos meus filhos: Marcelo Rapelli Di Francisco; Milena Rapelli Di Francisco e Maíra Rapelli Di Francisco, o motivo da nossa existência, e

As minhas irmãs: Célia Maria Di Francisco e Maria Helena Di Francisco, complemento indispensável de nossa família.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Antonio Martin, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, pelos ensinamentos transmitidos e pelo apoio e orientação na execução deste trabalho, sem a qual dificilmente seria concretizado;

Aos meus professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, especificamente, *Prof. Dr. Gesse Marques Júnior e Prof. Dra. Heloisa Helena O. de Azevedo*, pela transmissão incondicional do conhecimento durante o período de curso dos créditos, bem como pela competência e dedicação no desenvolvimento da pesquisa e extensão universitária;

Aos colegas do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, pela amizade e cooperação;

Às Secretárias do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, *Sueli Catarina Verdicchio e Dulce Helena dos Santos.*, pela valiosa colaboração e pela prestatividade incondicional nos assuntos acadêmico-financeiro-administrativos.

Resumo

O presente trabalho tem como finalidade principal realizar um estudo sobre a aplicação da teoria da desconsideração jurídica no âmbito do direito concorrencial, em face do que dispõem as diversas normas que tratam da matéria, ou seja, o artigo 50 da Lei nº 10.406/02 – Novo Código Civil, o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, entre outras disposições normativas.

O direito concorrencial é uma combinação de interesses: o interesse social e o interesse individual. O primeiro, corresponde ao direito público e como tal é tutelado diretamente pelo Estado por iniciativa própria, ou por requerimento de particulares. Conceitos como práticas monopolistas e abuso de posição dominante, caem dentro deste âmbito.

Em conjunção com esse interesse público, existe um interesse individual ou privado. De fato, em matéria de concorrência desleal, persegue-se a preservação dos direitos econômicos de um competidor que foi afetado pelas atuações de outro competidor ou de um terceiro.

O direito da concorrência econômica no Brasil conforma a nosso julgamento um esforço por consolidar um novo ramo do direito no campo da formação e informação dos juristas brasileiros. Este esforço se inscreve na nova realidade jurídica que desponta com a abertura do Brasil ao mundo, que juridicamente se plasma nos numerosos tratados de livre comércio assinados até a data.

A pergunta que forçosamente surge quando estas práticas são colocadas é a maneira como a legislação nacional compreender as práticas concorrenciais desleais e, da mesma maneira, a responsabilização dos sócios a respeito destas mesmas práticas.

Portanto, o tema que se coloca para a presente pesquisa, é analisar o conceito de desconsideração da personalidade jurídica quando consideramos o âmbito do direito concorrencial.

Assim, pretende-se lançar luzes sobre uma nova área do direito, compreendendo aspectos concretos que envolvem a economia, sob a análise própria da regulações legais.

Palavras chaves: despersonalização – concorrencial - empresa

Abstract

The purpose of this work is to study the application of the theory of juridical disregard in the competition right scope within the norms that deal with the subject , for instance, the article 50 of the law 10.406/02 – New Civil Code; article 18 of the law 8.884/94 and other normative dispositions.

The competition law is a combination of interests: social interest and individual interest. The first one deals with the public law, thus it is guarded by the state on its own or by private initiative.

Concepts such as the monopolistic practices and power abuse are included in this area.

Together with such public interest there are individuals and private rights. In fact, in terms of disloyal competition one tends to preserve the economic rights of a competitor who was harmed by someone else acts.

According to our judgment system, the rules of economic competition in Brazil conforms an effort to consolidate a new branch of the law in the field of formation and information of new Brazilian judges. Such an effort subscribes to the new judicial reality that arises with the new free trade agreements in which Brazil is engaged worldwide today.

The question that arises once such practices occur is how the national legislation understands disloyal competition and the responsibility of the partners towards these practices.

Thus, the present research analyses the concept of disregard of judicial personality in terms of competition law.

In such way a new area of the law will be brought into light, involving concrete aspects of the economy by analyzing the legal regulations.

Key Words: Juridical Disregard – Competition Law – Company.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
TEMA DA PESQUISA	19
METODOLOGIA DE PESQUISA	21
Reconhecimento e formulação de um problema de pesquisa	24
Princípios metodológicos	26
1. O DIREITO MERCANTIL MODERNO	21
1.1. A QUALIFICAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO MERCANTIL	23
2. A EMPRESA COMO BASE DO DIREITO COMERCIAL MODERNO	31
2.1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	33
2.1.1. Classificação das sociedades	36
2.1.2. Acordo de quotistas	39
3. TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA	43
3.1. A TEORIA GERAL DA EMPRESA E A NOÇÃO DE EMPRESA COMO FENÔMENO POLIÉDRICO	46
3.2. CARACTERÍSTICAS DA EMPRESA	49
3.2.1. O empresário	53
3.3. O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O PAPEL DA EMPRESA	58
3.4. A EMPRESA SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL	61
3.5. A nova Lei de Falências	70
4. O PAPEL ECONÔMICO DA EMPRESA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO	78
4.1. AS EMPRESAS E O DIREITO	81
5. CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DO DIREITO CONCORRENCIAL	85
5.1. ELEMENTOS PARA A DELIMITAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL	86
5.1.1. Direito Concorrencial	89
5.2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONCORRENCIAL	94
5.2.1. O desenvolvimento histórico das leis	94
5.2.2. O desenvolvimento do direito concorrencial	101
6. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO CONCORRENCIAL	108
6.1. MUDANÇAS ECONÔMICAS E DIREITO	108
6.1.1. O processo de globalização	109
6.1.2. As novas relações econômicas e o direito	115

6.2.	O DIREITO ECONÔMICO COMO ANTECEDENTE DO DIREITO CONCORRENCIAL	119
6.2.1.	A análise econômica do direito como ferramenta de interpretação para o direito concorrencial	127
7.	A DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FUNÇÃO DAS VIOLAÇÕES AO DIREITO CONCORRENCIAL	142
7.1.	DIREITOS, DEVERES E RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS	142
7.1.1.	Os deveres dos sócios	143
7.1.2.	Direitos dos sócios	149
7.1.3.	Responsabilidade dos sócios	150
7.1.4.	A <i>Affectio Societatis</i>	154
7.1.5.	A Lei nº 10.303/01	159
7.2.	O PAPEL DA DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	163
7.2.1.	A teoria da despersonalização da pessoa jurídica no direito anglo-americano	164
7.2.2.	A despersonalização da pessoa jurídica no direito espanhol	168
7.2.3.	A despersonalização da pessoa jurídica no direito alemão	171
7.2.4.	A despersonalização da pessoa jurídica no direito inglês	176
7.2.5.	A despersonalização da pessoa jurídica no direito italiano	177
7.3.	VIOLAÇÕES À CONCORRÊNCIA	180
7.3.1.	Práticas restritivas ou monopólicas	188
7.3.2.	Práticas desleais de comércio internacional	189
7.3.3.	Práticas anticompetitivas por violação a normas de amparo à propriedade intelectual	194
7.4.	PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS QUE AFETAM AOS CONSUMIDORES	203
7.4.1.	As relações de consumo e o direito	203
7.4.2.	O direito concorrencial e os consumidores	207
7.5.	LEGISLAÇÃO ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO CADE	209
7.5.1.	A atuação do CADE	212
7.6.	A DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PRESERVAÇÃO DA CONCORRÊNCIA ECONÔMICA	215
7.6.1.	A fraude	216
7.6.2.	O abuso de direito	218
7.6.3.	Instrumentos processuais à efetividade	220
8.	CONCLUSÕES	226
9.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	231

INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas, pela legislação nacional, têm existência distinta da de seus membros. Em sendo assim, caracterizam-se por possuírem individualidade própria, não sendo passível de confusão com as pessoas físicas que a constituem. No caso particular das sociedades comerciais, as pessoas físicas organizam-se de forma livre para realizarem determinado fim econômico.

A instituição da pessoa jurídica é um instrumento importante dentro do arcabouço legal. Para a realização de alguns empreendimentos, por vezes é imprescindível a união de várias pessoas. Neste sentido, esta união torna-se mais do que uma conveniência, é o elemento fundamental para o desenvolvimento de determinado projeto ou empreendimento.

A pessoa jurídica, neste sentido, é um ente autônomo dentro do direito, com direitos e obrigações próprias. E, o que é mais importante neste contexto, a característica da pessoa jurídica é a de não se confundir, em sua particularidade, com a pessoa de seus membros.

As sociedades comerciais são consideradas, ao lado das anteriormente sociedades civis, atualmente denominadas de sociedades simples, como sujeitos de direito e, portanto, com personalidade própria, ou seja, com aptidão, enquanto pessoas jurídicas que são, para exercerem direitos e contraírem obrigações.

A personalidade jurídica da sociedade comercial não se confunde com a de seus sócios.

Desta forma,

a) o capital social da sociedade não tem relação com a fortuna individual ou particular dos sócios e as obrigações por esta assumidas só os afetam até o limite de suas responsabilidades, conforme as normas legais prescritas para cada tipo de sociedade;

b) as sociedades, como pessoas jurídicas que são tornam-se titulares de direitos próprios independentes dos de seus membros ou sócios;

c) em suma, as sociedades comerciais têm direitos, obrigações e patrimônios próprios, distintos dos de seus sócios¹.

Porém, o uso da pessoa jurídica pode ser um instrumento para uma utilização inadequada e mesmo fraudulenta de suas condições específicas. Exatamente quando ocorre o abuso do direito, a instituição da pessoa jurídica tende a proteger os seus membros de ações diretas. Torna-se, portanto, um "escudo" sob o qual se pode proteger contra fraudes.

A consequência principal do reconhecimento ou dotação de personificação jurídica às sociedades comerciais radica no fato de criar uma aptidão legal que permitirá às mesmas adquirir direitos e contrair obrigações. Em outros termos, atuar e mover-se na vida jurídica com independência dos sócios, ser um sujeito autônomo de direitos e obrigações.

¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 89.

Quanto à determinação do momento a partir do qual a sociedade comercial começa sua vida como pessoa jurídica, deve recordar-se a classificação que se fez da sociedade de acordo com o processo de sua formação.

Para algum setor da doutrina, encabeçado pela Professora Vera Franco², somente as sociedades regulares obtêm, *ipso iure*, o tratamento como pessoas jurídicas, deixando por fora de dita categoria qualquer outra sociedade que não tenha completos os passos próprios para ser qualificada como sociedade comercial regular, assim se tenha constituído por escritura pública e somente lhe estejam faltando requisitos de inscrição, ou nos escritórios de registro respectivos, para quando houver contribuições em espécie sujeitas à dita formalidade.

Outro setor de estudiosos do tema societário³ considera que as sociedades comerciais regulares, assim como as irregulares, pelo menos se se constituíram por escritura pública, recebem o reconhecimento, *ipso iure*, de pessoa jurídica, apesar de, no caso das irregulares estarem faltando passados elementos necessários.

O que acontece é que a sociedade comercial será considerada como tal na forma típica que se escolheu, entre os sócios, mas perante terceiros; por falta do requisito de publicidade, as cláusulas estatutárias que limitam a responsabilidade dos sócios ao montante de suas contribuições, não surtirão efeitos e, por conseguinte, tem de se entender que apesar de corresponder a tipos societários

² FRANCO, Vera Helena de Mello, **Manual de direito comercial**. São Paulo: RT, 2001, p. 57.

³ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999., p. 66.

próprios das sociedades de capitais, os sócios estão respondendo como membros de sociedades de pessoas. Mas de todas as formas, nos outros aspectos, em particular os que correspondem aos atributos que se pregam das pessoas jurídicas, ser-lhe-ão plenamente aplicáveis.

Enfaticamente se ressalta que as sociedades de fato têm um tratamento próprio, em nenhum momento, inclusive, estão constituídas por meio de escritura pública; recorde-se a sociedade de fato como ato voluntário, estão em capacidade de ser reconhecidas como pessoas jurídicas.

Sem entrar em maiores detalhes, pode-se dizer que as sociedades comerciais consideradas como pessoas jurídicas, estão dotadas de uma aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Mas a legislação impõe um limite legal a essa capacidade. De fato, não se trata de uma capacidade jurídica genérica ou indeterminável (como a que se prega das pessoas naturais, cujo único limite está constituído por parâmetros como a lei, a moral, os bons costumes, a ordem pública, a boa fé, etc.), mas de uma capacidade jurídica especial e concreta.

Assim, o mecanismo que permite aos sócios gozarem de uma garantia no sentido de que seus investimentos sejam empregados na empresa ou atividade para a qual se associaram, está constituída pelo projeto do objeto social, que delimitará ou emoldurará a capacidade jurídica do ente societário. De tal sorte que as pessoas físicas que exerçam a representação legal, no desenvolvimento dos negócios sociais e no manejo do patrimônio social, estarão sujeitas a esse marco imposto pelo objeto social.

O objeto social está constituído pela empresa ou negócios que se pensam desenvolver através da sociedade comercial (deixa-se de lado aqui, o conceito antigo de sociedade civil, atualmente designada de Sociedade Simples, nos termos dos arts. 997 e seguintes da Lei nº 10.406/02⁴, em razão de o tema específico de estudo ser o das sociedades comerciais).

A sociedade comercial – pessoa jurídica –, estará então dotada de uma capacidade que lhe permitirá ser titular de direitos e obrigações e de uma capacidade de exercício, que lhe permitirá exercer ou fazer valer seus direitos por si mesma, evidentemente com a limitante própria de ter que trabalhar através de seu representante legal. Alguns autores preferem falar de uma capacidade de exercício restringida. Adicionalmente, quem exercer a representação legal da sociedade, deverá sujeitar-se ao objeto social e às restrições que por via estatutária foram impostas no exercício dessa capacidade jurídica societária, seja mediante a limitação em quantia para a celebração de contratos, ou mediante o mecanismo de obtenção prévia de autorização dos órgãos competentes. Desta forma, os administradores têm o direito de celebrar todos aqueles atos e contratos que correspondam ao objeto social ou que estejam diretamente relacionados ao seu desenvolvimento. Para o evento de que se pretendam estabelecer restrições no exercício dessa capacidade, exige-se que, por cláusula estatutária, se mencionem essas restrições que são de livre desenvolvimento por parte dos associados, ora pondo limites econômicos aos contratos, ora exigindo

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002

autorizações prévias de órgãos sociais distintos dos que exercem a representação para a celebração de determinados contratos.

A importância desta análise dentro da ciência normativa é definida por Arruda Alvim⁵:

A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a certeza, seja abalado. E quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei e, conseqüentemente, nessa escala, essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de certeza desejável, pois, como se sabe, a linguagem do direito é a lei.

Assim, é, igualmente, de todos os tempos a preocupação dos sistemas jurídicos em encontrar técnicas conducentes a se conseguir, o quanto isto seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei. Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito).

Por exemplo, é válido estipular nos estatutos sociais que para a celebração de atos ou contratos compreendidos dentro do objeto social, que ultrapassem uma determinada soma ou um montante preestabelecido de salários mínimos mensais,

⁵ ALVIM, Arruda. **Coleção estudos e parecer de direito comercial**. São Paulo: RT. 1995, pg. 44.

é necessário que o administrador obtenha previamente a autorização da junta de sócios, ou da assembléia geral de acionistas, ou do órgão social denominada de junta diretiva.

Nada se opõe a que, por via de exemplo, se estipule no estatuto social que, para a celebração de atos ou contratos em que vão se dispor ou alienar bens imóveis da sociedade, apesar de estar facultado para isso pelo objeto social, deva o representante legal obter permissão prévia de um determinado órgão social para proceder à celebração do dito contrato.

De tal maneira que os terceiros que contratem com a sociedade, estão também na obrigação de consultar na respectiva escritura pública de constituição, ou nas escrituras públicas posteriores de reforma dos estatutos sociais, e/ou nos instrumentos particulares de constituição e alteração devidamente registrados no Registro do Comércio, quais são as restrições que se impuseram ao representante legal, com o propósito de determinar com precisão o alcance de suas faculdades no exercício da capacidade jurídica societária.

Agora, se o administrador celebrar atos ou contratos que ultrapassem o objeto social, ou se estando facultado pelo objeto social, não obtiver as permissões ou autorizações prévias que a título de restrição foram impostas por cláusula estatutária, tem de se entender que está se comprometendo de maneira pessoal e que esse ato ou contrato incorre em uma causal de nulidade absoluta por ilicitude no objeto ou por exorbitância do objeto social, quanto à sociedade a que se refere.

Considerando, acima de tudo, as fraudes existentes no contexto comercial por conta da personificação de sociedades anônimas, o direito desenvolveu por meio de sua doutrina uma determinada concepção legal que, dentro da concepção de sociedade, permitiria desconsiderar a sua personalidade jurídica, favorecendo que se atingisse e, mais importante, vinculasse a responsabilidade societária que seria a razão primeira dos crimes cometidos⁶.

O surgimento da possibilidade de despessoalização da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra, no final do século XIX, quando empresários se utilizavam da constituição de uma sociedade para, realizando negócios ilegais, limitar a própria responsabilidade pessoal⁷.

Esta concepção legal foi adotada rapidamente nos Estados Unidos, onde recebeu o termo *lifting* ou *disregard*; no direito alemão conhecido como *durchgriff*, e, no italiano, como *superamento*; todos dão uma noção de seu objetivo fundamental: superar as características legais das pessoas jurídicas para, assim, atingir quem usa desta concepção legal para a realização de práticas fraudulentas⁸.

Estas fraudes, por sua vez, podem ser a transmissão do patrimônio de um devedor pessoa física para o capital da pessoa jurídica por ele constituída e

⁶ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 52.

⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 33-34.

⁸ REQUIÃO, Rubens. op. cit, p. 36.

controlada, ocasionando prejuízo a terceiros, ou ao próprio fisco, bem como atos societários declarados ineficazes⁹.

Como afirma Pereira¹⁰,

o dever indenizatório decorre da relação de causalidade entre o fato e o dano para concluir pela obrigação de reparação quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim a *disregard legal entity*, ao desconsiderar a personalidade jurídica, busca ao sócio responsável pela prática do ato ilícito.

No Brasil, o conceito de despersonalização da personalidade jurídica é bastante recente. Apenas em 1990 o direito brasileiro observou o surgimento de normativa legal que embasasse o Poder Judiciário a utilizar o conceito de despersonalização da pessoa jurídica, na defesa de consumidor lesado em direito seu por procedimento do fornecedor (Lei nº. 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigo 28)¹¹.

Embora, doutrinadores afirmem que alguns elementos da desconsideração da personalidade jurídica poderiam ser encontrados mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, como na CLT (artigo 2º., § 2º.) e o Decreto-lei

⁹ REQUIÃO, Rubens. op. cit, p. 38.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da S. op. cit.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Suplemento.

nº. 1.736/79¹², que responsabilizam, além da pessoa jurídica diretamente envolvida, também ou alternativamente empresas coligadas ou sócios-dirigentes, ou administradores.

TEMA DA PESQUISA

O direito concorrencial é uma combinação de interesses: o interesse social e o interesse individual. O primeiro corresponde ao direito público e como tal é tutelado diretamente pelo Estado por iniciativa própria, ou por requerimento de particulares. Conceitos como práticas monopolistas e abuso de posição dominante caem dentro deste âmbito.

Em conjunção com esse interesse público, existe um interesse individual ou privado. De fato, em matéria de concorrência desleal, persegue-se a preservação dos direitos econômicos de um competidor que foi afetado pelas atuações de outro competidor ou de um terceiro¹³.

O direito da concorrência econômica, no Brasil, conforma a nosso julgamento um esforço por consolidar um novo ramo do direito no campo da formação e informação dos juristas brasileiros. Este esforço se inscreve na nova realidade jurídica que desponta com a abertura do Brasil ao mundo, que juridicamente se plasma nos numerosos tratados de livre comércio assinados até a data.

¹² BRASIL. Decreto-lei nº 1.736 de 20 de dezembro de 1979. Dispõe sobre débitos para com a Fazenda e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez.1979.

¹³ KLAJMIC. Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico.**, Brasília, v.27, 1998, p.97.

O Brasil do século XXI é qualitativamente distinto do Brasil do século passado, e por fim, seu sistema jurídico foi impactado e influenciado por um conjunto de novos e complexos problemas jurídicos. Nessa ordem normativa, explícita ou implicitamente, globalizou-se e uma dessas manifestações evidentes é o direito da concorrência econômica.

Infelizmente, no Brasil e na América Latina, é uma matéria pouco explorada até a data. A denominação mesma deste novo ramo do direito leva a pensar em uma disciplina cuja vinculação é inevitável: a economia. Trata-se de uma disciplina em que conceitos jurídicos e econômicos se misturam, por isso a interpretação jurídica pode dar lugar a argumentações muito técnicas, sendo esta a razão principal de sua complexidade.

A inquietação fundamental que leva a apresentar-se esta colocação, relaciona-se com a evidente transformação que está sofrendo o papel do Estado em nível mundial, e como um efeito da transformação no direito. Não se trata simplesmente de uma mudança na orientação das políticas públicas que reduzam o campo de ação do Estado e dos organismos governamentais, mas sim, do maior peso que estão adquirindo os agentes e organizações privadas e o próprio mercado.

No Brasil, diariamente se verificam situações nas quais um competidor incorre em práticas desleais contra outro competidor, tais como atentados à reputação, imitação de produtos, apropriação indevida de clientelas, entre outros casos.

Nas palavras de Fonseca¹⁴, referindo-se especificamente ao truste,

o poder econômico privado se corporifica na capacidade que têm as empresas de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado, de tal forma dele retirar vantagens que as coloque em posição de superioridade perante as demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores

A pergunta que forçosamente surge quando estas práticas são colocadas é a maneira como a legislação nacional compreende as práticas concorrenciais desleais e, da mesma maneira, a responsabilização dos sócios a respeito destas mesmas práticas.

Portanto, o tema que se coloca para a presente pesquisa, é analisar o conceito de despersonalização da personalidade jurídica quando se considera o âmbito do direito concorrencial. Assim, pretende-se lançar luzes sobre uma nova área do direito, compreendendo aspectos concretos que envolvem a economia, sob a análise própria da regulações legais.

1 O DIREITO MERCANTIL MODERNO

O Direito Mercantil teve, desde suas origens na Baixa Idade Média, um alto grau de autonomia e de especialidade. Foi considerado um direito autônomo

¹⁴ FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 89.

devido ao fato de que suas normas foram criadas com relativa independência em relação aos poderes estabelecidos, especialmente porque suas instituições se distinguiram de outras semelhantes, próprias do direito real¹⁵.

Os conceitos e instituições básicas do direito mercantil foram desenvolvidos durante os séculos XI e XII, dando origem ao que se conhece como *a lex mercatoria* ou lei mercantil. O desenvolvimento do direito mercantil coincide com uma expansão da produção agrícola e no tamanho e número das cidades na Europa. Com isso surge uma nova classe de comerciantes à grande escala que exigia o desenvolvimento de um direito mercantil mais e melhor estruturado. O nascimento dessa classe de mercadores foi requisito para o desenvolvimento de um novo direito influenciado pelo então redescoberto *Corpus Iuris Civilis*.

Três foram os pilares sobre os quais se assentava este novo direito: 1. o uso da prática mercantil e dos Tribunais Mercantis; 2. os estatutos autônomos das corporações de mercadores e artesãos, quer dizer o direito corporativo. 3. os direitos municipais. Este direito se consolidou com a jurisprudência dos consulados de comércio e a literatura jurídica mercantil¹⁶.

O Direito Mercantil é definido, atualmente, como o sistema de normas jurídicas que determinam seu campo de aplicação mediante a qualificação de mercantis dadas a certos atos, e que os regulam e à profissão de quem se dedica a celebrá-los. O direito mercantil deve ser considerado como um direito especial,

¹⁵ SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Manual de direito comercial**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.44.

¹⁶ SANTOS, op.cit., p. 63.

que tem um campo de aplicação que determina o próprio sistema mediante as correspondentes normas delimitadoras.

O sistema de tribunais mercantis supõe que, em toda controvérsia surgida do comércio, há aspectos técnicos os quais podem ser apreciados melhor pelo comerciante que pelo jurista, mas o certo é que, na maioria dos julgamentos referentes ao comércio se expõem sozinhos problemas jurídicos, e neles o leigo em direito não deve ter ingerência alguma.

O Direito Mercantil emprega as mesmas categorias ou conceitos gerais que o direito civil, o processual do trabalho, etc.: sujeito jurídico, relação, objeto, capacidade, etc. Evidentemente à unidade coerente do direito positivo de um Estado qualquer tem de corresponder a unidade da ciência que estuda. Há, pois, uma só ciência do direito positivo, e não há uma ciência do direito mercantil ou do processual, do penal, etc., não são senão capítulos da aludida ciência única, formada por razões didáticas, históricas ou de divisão do trabalho.

1.1 A qualificação teórica do Direito Mercantil

Sem deixar de reconhecer a origem do Direito Mercantil como um ramo do Direito Civil, doutrinariamente se agruparam os tratadistas em duas grandes correntes: aquela que o considera um Direito Excepcional e, portanto, carente de autonomia, e a que o afirma como um Direito Especial, dotado de princípios próprios que fundamentam sua autonomia.

Em quase todas as legislações – a brasileira entre elas – o Direito Civil é fonte do Direito Mercantil. Segundo Mendonça¹⁷: “entram as funções de Direito Mercantil quando as leis ou os costumes mercantis não bastem”.

Esta opinião faz notar que, no Direito Mercantil, há lacunas que são preenchidas pelo Direito Civil, com o qual aquele vem subordinado a este. Marcondes¹⁸ nota como uma de suas características a de ser um direito fragmentário. Aqueles que sustentam que o Direito Mercantil é um direito de exceção foram tradicionalmente os franceses, critério que foi recolhido por uma vigorosa corrente da doutrina italiana¹⁹.

Os fundamentos que apóiam esta orientação têm em Rocco²⁰ seu melhor expositor. Para este autor existem duas classes de normas no Direito Mercantil: a) normas derivadas do direito comum, evoluídas com ocasião das exigências do comércio; e b) normas totalmente novas, e às vezes expressamente contraditórias do Direito Civil.

Se o Direito Mercantil estivesse formado unicamente pelo primeiro tipo de normas não haveria, em substância, uma disciplina particular formada por essas normas, posto que coincidiriam os Direitos Civil e Mercantil. Mas contém também

¹⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2000, p.88.

¹⁸ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.130;

¹⁹ ALMEIDA, Betyna Ribeiro. Aspectos da teoria jurídica da empresa: o direito comercial como o direito das empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 39, n. 119, p. 237-54, jul./set. 2000.

²⁰ ROCCO, Alfredo. **Le società commerciale**. Torino: Fratelli, 1898, p. 89.

o segundo tipo de normas coexistindo com as normas do Direito Civil, sendo a maior parte delas derrogações do mesmo, devido às exigências do comércio, pelo qual não chegam a constituir um conjunto orgânico de caráter especial.

A denominação de direito especial está reservada, segundo Rocco, aos ramos do Direito, sejam estas Civil, Penal, Administrativo, Processual, etc., dado que só pode chamar-se direito geral a todo o complexo sistemático do direito.

O Direito Mercantil também é visto como um direito especial, considerando que exista autonomia ao Direito Mercantil. Paciello²¹ considera que o Direito Civil só contém uma parte do direito das obrigações e contratos e que a outra desta parte reservada ao Direito Mercantil. Para que um direito seja aceito como especial ou autônomo se exige a conjunção de duas circunstâncias:

- 1) que esse direito com pretensões de autonomia contenha um conjunto de normas com fisionomia própria; e,
- 2) que essas normas tenham caracteres heterogêneos e determinados por princípios formadores comuns, distintos dos quais formam outros ramos do direito.

Para adotar uma posição frente às duas correntes doutrinárias expostas, se faz necessário penetrar no que é o objeto matéria da disciplina mercantil. Em um momento histórico, dado nas origens do Direito Mercantil, coincidiam este e o

²¹ PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 17, n. 29, p.39-56, jan./mar. 1978.

conceito de comércio que, por sua vez, tinha como núcleo a compra e venda de produtos.

Contemporaneamente esta definição não é aceitável, posto que a matéria do Direito Comercial é mais ampla que a do comércio e, por certo, que a compra e venda.

O conceito de mediação que foi típico do Direito Mercantil, que atende à finalidade da função comercial, foi adotado independentemente dos atos que possam servir a essa finalidade. Esta é a noção mais difundida entre os mercantis e o direito positivo.

Este conceito é incompleto, pois não cobre toda a matéria mercantil; o Direito Mercantil não é mais que uma parte do direito que se refere ao comércio.

Nas palavras de Marcondes²², “o Direito Mercantil é um conceito mais restrito que o da matéria de comércio e mais amplo que a pura atividade comercial”.

Não existe coincidência entre o conceito econômico do comércio e o conceito jurídico contido no direito positivo, por isso a doutrina procurou criar um conceito *ad hoc* que permita basear nele todo o Direito Mercantil, esforço que resultou infrutífero por ser artificial, já que essa disciplina excedeu o conceito de comércio é porque, em realidade, não depende dele, constituindo simplesmente um ponto de partida histórico para o Direito Mercantil.

²² MARCONDES, Sylvio., op.cit.,p.23

Esta realidade é a que originou na doutrina diversas definições do Direito Mercantil muito mais amplas que aquelas referidas exclusivamente ao comércio. Nesta busca é importante o pensamento de Ascarelli²³; que, pela via da negação, analisa as definições dadas ao Direito Mercantil e as vai eliminando uma a uma.

- Não é o direito da distribuição e produção da riqueza, em oposição ao direito do consumo, porque não compreende à atividade agrícola.

- Inclui os atos de comércio unilaterais e por isso, o momento do consumo, com o que excede a simples intermediação.

- Não é o direito da circulação, porque não cobre a totalidade da circulação dos bens.

- Não é o direito da intermediação, pois não são tais os atos cambiários e a produção industrial.

- Não é o direito das empresas, pois não inclui as agrícolas, incluindo o ato de comércio ocasional e todos os atos cambiários, que não têm necessariamente relação com a empresa.

Já Marcondes²⁴, afirma que:

²³ ASCARELLI apud HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acessado em 15.06.2006.

²⁴ MARCONDES, op.cit.,p.23

Definir o Direito Comercial como o da intermediação ou como o da atividade industrial e comercial, em contraposição à agrária ou como o da empresa, são todos critérios verdadeiros, mas verdadeiros parcialmente, porque é fácil demonstrar que a atividade disciplinada a cada passo pelo Direito Comercial, no curso de seu desenvolvimento histórico não é identificável com nenhuma destas limitações.

Mendonça²⁵, por sua parte, expressa:

Sem dúvida é difícil descobrir a essência do mercantil e o é duplamente porque se observa que, com o transcurso do tempo, instituições que foram em sua origem próprias e exclusivas da indústria comercial se converteram em comuns; o que revela que a realidade das relações jurídicas – de muitas, pelo menos – é circunstancial, transitiva, inexistente, sub specie aeternitatis.

Em conclusão, a matéria mercantil não é absoluta, mas variável, segundo as condições do tempo e o lugar. A matéria comercial é, pois, um conceito relativo, que vem condicionando pela história; não é a mesma hoje do que foi faz dois séculos ou na Idade Média, nem a será amanhã; tampouco é matéria mercantil aqui o que é em outras latitudes.

²⁵ MENDONÇA, op.cit.,p.23

Foi esta relatividade a que permitiu o passo constante das instituições mercantis ao campo do Direito Civil, inversamente do que aconteceu nas origens do Direito Comercial, que utilizou as criações do direito comum.

Ante a realidade, o direito positivo adota um critério mais prático que científico, não define a matéria mercantil, mas sim se limita a incluir dentro dela uma série de contratos e instituições que nem sempre estão bem se localizadas; por isso se torna evidente que doutrinariamente, o problema da essência e existência do Direito Mercantil não pode ser resolvido mediante a mera remissão ao direito positivo.

As dificuldades para fixar o conceito do Direito Mercantil podem ser resumidas em²⁶:

- a) mutabilidade constante da matéria mercantil,
- b) progressiva ampliação da mesma,
- c) desintegração do Direito Mercantil pela desagregação de seus diversos ramos em outros tantos direitos especiais.
- d) A constante penetração do Direito Mercantil por parte do Direito Público.

²⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial**. 15.ed.São Paulo:Atlas,2000, p.56.

Alguns países seguiram um critério subjetivo, girando o Direito Mercantil em torno do comerciante; e, outros, optaram pelo critério objetivo, isto é sobre o chamado ato de comércio.

Cabe assinalar, entretanto, que nunca este direito foi radicalmente subjetivo, nem inteiramente objetivo, pois exclui certos atos dos comerciantes não vinculados a sua profissão, nem considera atos de comércio alheios ao comerciante.

2 A EMPRESA COMO BASE DO DIREITO COMERCIAL MODERNO

Segundo ABRÃO²⁷,

nos últimos anos surgiu no direito comercial a noção de empresa, a qual foi consagrada pelo Código Comercial Italiano de 1942. De alguns tempos para cá, se passou a encarar o aspecto objetivo da atividade empresarial, passando a perder importância o aspecto subjetivo, razão pela qual não só os doutrinadores, como os legisladores, entendem que muito mais que o aspecto contratual, o que se precisava salvaguardar era a organização empresarial, que é muito mais complexa, que transcende a figura de seu titular, porque compreende o complexo de interesses, de pessoas, dependentes, assalariados, o próprio fisco, fornecedores, clientes, compradores, etc.

A empresa é pois uma instituição complexa, mas no momento em que aquele que a criou, o empresário, a coloca em movimento, a sua figura fica relegada a um plano secundário.

No atual cenário econômico tomado pelo processo da globalização e pelos avanços tecnológicos, é importante destacar a crescente influência e participação da empresa como coração da sociedade contemporânea, estando, ela, sem dúvida, no centro da economia moderna, constituindo a célula fundamental de todo o desenvolvimento industrial, para WALDÍRIO BULGARELLI

²⁷ ABRÃO, Nelson. **A sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: RT, 1995, p.44.

a empresa continua sendo um fenômeno desafiante para o Direito, não obstante já tenham decorrido tantos anos desde o seu primeiro aparecimento na legislação através do Código Napoleônico²⁸.

Neste cenário, promulgou-se o Novo Código Civil Brasileiro, que regula o "Direito de Empresa" no seu Livro II, marcando o abandono do sistema tradicional consagrado pelo Código Comercial de 1850²⁹, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia - teoria dos atos de comércio, trocando-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial - teoria da empresa.

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro em 11 de janeiro de 2003³⁰, deixa de existir a clássica divisão existente entre atividades mercantis (indústria ou comércio) e atividades civis (as chamadas prestadoras de serviços) para efeito de registro, falência e concordata.

A atividade empresarial tem ingressado no plano jurídico pátrio, ganhando destaque inclusive no Projeto do Novo Código Civil que trata do Direito da Empresa, isto causará um grande impacto na Economia, na Sociologia e em diversos ramos do Direito.

Quanto à existência de uma política clara e concisa, um ordenamento específico, certamente as empresas que, no mercado se apresentam como menores se afastariam do mercado competitivo.

²⁸ BULGARELLI, op.cit., p.28

²⁹ BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Código comercial do império do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, 31 dez. 1850.

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.825 de 22 de dezembro de 2003. Dá nova redação aos arts. 44 e 2031 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2003

Indubitavelmente, a empresa constitui um fenômeno de grande importância no mundo moderno, dentro e fora do Brasil. Entre nós, cabe dizer, uma das causas do paulatino reconhecimento da empresa no plano jurídico, provém das referências e definições contidas em leis específicas, em outros ramos do Direito, sobretudo do Direito Público, acabando por ser consagrada pelo Projeto do Código Civil, nº 674-B-1975.

2.1 Características gerais das sociedades comerciais

Pode dizer-se que a sociedade é um sujeito de direito que surge de um contrato formalizado pelos sócios. Isso implica sustentar a existência de um ente com capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações que tem um patrimônio próprio distinto do dos sócios. Este é um recurso que a técnica jurídica qualifica ao homem para lhe permitir a atuação coletiva para obter os benefícios.

Em razão de interesses econômicos que não podem ser alcançados individualmente, ou que de tal modo só podem sê-lo de um modo imperfeito, os indivíduos se associam entre si para conseguir, cooperando mutuamente, uma satisfação econômica determinada. Os indivíduos que criam um sujeito distinto ao que lhe atribuem determinados bens para satisfazer uma finalidade econômica comum, que é a de obter benefícios mediante a realização de uma determinada atividade produtiva. A função econômica da sociedade comercial que é a produção e intercâmbio de bens e serviços.

A sociedade comercial é então, em primeiro lugar, uma pessoa jurídica. Indubitavelmente foram tentadas diversas definições do que deve entender-se por pessoa jurídica. Para alguns autores é uma realidade de nosso mundo jurídico, mas não de nosso mundo sensível.

E assim, evitando discutir diversas polêmicas sobre o assunto, foi-se depurando o conceito da pessoa jurídica ou da denominada personificação jurídica societária, para nosso caso particular de estudo.

De fato, não somente as sociedades comerciais devidamente constituídas têm o reconhecimento ou trato de pessoa jurídica, mas sim à luz de outras disposições, por exemplo, do Código Civil, existem outros tipos de pessoas jurídicas, como o das fundações e as corporações.

Transladando o conceito de pessoa jurídica ao tema societário, pode-se afirmar que, mediante o reconhecimento feito como pessoa jurídica a uma sociedade comercial, está-se empregando este conceito como instrumento ou recurso técnico jurídico para passar de uma pluralidade ou coletividade de sócios à unidade de um sujeito jurídico novo, distinto deles individualmente considerados, dotado dos atributos próprios que se pregam de um sujeito autônomo de direito.

Por isso que, no momento do ato constitutivo, tem-se o contrato social que possui uma série de requisitos, devendo indicar:

a) Qualificação dos sócios (nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio);

- b) Qualificação da sociedade (nome, objeto, sede, prazo de duração);
- c) Capital social, sua divisão, e sua formação (bens ou serviços);
- d) Participação nos lucros e nas perdas;
- e) Responsáveis pela administração da sociedade e os limites de seus poderes.

A aquisição da qualidade de sócio decorre da subscrição do capital, isto é, do compromisso de pagamento de uma parte do capital social. Os sócios, no mínimo dois, podem ser pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, residentes no país ou no exterior.

Para adquirir personalidade jurídica, a sociedade deve arquivar seus atos constitutivos no registro competente. O registro é exigido para assegurar uma certa publicidade do que é a sociedade, assegurando o conhecimento de elementos essenciais na vida da mesma a terceiros com quem negociam. Nada que esteja fora do contrato social, pode ser oposto a terceiros.

Há que se ressaltar que além do registro inicial, devem ser registradas quaisquer alterações no ato constitutivo, bem como devem ser averbadas as instituições de sucursais ou filiais.

2.1.1 Classificação das sociedades

As sociedades são usualmente classificadas quanto ao seu objeto, quanto à responsabilidade dos sócios, quanto às qualidades dos sócios e quanto à forma de sua constituição.

Desta forma, quanto ao objeto, as sociedades podem ser:

civis, atualmente denominada de sociedades simples;

empresariais.

A sua estrutura fundamental, e os elementos característicos podem ser observados na tabela abaixo.

	Sociedade Empresarial	Soc. Civil / Soc. Simples
Tipicidade	Adota vários tipos de sociedades	Sociedade regular ou de fato
Forma	Instrumento público ou privado (Art. 4).Exceção: Anônima e Comandita por ações	Escritura publica ou privado.
Inscrição	No registro público de Comércio. No caso de S/A publicação no Diário Oficial.	Não está obrigado a nenhum tipo de publicação No registro de Comércio
Livros de comércio	Contabilidade. Devem levar livros de comércio, de contabilidade e praticar balanço geral	Não o fazem.
Responsabilidade	Depende do tipo social	Não se responde solidariamente a menos que esteja combinado expressamente

Reiterando o que foi dito acima, serão empresariais as atividades cujos fins forem atos comerciais com intuito especulativo ou lucrativo.

Por outro lado, as sociedades civis, atualmente denominadas de sociedades simples, terão por objeto atos considerados não empresariais.

As sociedades também podem ser classificadas, em relação à responsabilidade dos sócios como:

- sociedades de responsabilidade ilimitada, em que o patrimônio particular dos sócios responde pelas obrigações sociais;

- sociedades de responsabilidade limitada, em que os sócios respondem até a importância do capital com que entraram para a sociedade (no caso das sociedades anônimas) ou até o total do capital social (no caso das sociedades limitadas).

- sociedade mista, definidas como aquelas que apresentam responsabilidade limitada por parte de alguns sócios enquanto outros respondem ilimitadamente pelas obrigações assumidas em nome e por conta da sociedade, caso o capital social não seja suficiente para satisfazer as obrigações perante os credores da sociedade.

Segundo ABRÃO, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, como as sociedades em geral, só pode executar sua vontade por meio de seres racionais. Estes são uma ou mais pessoas físicas, incumbidas de administrá-la.

O administrador por cotas denomina-se gerente. Internamente, em suas relações com os sócios, o

*gerente exerce poder de gestão; em seu relacionamento com terceiros, o de representação*³¹.

As sociedades também podem ser definidas pelas qualidades pessoais dos sócios em que se definem como:

- sociedades de pessoas, em que há importância fundamental na pessoa dos sócios;

- sociedades de capitais, em que a participação pessoal dos sócios é secundária, sendo o capital do sócio-acionista o elemento crucial;

Os tipos básicos relativos à constituição das sociedades são:

sociedades em nome coletivo;

sociedade de capital e indústria;

sociedade em conta de participação;

sociedade em comandita simples;

sociedade em comandita por ações;

sociedade limitada;

sociedade anônima.

³¹ ABRÃO, Nelson. op. cit., p.33.

2.1.2 O acordo de quotistas

Sabe-se, há algum tempo, que o acordo de quotistas é instrumento idôneo a formar grupos coesos de interesse no seio da sociedade limitada.

Presta-se tanto à configuração do sócio controlador, quanto ao nascimento de fortes frentes de resistência das minorias. Uma parte da doutrina, porém, afirma que este acordo, da maneira como estabelecido, não poderia existir, pois competiria ao contrato social regular exhaustivamente toda sorte de direitos e obrigações dos sócios.

Segundo Bulgarelli³²

o acordo de quotistas não altera o contrato social – ao menos nas disposições essenciais – nem ofende em princípio o direito de terceiros, sendo destarte válido, vigente e eficaz.

Também não se trata de um contrato oculto entre todos os sócios inpletindo sobre o contrato ostensivo, e sim, um ajuste entre sócios a respeito do exercício do direito de voto e outras avenças complementares.

Por ser assim refoge, desde logo, à proibição do art. 302, 7, do Código Comercial.

Já Celso Barbi³³, acredita que, dentro desta discussão sobre o acordo de quotistas, que:

³² BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.54.

a ausência de previsão legal específica sobre o instituto, como visto, enseja dúvidas sobre a validade efetiva do acordo de quotistas.

O Novo Código Civil³⁴ não cuidou do tema, limitando-se a um único artigo do anteprojeto de lei de sociedades de responsabilidade limitada. Segundo este,

Art. 39. Os sócios poderão celebrar acordo de quotistas, que, para valer contra terceiros, deverá ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ensejando a execução específica.

Parágrafo único. Aplica-se ao acordo de quotistas o regime legal do acordo de acionistas previsto na Lei das Sociedades por Ações.

Segundo Barreto³⁵, algumas restrições ao objeto do acordo de acionistas podem ser colocados:

a) indeterminação de escopo, ou "acordos em aberto", caracterizados pela inespecificidade do ajuste quanto às matérias ou diretrizes do voto.

b) cessão do direito de voto sem transferência da titularidade das ações;

c) negociação do voto (crime, art. 177, § 2, Código Penal);

³³ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, v.8, 2000.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.825 de 22 de dezembro de 2003. op.cit.

³⁵ Apud BARBI FILHO, Celso. op. cit., p. 869.

d) violação de direitos essenciais do acionista;

e) violação da legislação antitruste, de proteção à economia popular e aos consumidores;

f) acordo danoso aos interesses da sociedade (art. 115, da Lei das S/A);

g) acordos que tenham por objeto as declarações de verdade (aprovação de contas etc.).

Fábio Ulhoa Coelho³⁶ afirma

o acionista não tem, em outros termos, dever de capitalizar a sociedade anônima, nem mesmo na hipótese de patrimônio social insuficiente ao atendimento das indenizações por atos ilícitos.

Comparato e Salomão³⁷, por sua vez, apresentam um entendimento diferenciado em relação aos casos de subcapitalização, aceitando a responsabilização pessoal dos sócios neste caso, particularmente no caso do sócio controlador. De acordo com os autores:

um dos deveres do controlador, em relação aos credores sociais, é o de prover adequadamente a companhia de capital, tendo em vista o fato de que este representa a principal garantia do passivo social. Nessas condições, se a sociedade necessita de um incremento de recursos próprios, para continuar a exercer, satisfatoriamente, a sua atividade empresarial, não compete ao controlador fazer-lhe empréstimos,

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 32.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 212.

mas subscrever e integralizar aumentos de capital. Ao colocar-se na posição de credor mutuante, e não de subscritor de novas ações, ele quis, sem dúvida, furtar-se ao risco do investimento. Mas este constitui uma das regras essenciais do jogo. A lei não pode coonestar a sua supressão.

3. TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA

Em relação à Teoria da Empresa, Almeida³⁸ afirma que esta surgiu quase paralelamente na Alemanha – com Wieland –, na Itália – com Lorenzo Mossa – e na Espanha – com Garrigues –, e que suas teses “revalidam uma subjetivização, um retorno à primazia da pessoa que exerce profissionalmente determinada atividade”, daí que propõe sua denominação como “teoria do empresário”. Apresenta uma oposição à liberal doutrina dos “atos de comércio”, que preponderou até a primeira década do século passado.

Mas, é na legislação italiana, especificamente nos artigos 2.082 e seguintes do Código Civil – *Codice Civile* – de 1942³⁹, onde se inscrevem pela primeira vez os conceitos de “empresa” e “empresário”, e a teoria da empresa e a qualidade de empresário são desenvolvidas.

Assim, observa-se que, no artigo 2.082, se define o *imprenditore*, sendo empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada ao fim da produção ou intercâmbio de bens e serviços. No artigo 2.086, trata-se da direção e hierarquia do empresário, qualificando-lhe como o “chefe” da empresa, e dele dependem hierarquicamente os colaboradores.

No artigo 2.087 se estabelecem os deveres do empresário com relação a seus dependentes, segundo o qual deve adotar na condução da empresa os

³⁸ ALMEIDA, Betyna Ribeiro. Aspectos da teoria jurídica da empresa: o direito comercial como o direito das empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 119, p. 237-54, jul./set. 2000.

³⁹ CODICE civile italiano 16 marzo de 1942 *Gazzeta Ufficiale*, n.79, 4 aprile 1942..

meios que, de acordo à particularidade do trabalho, experiência e técnica, sejam necessários para resguardar a integridade física e a personalidade moral de quem empresta seu trabalho⁴⁰.

Com a adoção de termos como “empresário” e “empresa” se sugeriam qualidades de trabalho, inclusive de “aventura” de audaz progresso; e, “empresa” coincide com a materialização da tentativa do “homem empresário”. Isto se conjuga e acha eco em toda a terminologia adotada em legislações como a citada italiana, em cujo *Codice Civile* de 1942⁴¹, “empresário” é o “chefe da empresa”, que coordena, cria, protege paternalmente a seus colaboradores, existindo a “empresa” como campo de ação do empresário.

Vale apontar que os Códigos de Direito Privado sucessores do Código Francês de 1807, empregaram as palavras “empresa” e “empresário” em alguns casos, e em muito reduzida escala, com um alcance que não é o da doutrina instaurada pelo Código Italiano. Assim, no Código de Comércio Francês se falava do “contrato de empresa” – *entreprise* –, mas isso se referia ao arrendamento de obras, dando a denominação “empresário” à pessoa encarregada da construção de um edifício. Por outro lado, na legislação italiana se deu especificamente uma significação distintiva das palavras “empresário” e “empresa”, que abrange e modifica o conceito de comerciante.

De acordo a esta mesma corrente italiana, dentro da categoria “empresário” em geral, podem-se distinguir entre outras espécies, o empresário mercantil –

⁴⁰ MARCONDES, op.cit., p.23

⁴¹ CODICE civile italiano, op. cit.

comerciante –, o artesão – *piccoli imprenditori* – e o empresário agrícola. Até a codificação de 1942, reunia sob o mesmo rótulo todos que se dedicavam ao comércio ou à indústria; mas, a partir de então, foi sendo deixada a denominação “comerciante” a quem profissionalmente exercia atividades de intercâmbio de mercadorias, a quem individual ou coletivamente intervinha na mudança de produtos já manufaturados.

Esta teoria da empresa se forja como um “neocorporativismo”, para o qual é de se notar que o sistema corporativo – originário – estava baseado sobre a contraposição entre quem proporcionava trabalho e os trabalhadores, agrupados entre si em distintas associações profissionais, e cujos conflitos econômicos deviam ser resolvidos principalmente por meio do contrato coletivo do trabalho; e, o intervencionismo estatal, ao promover, controlar e regular a produção, dirigia-se aos empresários, que são, precisamente, os “sujeitos da produção”⁴².

Então, o Código Italiano de 1942⁴³ equiparou o comerciante ao empresário, estabelecendo a qualidade de “empresário mercantil” e equilibrando sua regulação com a figura do “pequeno empresário” e o “empresário agrícola”.

⁴² MENDONÇA, op.cit.,p.23

⁴³ CODICE civile italiano, op. cit.

3.1 A teoria geral da empresa e a noção de empresa como fenômeno poliédrico

A colocação mais clara da Teoria Geral da Empresa é dada pelo *Codice Civile* de 1942, que introduz a figura mais desenvolvida da “empresa” em seu Livro V, *Livro del Lavoro*, desenvolvido pelo professor Alberto Asquini em suas obras “Il Diritto Commerciale nel sistema della nuova codificazione”, “L’architettura do Livro do Lavoro”, mas, principalmente em seu “Profili dell empresa”⁴⁴, em que o professor italiano ensina que o conceito de empresa é o conceito de um “fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que concorrem”. A definição jurídica depende de qual seja o papel que queira destacar. Esta é a razão de uma falta de definição legislativa da empresa.

As pessoas são o conceito de empresa, como fenômeno econômico, diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Quando se fala genericamente do Direito da Empresa se esquece que é preciso recorrer a noções jurídicas diversas, tantas quais são os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico.

Sob estes diversos aspectos a empresa é analisada desde seu perfil subjetivo, onde entra em jogo a chamada attività imprenditrice, ou, sob seu perfil patrimonial e objetivo e se analisa a empresa como patrimônio; ou, sob seu perfil corporativo a empresa

⁴⁴ PACIELLO, op.cit.,p.24

*como instituição e se analisa os elementos institucionais da empresa*⁴⁵.

A conclusão deste brilhante estudo deixa estabelecido que

*a análise dos diversos perfis jurídicos da empresa que se consideraram não rompem com a unidade do conceito de empresa como fenômeno econômico e como matéria de Direito; que a empresa existe e vive como fenômeno econômico unitário sem fraturas*⁴⁶.

Então, desenvolvendo o exposto pelo professor Asquini, tem-se que o conceito econômico de empresa é essencialmente o da economia de troca, porque aí é onde se desenvolve a atividade do empresário.

Por isso é que a empresa no sentido do *Codice Civile* é toda organização de trabalho e de capital destinada à produção de bens ou serviços para a troca. Não são empresas no sentido do *Codice Civile* algumas formas de organização da produção. Assim por exemplo, o cultivo para as exclusivas necessidades familiares do produtor; e também a construção de uma casa para uso exclusivo do construtor; assim também o exercício da navegação como esporte do armador.

A doutrina econômica da empresa forma parte da dinâmica da economia porque o fenômeno da produção se desenvolve no tempo com relação ao

⁴⁵ ASQUINI, Alberto Profili dell' Impresa. **Revista del Diritto Commercianti**. Milano, v.14, 1943, p.34.

⁴⁶ ASQUINI, op.cit.,p.40

resultado útil para o empresário – risco da empresa. O risco da empresa é risco técnico e risco econômico.

O conceito de empresa no *Codice Civile* se destacou dos diversos significados que a palavra empresa tem na legislação. Assim, no Código de Comércio Italiano o conceito de empresa estava determinado sob o papel de um modo objetivo de comércio.

O *Codice Civile* de 1942⁴⁷ oferece uma definição subjetiva, perfil subjetivo, isto é, a empresa entendida como empresário. Trata-se de uma metonímia justificada pela consideração de que o empresário não só está na empresa entendida sob o perfil econômico, mas também é sobretudo *Il capo* – o chefe – e a alma da empresa.

Como se adiantou anteriormente, a definição de empresário segundo o *Codice Civile* se apresenta no artigo 2.082: “é empresário quem exercita cotidianamente uma atividade econômica organizada com finalidade de produção ou de intercâmbio de bens ou serviços”. Podendo ser complementada com o artigo 2.083 para a figura do pequeno empresário: “São pequenos empresários os cultivadores diretos, os artesãos, os pequenos comerciantes, e aqueles que exercem uma atividade profissional organizada predominantemente com o trabalho próprio e dos componentes da família”.

⁴⁷ CODICE civile italiano, op. cit.

3.2 Características da empresa

Da perspectiva econômica, a empresa é uma unidade de produção em que se organizam e combinam os fatores de produção: capital e trabalho, com a finalidade de oferecer ao mercado bens ou serviços a determinado preço, e tudo isso com o objetivo de obter lucro⁴⁸.

Daí que como características fundamentais da empresa se possam destacar as seguintes:

a) A empresa acima de tudo é uma organização; o empresário não se limita a justapor os fatores de produção, mas os organiza, coordena-os a um plano preestabelecido. Além disso, os meios de produção na empresa são coordenados de forma duradoura, e a atividade do empresário costuma ser permanente.

A empresa vai unida à idéia de profissão. A função econômica do empresário é a de organizar os fatores de produção. Como o empresário, os profissionais liberais vão desenvolver uma atividade para satisfazer necessidades e vão atuar de forma autônoma. As profissões liberais vão criar em alguns casos uma organização, vão organizar fatores produtivos. Estes profissionais liberais atuam no mercado, submetem-se às regras de concorrência do mercado, captam recursos no mercado.

⁴⁸ BULGARELLI, op.cit,p.28

Desta maneira, as chamadas profissões liberais podem ser exercidas por empresários, desde que organizadas em empresa. Marcondes⁴⁹ esclarece a sua posição:

Há pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários – referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza

⁴⁹ MARCONDES, Sylvio. **Questões do direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.88.

de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços⁵⁰.

O que os diferencia do empresário é que o profissional liberal desenvolve sua atividade de forma pessoal e direta.

Ao contrário, a empresa, a produção de bens e serviços, não é obra pessoal do empresário, mas esta produção se realiza através do conjunto de meios que o próprio empresário organizou. No caso do profissional liberal, o emprego de meios de produção é acessório e limitado, e vai utilizá-los na medida em que facilitem o exercício pessoal da atividade. Na empresa, o emprego de meios de produção – capital e trabalho – é essencial. A organização do empresário é fundamental, de forma que, inclusive o desaparecimento do empresário não irá fazer com que desapareça a empresa nem que se paralise sua atividade.

b) A empresa é uma organização independente, o que significa que o empresário goza de total autonomia dentro dela para organizá-la. O único limite está nas normas reguladoras da atividade de que se trate.

Dentro de tais limites legais, o empresário organiza livremente sua atividade econômica. Como contrapartida dessa livre iniciativa econômica, o empresário

⁵⁰ MARCONDES, Sylvio. op. cit., p. 94.

assume os riscos derivados dessa atividade empresarial. Assim, ao empresário corresponde tanto os lucros como as perdas.

c) O objeto da empresa é a produção e distribuição de bens ou serviços. A finalidade própria da empresa é satisfazer as necessidades econômicas das pessoas.

d) A produção e distribuição de bens e serviços se realiza para o mercado.

Esta característica permite duas conclusões: Primeiro, excluir do âmbito da empresa todas aquelas organizações que produzem bens e serviços para consumo próprio; e, segundo, afirmar que a empresa em lugar de esperar de forma passiva a demanda de seus bens e serviços, vai antecipar-se a essa demanda, tratando de atraí-la, adotando o empresário uma posição ativa.

Cabe assinalar que a empresa, como organização independente que produz para o mercado e surge pela iniciativa criativa dos homens, só pode ser enquadrada em um sistema de livre concorrência. A empresa, tal e como se definiu, não poderia existir em um sistema de economia dirigida.

3.2.1 O empresário

Segundo o Código Civil Brasileiro de 2002⁵¹, é definido o empresário e o registro da sociedade, por esse constituída, segundo seu objeto. De acordo com a lei,

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

O que define o empresário é a atividade por ele exercida, constituída sob a forma de empresa individual (empresário) ou por qualquer dos tipos societários admitidos em lei (sociedade).

O código não reconhece como empresário, qualquer atividade de natureza civil. As exceções a essa regra se estabelecem quando a profissão constituir elemento de empresa.

⁵¹ BRASIL.Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, op. cit.

Organização, derivado de organizar (constituir em organismo), é, em sentido técnico, empregado para designar o conjunto de regras adotadas para a composição e funcionamento de certas instituições, sejam de interesse público ou de interesse privado.

Desta forma, a evidência de uma organização já imprime o sentido de constituição ou instituição de alguma coisa, cujo funcionamento está subordinado às normas e regras, que lhe deram estrutura.

E, a rigor técnico, organização exprime propriamente o conjunto de regras e de princípios que vão servir de base à criação ou formação de uma instituição, respeitadas as regras e princípios legais, para que se lhe dê personalidade jurídica e se tracem as normas de funcionamento e de existência legal.

Uma atividade econômica organizada, assim, significa a constituição de uma sociedade para o exercício dessa atividade, subordinada às normas e regras que lhe deram estrutura, ou seja, o Direito Civil ou o Comercial.

E, dentro do código, constitui-se juridicamente como sociedade quem exerce profissionalmente a referida atividade, e que produz para o mercado.

⁵² SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 2002, v.III, p. 112.

São elementos componentes da empresa:

a) bens corpóreos (móveis, imóveis, dinheiro, mercadorias);

b) bens incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, patentes de invenção, marcas de fábrica);

c) créditos e débitos;

d) o fundo de comércio, representado, dentre outros fatores, pela clientela, o ponto, a fama, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.

Para Mendonça⁵³, o empresário é

a pessoa que assume a carga de dispor e coordenar a produção na grande empresa moderna, na qual não são as mesmas pessoas que proporcionam o capital e organizam a produção com vistas ao mercado.

Segundo Bulgarelli⁵⁴, o empresário é quem reúne, coordena e dirige os elementos da empresa sob sua responsabilidade pessoal,

Almeida⁵⁵ sustenta que

⁵³ MENDONÇA, op.cit.,p.23

⁵⁴ BULGARELLI, op.cit.,p.28

⁵⁵ ALMEIDA, op.cit.,p.23

é empresário quem exerce profissionalmente e em nome próprio, valendo-se de uma organização de pessoas ou de bens, uma atividade lícita, encaminhada à produção de bens ou serviços, que não consistam em obras de criatividade ou em trabalhos intelectuais.

E, como já se referiu, no artigo 2.086 do *Codice Civile* se diz que o empresário é o “chefe” – cappo – da empresa; com o que se quis significar a preponderância do elemento coordenador, hierárquico, sobre a essência que permite “ser” empresário, a “propriedade”, o “direito de propriedade sobre os meios de produção e sobre o produto obtido”⁵⁶.

Tem-se, pois, que o centro do sistema mercantil está no empresário e a empresa, e não no comerciante; portanto, deve-se ter em conta que o característico do Direito Mercantil não é o objeto de sua atividade, mas sim a organização de sua atividade em forma de empresa, e esta organização pode afetar a qualquer tipo de organização.

Qualificar uma pessoa como empresário tem importantes conseqüências jurídicas. Assim⁵⁷:

a) O empresário está submetido ao estatuto jurídico específico. Isso implica que: está obrigado a se inscrever em local adequado estabelecido pela legislação, deverá levar uma contabilidade ordenada de sua atividade, e estará submetido a procedimentos especiais para casos de insolvência.

⁵⁶ MARCONDES, op.cit.,p.23

⁵⁷ MARCONDES, op.cit.,p.24

b) A intervenção de um empresário em certos contratos vai determinar que esses contratos sejam mercantis: O âmbito de Direito Mercantil foi ampliando pelos contratos surgidos no exercício da atividade do empresário.

Para esta teoria da empresa, a figura do empresário requer o estudo da capacidade, exercício habitual da atividade empresarial e a atuação em nome próprio. Então, será empresário quem realizar uma atividade dirigida a incluir no mercado bens e serviços com busca de lucro e que se realize de forma profissional uma atividade econômica, mas, além disso, para ser empresário se requer realizar os atos de maneira profissional. Do mesmo modo, o empresário se diferencia do resto do pessoal da empresa porque atua em nome próprio.

Há, porém, determinadas pessoas que realizam uma atividade econômica, que em princípio reúnem capacidade legal, exercício efetivo e habitual de uma atividade econômica e atuam em nome próprio, mas que há dúvidas se são empresários ou não.

Tais são os casos de criadores de gado, agricultores e artesãos, que não poderiam ser empresários embora reúnam os requisitos exigidos, tanto que realizam uma atividade do setor primário – agricultura, pecuária, artesanato – diferenciada dos setores industriais e de serviços.

Ocorreria o mesmo para o caso dos profissionais liberais, que reúnem os requisitos para serem empresários e atuam em nome próprio, mas tampouco têm em princípio o caráter comercial ou mercantil.

O exercício profissional de uma atividade definível, como atividade produtiva de riqueza, é condição necessária para adquirir a condição de empresário, mas não é condição suficiente, pois existem atividades que consistem, não obstante, na produção de bens ou de serviços, e apesar de exercidas profissionalmente, não dão lugar a uma empresa.

Tais são, como se deduz do artigo 2.238 do Codice Civile⁵⁸, as atividades dos “profissionais intelectuais” e dos artistas, já que a elas se aplicam normas que regulam a empresa, apenas “se o exercício da profissão constitui elemento de uma atividade organizada em forma de empresa”.

Então, o profissional intelectual ou o artista chega a ser empresário só quando desenvolve uma “atividade ulterior”, distinta da intelectual ou artística e definível, considerada em si mesma, como atividade de empresa.

3.3 O Novo Código Civil Brasileiro e o papel da empresa

Em janeiro de 2002 foi promulgado o Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)⁵⁹. O Novo Código Civil disciplina tanto a matéria civil como a matéria comercial, realizando no país, a exemplo do que ocorreu na Itália em 1942, a unificação legislativa do Direito Privado tradicional.

⁵⁸ CODICE civile italiano de 16 de marzo de 1942, op. cit.

⁵⁹ BRASIL.Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. op. cit.

Entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, revogando o Código Civil de 1916⁶⁰ (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e a Parte Primeira do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850)⁶¹, que trata do "Comércio em Geral". É o próprio Miguel Reale – Coordenador Geral da comissão responsável por analisar o Projeto de Lei n.634-D que iria redundar no Novo Código Civil Brasileiro – quem afirma que, tanto quanto possível, procurou-se, no novo texto, manter as soluções e a redação encontrada adequada em 1916. Como afirma o jurista, essa opção se deu “não só pelos méritos intrínsecos [do antigo código], mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu”⁶².

Ainda assim, o Novo Código Civil apresentou mudanças sensíveis em relação ao antigo texto. Mormente, em relação ao viés social que adquiriu em comparação com o seu par anterior.

O Código Civil de 1916, como bem reflete sua época, foi constituído em um ambiente onde os aspectos da visão política liberal se faziam bastante fortes. Neste sentido, a estruturação do código teve esta direção. Por sua vez, o Novo Código Civil, seguindo a tradição de busca pelo viés social que, no final da década de 1960 já se fazia presente como indicativo teórico para os juristas brasileiros, relativizou antigos pressupostos liberais, e entrou em sintonia, especialmente, com

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 3071 de 01 de janeiro de 1916. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 jan. 1916.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Código comercial do império do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, 31 dez. 1850

⁶² REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>> . Acesso em: 20.08.2006.

a Constituição Federal de 1988⁶³ – cujo caráter propriamente social é, também, bastante acentuado.

Um exemplo bastará para ilustrar este aspecto. Enquanto que, no Código Civil de 1916, a propriedade era tida como direito absoluto; atualmente o Novo Código Civil limita este direito – a posse da terra, por exemplo, deve ser encarada a partir de seu aspecto social, e é neste sentido que a justiça deve focar a questão da propriedade.

Segundo o Código Civil de 2002⁶⁴, na medida em que o comerciante deixará de ser o centro nuclear do Direito Comercial, serão igualados os tipos de atividades econômicas produtivas (principalmente os de indústria e de serviços), passando todos a figurar em um mesmo plano, o da empresa como atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados.

As conseqüências serão, sem dúvida, de grande monta, a principiar pelo abalo na estrutura tradicional do Direito Comercial, alcançando, inclusive, sua própria denominação, que futuramente não tratará esse direito como comercial, mas sim como "direito de empresa", ou "direito empresarial", que possui abrangência de significação muito maior.

⁶³ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, op. cit.

3.4 A empresa segundo o Novo Código Civil

Para Márcio Antônio Inacarato⁶⁵,

por ironia a entranhados comercialistas, o conceito diferenciador do novo direito comercial nos virá do bojo de um Código Civil, nem por isto, pelo grande significado prático e científico que representa, devemos deixar de o exaltar.

Assim, o Direito Comercial afasta-se do Código Comercial de 1850⁶⁶ e adentra em uma nova relação com a efetiva situação econômica atual.

Segundo Tadei⁶⁷,

com a vigência do novo Código Civil brasileiro o direito comercial continuará como disciplina jurídica autônoma no país, assim como ocorre na Itália e na Suíça, países em que o direito privado foi unificado sob o aspecto legislativo. O Código Civil de 2002 não atribui aos civilistas a necessidade cogente da ampliação de seus estudos somente pelo fato de possuir normas de natureza comercial. A matéria comercial e a matéria civil não se confundem no novo Código Civil, a teoria da empresa não extingue a dicotomia do direito privado tradicional, amplia,

⁶⁵ INACARATO, Márcio Antônio. Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n.78, p. 52-57, abr./jun. 1990.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. op. cit.

⁶⁷ TADDEI, Marcelo Gazzí. O Direito comercial e o novo Código Civil brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004>>. Acesso em: 24.08.2006.

isso sim, a abrangência do direito comercial ao alterar os limites de incidência das normas comerciais, que passam a tratar de atividades econômicas anteriormente destinadas ao regime civil pela teoria dos atos de comércio.

A autonomia jurídica do direito comercial é assegurada pela Constituição Federal, que no art. 22, I, prevê que "Compete privativamente à União legislar sobre: I. direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

Ao dispor sobre o rol de competências legislativas privativas da União o dispositivo constitucional separa claramente o direito civil do direito comercial, impedindo que normas inferiores contrariem as autonomias das disciplinas jurídicas mencionadas.

Na atual sociedade brasileira, o desenvolvimento de sociedades comerciais vai além de, apenas, refletir o direito específico. Mas, também, insere-se dentro do contexto social geral de busca pelo desenvolvimento econômico, expansão da empregabilidade. Quando se propõe estudar a questão da natureza jurídica das empresas, portanto, devem-se buscar os elementos sociais fundamentais que sustentam essa figura jurídica, por um lado, e compreender sua relação geral dentro da história do direito brasileiro e da economia, por outro.

Por isso que, inicialmente, é necessário se fazer a definição de empresa sob o prisma econômico, pois que está ligada à idéia de organização dos fatores

da produção (capital, trabalho e natureza) para a realização de uma atividade econômica. Somente a partir daí é que se poderá desenvolver o conceito jurídico.

O Código Civil de 2002⁶⁸, em seu art. 1.363, apresenta os elementos para a definição de sociedades comerciais, sendo que o Código Comercial (1850) não definiu.

Carvalho de Mendonça⁶⁹ apresenta o seguinte conceito:

contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para o fundo social destinado ao exercício do comércio, com a intenção de partilhar os lucros entre si.

Devemos estudar o fenômeno da empresa comercial, analisando os elementos constitutivos da empresa, verificando a natureza jurídica desse sistema para pesquisar como ela pode ser ligada, eventualmente, por direitos reais ou por relações de obrigação, aos elementos do mundo exterior ou a pessoas da vida jurídica.

Com o Novo Código Civil, o centro dos estudos do Direito Comercial está sendo transportado para uma nova área, isto é, a atividade empresarial. Tal mudança é vista como um grande avanço aos olhos dos estudiosos e doutrinadores, pois três realidades estão intimamente ligadas – a empresa, o empresário e o estabelecimento – e se sobressaem no contexto atual.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. op.cit.

⁶⁹ MENDONÇA, op.cit.,p.23

Todo indivíduo tem a liberdade de poder criar relações contratuais, mas estas relações devem estar submetidas às regras impostas pela lei.

Sabe-se que hoje muitos contratos são contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais. O contrato sofre restrições em virtude de sua ordem pública, pois cada vez que o interesse individual colide com o da sociedade, é o da sociedade que prevalece.

Quando se fala em ordem pública, fala-se de conjunto de interesse jurídicos e morais que cabe à sociedade representar para a projeção do interesse social nas relações interindividuais.

Percebe-se assim, que há uma liberdade, uma autonomia; porém, ninguém é obrigado a se ligar contratualmente. A vida social também se ampara em alguns princípios. O Direito cogente, de ordem pública, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da sociedade. Houve tempos em que não foi assim; hoje, o direito contratual, expandiu nas áreas das normas de ordem pública destinada a proteger elementos economicamente fracos. Surgem, portanto, princípios mínimos de que o direito contratual não pode se afastar, como por exemplo, o salário mínimo. E para garantir esses princípios, surge o Estado impondo regras que deverão ser cumpridas, tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem pública.

No mesmo diapasão das diferenças entre as obrigações civis e mercantis, situa-se a distinção entre os contratos civis e mercantis, que envolvem a questão

mais profunda, ou seja, a da própria autonomia do Direito Mercantil. A respeito disso WALDÍRIO BULGARELLI diz que

*se a unificação do direito das obrigações não acarretaria necessariamente a perda da autonomia do Direito Mercantil, claro está que, como corolário necessário, dever-se-ia admitir também a unificação dos contratos*⁷⁰.

A revogação da primeira parte do Código Comercial de 1º de junho de 1850, com a introdução do Direito de Empresa no Novo Código Civil, é um avanço que merece destaque especial, até porque torna o comerciante um empresário voltado para a atividade econômica, que é a nova leitura que se deve fazer nos tempos modernos; trata das obrigações comerciais e disciplina algumas espécies de contratos mercantis (mandato mercantil, comissão mercantil, compra e venda mercantil, entre outros). O Novo Código Civil unificou as obrigações comerciais e as obrigações civis no Livro I da Parte Especial (Do Direito das Obrigações) e disciplina alguns contratos de interesse dos empresários, como o contrato de compra e venda, comissão, agência e seguro, mas não disciplina outros importantes contratos empresariais, como, por exemplo, o contrato de *leasing*, representação comercial autônoma, franquia, *factoring*, locação empresarial e licença de direito industrial.

O Novo Código Civil Brasileiro, sob a perspectiva do Direito Comercial, é importante por ser o marco inaugural de uma nova fase dessa disciplina jurídica

⁷⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

no país, muitas vezes desprestigiada pela existência do Código Comercial de 1850. O grande trunfo do Código Civil de 2002 em relação ao direito comercial foi a adoção da teoria da empresa, que se mostra mais adequada às atuais conjunturas econômicas e permite a ampliação da abrangência do Direito Comercial no país, tornando-o mais importante.

Ao contrário do que a unificação legislativa realizada possa sugerir, o Direito Comercial não perdeu seu brilho com a inserção de suas normas fundamentais ao lado das normas civis num mesmo Código, pelo contrário. A unificação legislativa representa critério de organização do legislador e foi apenas parcial não alcançando todos os temas da vida empresarial. Por ironia, a evolução do Direito Comercial e a conseqüente ampliação de sua importância no país decorreram do surgimento do Código Civil.

A nova codificação, ao regular o Direito de Empresa no Livro II, como já dito, abandonou o sistema tradicional do Código Comercial de 1850, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, trocando-o pela adoção da Teoria da Empresa em seu perfil subjetivo, o do empresário.

Já se tornou notório que a empresa, independentemente do setor de atuação, domina o panorama da economia moderna, principalmente porque é ela a responsável pela produção e comercialização em massa, mas também pelos progressos tecnológicos verdadeiramente revolucionários que utiliza e, conseqüentemente, pela dimensão extraordinária que alcançou.

Neste contexto, mostra-se de suma importância a Teoria da Empresa, voltada para a organização dos fatores de produção, que proporcionam a circulação de bens e serviços, com vistas ao lucro, conduzindo a uma reformulação total no entendimento do objeto das sociedades, sejam elas comerciais ou civis, fulcrado no ato de comércio, passando estas sociedades, a partir daí, a terem os seus objetos voltados às atividades empresariais, independentemente da prática ou não de atos ditos mercantis.

O Novo Código Civil, promulgado recentemente, segue orientação do Código Civil Italiano de 1942, consagrando essa teoria no Livro II, do "Direito de Empresa". As sociedades antes conhecidas por sociedades comerciais passam a se denominar de sociedades empresárias.

No dizer do Professor MIGUEL REALE,

*o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ato de comércio é substituído pelos atos de empresa e atividade empresarial, assim como a categoria de fundo de comércio cede lugar à de estabelecimento*⁷¹.

Para haver harmonia ao novo regime legal, os diversos institutos comerciais, como a Falência e a Concordata, deverão ser interpretados à luz dessa teoria, o que ampliará a incidência das normas comerciais para diversos setores da economia.

⁷¹ REALE, Miguel. Exposição de motivos do projeto de código civil. **Edições Técnicas do Senado Federal**, Brasília, v. 5, t. 2, p.17,1989.

A adoção da Teoria da Empresa implicará, pois, sem dúvida, o avanço do Direito Comercial, que, por sua vez, permitirá a adequação das normas jurídicas à evolução da economia moderna. A empresa, assim, entra para o direito positivo, no país, por força da necessidade de se estruturar a atividade econômica voltada à produção e à circulação de bens ou serviços, reconhecendo efetivamente, o que a doutrina de há muito preconiza como uma necessidade para a modernização do Direito Comercial, sendo que de alguma forma, a figura da empresa já se encontra enraizada entre nós, por inspiração da doutrina italiana".

O conceito de empresário do Novo Código Civil praticamente repete o conceito do italiano. Define também no artigo 1.142 o conceito de estabelecimento como "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária⁷²".

Tomando a empresa, em seu perfil subjetivo, o novo *codex* conceitua o empresário por traços definidos em três condições: exercício de atividade econômica destinada à criação de riqueza pela produção de bens ou de serviços para circulação; atividade organizada, através da coordenação dos fatores da produção; e exercício profissional.

Pode-se dizer, neste contexto, que, com a promulgação do Novo Código Civil Brasileiro – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002⁷³, marcou-se

⁷² BRASIL. **Código Civil**: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.132.

⁷³ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 op. cit.

definitivamente o abandono do sistema tradicional baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, substituindo-os pelo sistema do empresário e da atividade empresarial.

A implantação destes novos conceitos (de empresário e estabelecimento comercial) no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, irá refletir no campo de aplicação do Direito Comercial que, aliás, já pode ser até definido como Direito Empresarial.

O comerciante e os atos de comércio não mais serão considerados como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora, "o exercício profissional da mercancia" (artigo 4º do Código Comercial de 1850), e, sim, a empresa como noção relacionada à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente.

Essa nova codificação admitirá, assim, a existência de empresas nos vários setores da atividade econômica, sendo certo que o termo empresário não corresponderá mais ao antigo comerciante, mas, também, ao produtor rural (empresa rural), ao prestador de serviços, ao Estado (empresas públicas), o que alterará profundamente o campo de atuação do Direito Comercial hoje vigente, sobretudo no que tange à aplicação dos institutos jurídicos da falência e da concordata.

3.5 A nova lei de falências

Com relação às medidas de âmbito legal, o estudo mostra que a Nova Lei de Falências poderá ter uma clara influência sobre a taxa de juros. A nova lei de falências, entre outros objetivos, estabelece a garantia dos direitos dos credores, ou seja, o recebimento pelo setor financeiro, em condições privilegiadas, das dívidas acumuladas pelas empresas falidas. Este privilégio para o setor financeiro contraria a lógica atual que prioriza o pagamento das dívidas trabalhistas e tributárias.

Uma das fontes da Legislação Falimentar Brasileira foi o Direito Italiano. Segundo Vivante, a reformulação no processo falimentar Italiano auxiliou no dinamismo e nos custos em relação à antiga legislação:

Antes da nova lei, sucedia freqüentemente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência a pequenos estabelecimentos condenados à impotência da sua originária miséria, obrigados a sucumbir a débitos cuja totalidade não excede a uns milhares de liras. O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais tiravam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido; um pobre desgraçado atormentado com o processo de bancarrota por não ter escriturado regularmente os livros prescritos, que muitas vezes não eram necessários ao giro do seu estabelecimento. A nova lei procura impedir

estes tristes resultados na sua segunda parte, que regula a liquidação coletiva das pequenas empresas – não pertencentes a sociedades. O processo a seguir é simples e econômico. O comerciante, que não seja devedor da importância superior àquela cifra, dirige-se ao Presidente do tribunal para que mande convocar os seus credores; e o Presidente em seguida a este pedido – que produz quanto ao patrimônio do devedor o mesmo efeito que o requerimento de uma concordata preventiva nomeia um comissário judicial, que exerce as suas funções sob a direção do Pretor em que o recorrente exerce o seu comércio⁷⁴.

Mais abrangente, a nova lei falimentar garante maior flexibilidade às empresas em dificuldades para renegociar suas dívidas junto aos seus credores. Por esse processo, a empresa apresenta um plano de recuperação, que deve ser aprovado em assembléia de credores em até 6 (seis) meses, findo os quais a falência deve ser decretada pelo juiz. O projeto facilita também as negociações informais, ao criar a figura da recuperação extrajudicial, permitindo que tais acordos sejam homologados no Judiciário, incluindo eventuais credores minoritários no acordo aprovado pela maioria.

A principal consequência da nova Lei de Falências e da alteração no Código Tributário Nacional é a abertura da possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passam por dificuldades momentâneas, mantendo os empregos, os pagamentos aos credores e o pagamento de impostos. Em caso de falência, o fim da sucessão tributária será positivo, pois

⁷⁴ Apud REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.89.

possibilitará a venda dos ativos sem que os mesmos tenham sofrido forte depreciação.

Entretanto, a mudança mais importante da nova legislação é a criação de um ambiente institucional mais favorável à realização de operações de crédito, devido à redefinição da ordem de prioridades na falência. As reduções do risco de crédito e do risco legal deverão impactar positivamente os *spreads* bancários. Ao contrário do que ocorre hoje, os créditos com garantia real passarão a ser respeitados quando da eventual liquidação da empresa, criando condições mais favoráveis para a expansão da oferta de crédito e para a redução dos custos financeiros das empresas.

A preocupação com a preservação de empregos não se resume a mecanismos mais modernos e flexíveis de recuperação, mas também aos meios para facilitar a venda de ativos da empresa falida. Em caso de falência, é dada prioridade à venda da empresa em bloco, em detrimento da venda parcelada ou individual. Para o tratamento das micro e pequenas empresas, a lei dá um tratamento menos burocrático e mais favorecido, podendo o juiz aprovar a recuperação judicial mediante uma renegociação padrão das dívidas dessas empresas, que deve ser quitada em 36 (trinta e seis) prestações mensais iguais e consecutivas, após uma carência de 6 (seis) meses. Finalmente, estabelece que os créditos em moeda estrangeira devam ser convertidos para reais na data da falência e não da recuperação.

Conforme Roque⁷⁵, com a Nova Lei de Falências, as concordatas preventiva e suspensiva e a continuidade dos negócios do falido após a declaração da falência que eram mecanismos de recuperação da empresa, passam a dar lugar a um único processo. Isso significa uma agilidade maior no processo com a concentração das decisões e, conseqüentemente, das ações jurídicas que envolvem o gerenciamento da massa falida da empresa. Ou seja, uma perspectiva de agilidade que tem reflexos diretos na percepção da segurança dos bancos em relação à recuperação dos valores empenhados daquela empresa.

Além disso, a recuperação extrajudicial é também facilitada. Afinal, pela lei anterior, a convocação de credores com proposta para dilatação de prazos para pagamentos e remissão de dívidas caracterizava a falência do devedor. Com a nova lei isto deixa de acontecer, permitindo que as negociações sejam feitas sem que seja decretada a falência. Além disso, o Ministério Público tem condições de intervir antes mesmo da falência do devedor. Isso significa uma possibilidade de ação antecipada, permitindo que o devedor dê respostas mais rápidas diante da situação econômica em que se vê envolvido.

Observa-se, neste sentido, a busca pela garantias de negociação com o devedor. Assim, evita-se uma situação bastante comum presente na legislação anterior, qual seja, a impossibilidade de ação dos credores em relação à empresa, no sentido de negociar e ter condições de reaver ao menos parte dos valores que lhes são devidos. A nova legislação falimentar, por exemplo, estabelece que o

⁷⁵ ROQUE, Sebastião Jose. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo. Ícone, 2005, p.97.

devedor publique seu estado de dificuldade formalmente, isto facilitará o crédito do devedor em dificuldades.

Na busca pela agilização dos processos e sua transparência, são criadas as figuras do administrador judicial, nomeado com a abertura do processo de recuperação judicial para co-gerir os negócios da empresa em recuperação; do Comitê de Recuperação, responsável pela fiscalização da gestão do devedor; da assembléia-geral de credores formada por credores trabalhistas, credores com direitos reais de garantia e privilégios e credores quirografários e subordinados. Desaparece, assim, a massa de credores no processo de recuperação judicial⁷⁶.

O objetivo central da recuperação judicial do devedor visa à continuidade dos negócios das empresas viáveis, a manutenção de empregos e o pagamento dos credores. Enquanto a legislação atual se preocupa somente com aspectos formais para declarar a falência da empresa, a nova lei não é formalista como a atual, porque ela se preocupa com a função social da empresa dentro do seu meio de atuação.

Para o devedor, isso se dá da seguinte forma: o devedor apresenta seu pedido com um plano detalhado de recuperação dizendo de que forma ele vai se recuperar e pagar seus credores. Nasce o período de observação, o processo de recuperação judicial é aberto por uma fase preparatória e conservatória que permite uma análise profunda da situação econômico, financeira, patrimonial e social da empresa para ver se é possível sua recuperação.

⁷⁶ ROQUE, Sebastião Jose. op. cit., p.73.

No plano, caso seja necessário, o devedor mencionará se haverá cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade, substituição total ou parcial dos administradores, aumento do capital social entre outras – ou seja, procura incorporar soluções possíveis para a realização dos valores. A assembléia de credores será responsável por deliberar sobre a aprovação do plano de recuperação judicial, que deverá ser feito pela maioria dos credores presentes e cumulativamente contar com o consentimento de pelo menos duas das classes de credores. O plano, bem como suas modificações, também será aprovado com 2/3 dos votos do total dos credores. Em caso de não aprovação do plano, será decretada a falência do devedor. O plano pode ser revisto se houver modificações substanciais na situação econômico-financeira do devedor. O fato de o devedor ter título de crédito protestado não será mais um obstáculo para sua recuperação.

A despeito das condições para a facilitação e dinamização do processo e busca de uma solução rápida e adequada, tanto para credores quanto para devedores, a nova lei de falência⁷⁷ é mais rigorosa no aspecto penal tipificando novos crimes e aumentando as penas, dando ensejo à prisão preventiva do devedor e ou de seus representantes.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade do empresário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Edição Extra.

Considerando-se o espírito da nova legislação, esse aumento do rigor se justifica. Afinal, o que se pretende não é, a princípio, interromper o processo de negociações após a falência. Na verdade, como afirma Roque⁷⁸, o que se pretende é construir as condições necessárias para a negociação e, caso sejam descumpridas, permita-se uma punição rigorosa dos responsáveis. Estão relacionados, ainda, os bens do devedor para o pagamento das dívidas. Por conta disso, os bens arrecadados do devedor serão vendidos de forma mais rápida para pagar os credores, porque não é necessário esperar a formação do quadro geral de credores para ocorrer a venda.

Por esta mesma razão, está expresso na lei que o juiz poderá tornar indisponível os bens particulares dos réus quando houver responsabilidade solidária dos controladores e administradores da sociedade por ações e a dos sócios-gerentes da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, estabelecidas nas respectivas leis, bem como a dos sócios comanditários e do sócio oculto.

Percebe-se que existem diversos entraves a contribuir para o alto nível de inadimplência no Sistema Financeiro Nacional, e que, dessa forma, elevam a taxa de juros praticada. O Governo, em curto espaço de tempo, pretende adotar medidas como: Cadastro Positivo, Central de Risco de Crédito e a Nova Lei de Falências que trarão benefícios, reduzindo o nível de inadimplência refletindo possivelmente na redução da taxa de juros não imediatamente más com certeza em médio prazo.

⁷⁸ ROQUE, Sebastião Jose. op.cit., p. 81.

A antiga Lei de Falência não possuía qualquer dispositivo que se relacionasse à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Porém, de acordo com a nova Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005), esta situação se modifica. Como afirma Gaino⁷⁹

será necessária, no entanto, segundo o seu art. 82, a ação de responsabilização dos sócios, de procedimento ordinário, de competência do juízo universal da falência e com prazo prescricional de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Os credores da massa falida terão legitimidade para o ajuizamento dessa ação, podendo pleitear, no início do processo, com base no § 2º do referido artigo, um provimento judicial que torne indisponíveis os bens particulares dos sócios-réus, em valor bastante para a garantia do crédito.

Esse provimento judicial, de natureza acautelatória, servirá para assegurar a utilidade prática do processo, garantindo a execução por sentença que reconhecer a responsabilidade dos sócios.

⁷⁹ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53.

4 O PAPEL ECONÔMICO DA EMPRESA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

O conceito de mercado que é utilizado na atualidade, mudou em relação ao de anos atrás. Antigamente se considerava mercado como o lugar no qual se reuniam compradores e vendedores para intercambiar diferentes bens e serviços disponíveis no lugar. Embora este tipo de mercado ainda exista em muitas regiões, neste momento não se pode limitar o conceito de mercado a este caso em particular.

O desenvolvimento de novas tecnologias, de novos produtos, permitiu que esses intercâmbios entre pessoas não só se realizem em um lugar determinado, nem que os produtos que desejam intercambiar estejam fisicamente nesse lugar. Atualmente, pode-se definir um mercado como o espaço, a situação ou o contexto no qual se leva a cabo o intercâmbio, a venda e a compra de bens, serviços ou mercadorias por parte de compradores que demandam essas mercadorias e têm a possibilidade de comprar, e vendedores que também os oferecem.

Podem existir mercados de distintos níveis. Por exemplo, um mercado pode ser uma loja de bairro, um centro comercial, o posto de venda de um agricultor em uma praça de mercado ou uma bolsa de valores, como a Bolsa de São Paulo, ou a Bolsa de Nova Iorque. Todos estes negócios, dependendo do tipo de mercadoria que dirigem, desempenham-se de forma distinta. Em alguns, o intercâmbio se faz em nível nacional e, em outros, em nível internacional, sendo negócios nos quais intervêm compradores e vendedores de muitas partes do mundo.

Por outro lado, alguns negócios são muito pessoais, pois é necessário que o comprador e o vendedor tenham contato pessoal direto, enquanto outros são impessoais, já que o vendedor e o comprador nunca se vêem, nem se conhecem um ao outro.

Nos mercados, os compradores refletem seus desejos na demanda, procurando obter a maior utilidade possível, enquanto os vendedores procuram obter lucros ao oferecer produtos que os consumidores ou compradores estejam procurando; quer dizer, que estejam demandando. Esta demanda e oferta de mercadorias atuam como forças que, ao interagir, permitem determinar os preços com que se intercambiam as mercadorias.

A informação cumpre um papel fundamental nos mercados, pois graças a ela os vendedores e os consumidores sabem o que se está demandando, em que quantidade e a que preços, e pela qual podem decidir o que e quanto produzir, assim como o que comprar e em que quantidade fazê-lo, ou, se assim o considerarem, podem tomar algum outro tipo de decisão.

Quando se fala de uma economia de mercado, isto faz referência ao intercâmbio entre as pessoas (as quais demandam bens e serviços que produzem as empresas) e as empresas (as quais também demandam materiais, bens e serviços que se denominam fatores de produção, necessários para a produção de bens e serviços que eles mesmos vendem). No mercado desses fatores de produção é onde a economia centra sua atenção. Estes mercados são o mercado de produtos, o mercado de trabalho e o mercado de capitais.

A globalização da administração é uma realidade da vida diária. Todos os dias, os periódicos estão cheios de notícias que nos recordam que as organizações adotaram um enfoque global.

Os noticiários falam com freqüência de assuntos como as balanças comerciais internacionais e as flutuações das moedas. Não é estranho ler a respeito de empresas japonesas que estão avançando nos mercados dos Estados Unidos nem de empresas americanas que estão progredindo nos mercados do Japão.

Somos informados que administradores dos países que estavam depois da “cortina de ferro” agora se preparam na Europa Ocidental ou Estados Unidos, e de empresas americanas e britânicas que se unem para oferecer novos serviços de telecomunicações e viagens de avião em vários países do mundo. Hoje, nenhum administrador se pode dar o luxo de supor que sua organização esteja isolada de todas estas atividades mundiais.

Não é nada estranho, hoje, encontrar uma organização global, com escritório-matriz em Estados Unidos, que conte com operações fabris nos, Estados Unidos, Alemanha e Singapura, por exemplo.

As grandes organizações optaram pela via global, e também é cada vez maior a quantidade de pequenas empresas que o fazem. A globalização é o reconhecimento por parte das organizações, de que as organizações devem ter um enfoque global e não um enfoque local.

Também pode esta ser definida de muitas maneiras. Dependendo de que nível se deseje analisar, pode-se falar da globalização do mundo inteiro, de um país, indústrias específicas, empresas, até de um modelo econômico e político.

Na escala mundial, a globalização se refere à crescente interdependência entre os países, tal como se reflete nos fluxos internacionais de bens, serviços, capitais e conhecimentos. A escala nacional refere-se à magnitude das relações entre a economia de uma nação e o resto do país.

É um processo de crescimento internacional ou mundial do capital financeiro, industrial, comercial, recursos humanos, político e de qualquer tipo de atividade intercambiável entre países.

Na economia mundial moderna, as relações entre as pessoas, as regiões e os países não são acidentais nem passivas, mas são mecanismos de integração ativos que intensificam e desenvolvem a vida econômica internacional.

A globalização transformou a maneira como as empresas levam suas operações, mas, sobretudo teve um impacto muito importante na própria organização. Por isso o perfil de seus integrantes é distinto.

4.1 As empresas e o direito

Desde finais do último século, vem ficando clara – ao menos como idéia – a ordem de que a empresa e o desenvolvimento econômico devem vir

acompanhados por um sistema político democrático. Afirmção que tem sua lógica no fato real de que o desenvolvimento empresarial é inato à democracia, já que esta constitui o sistema político mais adequado para a livre iniciativa e a criatividade, e sua carência ou ausência gera uma debilitação do Estado de Direito, conseqüentemente, insegurança jurídica, cenário que desestabiliza a empresa.

Então, a correta tomada de decisões, necessariamente, está circunscrita a regulações e normatividade – “regras do jogo” – estáveis e previsíveis, protegidas pelo Estado. Isto é o que dá confiança ao empresário, promovendo o constante melhoramento das empresas e o movimento e captação de investimentos.

A democracia é condição necessária para o desenvolvimento autônomo da empresa. Assim, os países com maior desenvolvimento empresarial são os mais democráticos. Ao contrário, países com governos autoritários e, conjuntamente, com períodos de rápido crescimento econômico tendem constantemente a se debater em profundas crises, sendo obrigados a abandonar o dirigismo, protecionismo e excessivo controle estatal, para dar passo à iniciativa privada e ao mercado livre.

Assim como a tendência ao êxito na economia radica na livre empresa, no campo político a democracia é o que torna eficiente este sistema. O regime autoritário cria as condições para que se produza instabilidade empresarial – queda da produção, elevação de custos, demissão de pessoal, etc.; alteram-se as variáveis macroeconômicas gerando recessão, desvalorização e inflação; agrava-

se a desocupação e a pobreza extrema, podendo, eventualmente, desencadear fortes conflitos sociais e políticos.

Deve-se refletir que os processos econômicos e políticos não são lineares, mas tropeçam em incertezas, interferências e oposições de quem busca manter sistemas tradicionais, resistindo a uma modernização globalizante das sociedades que – em termos políticos – é a tendência histórica para a democratização no planeta.

É muito sabido – inclusive por próprias e não tão longínquas experiências – que um regime autoritário gera déficit de democracia, e que se manifesta em baixa ou nula participação cidadã na tomada de decisões políticas, em escala local, regional ou nacional; dando-se, assim, uma crise de representatividade e reiterada transgressão do Estado de Direito. Um governo autoritário é um mau negócio; em consequência, como todo negócio deste tipo, termina falido.

O desenvolvimento da economia e as novas relações derivadas da mudança geraram em seu tempo a necessidade de contar com um marco jurídico adequado.

A legislação comercial brasileira surgiu como uma necessidade de regular a atividade do comerciante como pessoa natural dedicada à atividade mercantil; o que constituiu seu eixo, girando ao redor dele todas as demais instituições vinculadas à tal atividade.

Mas, o comerciante de hoje não trabalha somente de maneira individual, porém integra uma sociedade, e sua atividade empresarial forma parte de uma organização. O panorama mercantil da vida atual é muito distinto daquele pensado pelos legisladores do início do século XX, por exemplo. Agora já não se tem uma economia de comerciantes, mas uma sociedade de empresas; portanto, ante tal contexto, é necessário regular a empresa como o núcleo da atividade mercantil, a fim de que a legislação compreenda o que acontece na realidade.

COMPARATO⁸⁰ apresenta uma importante análise a respeito da atuação das empresas privadas quando afirma:

A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas conseqüências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente; sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder ; SALOMÃO FILHO, Calixto. op. cit., p.144.

5 CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DO DIREITO CONCORRENCIAL

O Direito Concorrencial é um ramo autônomo do Direito Econômico que se integra pelo conjunto de normas que regulam condutas anticompetitivas dos agentes econômicos públicos e privados, condutas que podem tomar diversas formas: práticas restritivas da concorrência, práticas desleais de comércio internacional, ou atividades que lesem os interesses dos consumidores, ou vulnerarem o amparo à propriedade intelectual⁸¹.

O elemento comum nestas práticas é lesar ou restringir a concorrência nos mercados, afetando preços de bens e serviços, e ofendendo a produtores, distribuidores e consumidores. Esta sistematização do conjunto de normas que regulam as condutas anticompetitivas é relativamente recente, por isso se afirma que se trata de um novo ramo do direito⁸².

Neste capítulo, será apresentada uma análise histórica do desenvolvimento do conceito de direito concorrencial. Além disso, serão analisados os elementos para a delimitação do direito concorrencial, incluindo o conceito e a descrição dos sujeitos, objeto e interesses protegidos, e a tipologia de condutas reguladas; apresenta-se uma análise dos elementos teóricos para sua construção realizando uma descrição breve de seus antecedentes, na qual se considera o direito econômico e a análise econômica do direito; finalmente se realiza a análise dos fundamentos do Direito Concorrencial.

⁸¹ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo, Ed. RT, 2003, p.89.

⁸² BERTOLDI, op. cit., p. 94.

5.1 Elementos para a delimitação do Direito Concorrencial

A existência de uma intervenção de caráter normativo sobre os mercados, justamente como limite estrutural à liberdade da empresa, revelou-se como um elemento fundamental da história econômica, destinado, precisamente, a defender o mercado como instituição.

E isso supõe que a liberdade de empresa tem certamente uma dimensão subjetiva, sem dúvida alguma, mas a acompanha necessariamente, ao menos no mundo ocidental, uma dimensão institucional.

Etimologicamente, os termos concorrência e competitividade encontram sua raiz nas vozes latinas concorrência (*competens, enfis*), relação, proposição, aptidão, apto, competição. Em um sentido jurídico geral, o termo concorrência alude a uma idoneidade atribuída a um órgão de autoridade para conhecer ou levar a cabo determinadas funções ou atos jurídicos⁸³.

Entretanto, não é à concorrência como limite objetivo da jurisdição ao que nos referimos sob o termo Direito Concorrencial, porém mais concretamente à concorrência mercantil ou econômica. Em um sistema econômico de livre mercado, a concorrência se traduz na concorrência ou coincidência de ofertantes e demandantes de bens ou serviços em um mercado delimitado em um sentido geográfico, temporário e produtivo, com a finalidade de obter um bem ou serviço

⁸³ BERTOLDI, op. cit.,p.65

(ou um ganho) nas melhores condições de utilidade e preço, dado um ambiente de rivalidade entre os competidores⁸⁴.

Para que esta concorrência possa se dar de forma efetiva, é necessário, em conseqüência, que, no mercado, não existam condições que favoreçam a posição de um competidor em relação aos demais; isso se obtém se existir, no mercado, grande quantidade de ofertantes e demandantes, tal como expressa Salomão Filho⁸⁵:

quanto maior for o número de partes que operam em um mercado, maiores tenderão a ser, por regra geral, as possibilidades de que estas atuem independentemente, e de que careçam do poder de obstaculizar o ingresso de novas assinaturas ao mercado e de impor determinadas condições sobre os competidores.

Não só é necessário que o mercado se encontre fragmentado, quer dizer, que existam múltiplos ofertantes e demandantes; mas é preciso, além disso, que nenhum deles conte com um mesmo poder econômico dentro do mercado, de tal maneira que seja capaz de determinar unilateralmente o preço do bem ou a quantidade do mesmo.

⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiro Editores, 2002, p.55.

⁸⁵ SALOMÃO FILHO, op. cit., p.60.

A existência de monopólios naturais, especialmente em matéria de recursos naturais, é uma limitante à livre concorrência; no Brasil, a prospecção de petróleo, por exemplo.

A livre concorrência supõe a participação de distintos agentes econômicos no interior de um mercado específico, os quais superaram as barreiras de entrada (livre concorrência) que eventualmente pudessem existir.

A concorrência perfeita é um modelo ideal, útil para efeitos de formulação de teorias e modelos – não é uma situação que se presente no mundo real –, e supõe basicamente as seguintes características⁸⁶:

- Existe uma infinidade de agentes econômicos, imensamente pequenos que maximizam seu ganho ou sua utilidade.
- Não existem barreiras à entrada (livre concorrência).
- Não há restrições ao comércio entre países, quer dizer, existe livre mobilidade de fatores.
- Não existe diferenciação por produtos, já que se trata de um produto idêntico.
- Existe informação completa e perfeita.

⁸⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, op. cit., p.66

No extremo oposto se encontra o monopólio no qual não se cumprem os supostos mencionados com antecedência; quer dizer, supõe-se a existência de uma só empresa que produza um bem para o qual não existem substitutos, por isso esta empresa pode fixar o preço ou as quantidades a produzir (reduzindo a oferta) de tal modo que obtenha uma maior utilidade.

A postura do Estado em relação à concorrência resulta um tanto contraditória, já que, enquanto por uma parte estabelece normas a facilitar a concorrência no mercado, por outra parte, é ele mesmo quem desenvolve atividades monopólicas. Pode-se afirmar que esta relação dava maior importância ao Estado até algumas décadas; mas, na atualidade, tende a reduzir tal intervenção à sua mínima expressão, limitando-se em grande medida ao manejo da livre concorrência como instrumento de política econômica.

5.1.1 Direito Concorrencial

No Brasil se admite que é inevitável a presença de certo grau de monopolização, pelo qual não se sanciona que uma empresa possua uma posição dominante, mas que abuse da mesma, definindo uma série de mecanismos de prevenção e controle, a efeito de que não se limitem os processos de concorrência e concorrência no mercado⁸⁷.

⁸⁷ VAZ, Isabel. As três vertentes do direito da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, v.27, 1998., p. 69.

A política de concorrência se converteu, nos últimos anos, em uma das políticas de maior importância no nível mundial, sobretudo à luz de processos de integração econômica que expandem o tamanho dos mercados além das fronteiras de um país, tal como reconhece o governo da Noruega ante a Organização Mundial do Comércio (OMC):

As últimas décadas têm sido testemunhas de uma importante liberalização do comércio de mercadorias e serviços. Não obstante, à medida que prossegue o processo de mundialização, reconhecemos que o comportamento comercial anticompetitivo, combinado com a falta de políticas nacionais eficazes, em matéria de concorrência, pode impedir o acesso aos mercados e reduzir ou anular assim os benefícios obtidos mediante a liberalização de comércio⁸⁸.

Segundo Vaz⁸⁹,

duas são as correntes opostas que atribuem distinto valor à política de concorrência, ao redor das quais giram todas as demais: de um lado a caracterização da concorrência como uma garantia da liberdade de operar dos operadores econômicos (empresas e consumidores). De outro lado, da óptica populista, atribuiu-se à concorrência a função de adequar a ordem econômica ao político.

⁸⁸ Organização Mundial de Comércio, "Preparativos para a conferência ministerial de 1999", Noruega, 7 de setembro de 1999. **Comunicação** Noruega, WT/GC/W/310.,1999, p. 122.

⁸⁹ VAZ, op. cit,p.68.

A concorrência deveria servir para procurar a difusão do poder econômico: da mesma maneira que, em uma democracia, todos os cidadãos têm direito a participar através de diversos meios do poder econômico.

Segundo Proença⁹⁰, a política de concorrência econômica é um sistema composto pela legislação e sua correspondente aplicação, que busca proteger o processo de concorrência e, de forma mediada, ao consumidor contra o poder monopólico e oligopólico, ou o poder de domínio de mercado; pressupõe níveis mínimos de desregulamentação, privatização e abertura econômica.

a política de concorrência compreende não só o regime antimonopólico (controle das concentrações anticompetitivas), mas um espectro mais amplo no que cabem como condições prévias:

- *A desregulamentação como processo permanente de prevenção e supressão de regras ineficientes.*
- *A privatização como um veículo para devolver à sociedade os meios e canais para a produção eficiente e responsável.*
- *A abertura comercial como política necessária para captar e dar incentivos às vantagens competitivas (nacionais e para o estrangeiro), obter ótima competitividade e estimular maior concorrência.*

⁹⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

- *Um mínimo de cultura empresarial de concorrência que considere natural e eficiente a rivalidade (não motivo de afronta e rancor social).*

Os fatores econômicos que justificam a existência do Direito Concorrencial derivam da teoria econômica e da aplicação de políticas econômicas concretas.

A realidade é muito diferente aos pressupostos do modelo básico de concorrência: existem empresas de grandes dimensões que operam nos mercados mundiais exercendo poder monopólico, juridicamente sancionadas pela regulação de práticas restritivas; a mobilidade de fatores é parcial e varia nos diversos processos de integração existentes, situação que dá lugar à existência de práticas desleais de comércio tanto nacional quanto internacional; os produtos, embora possam ser muito similares, são diferenciados mediante marca, motivo pelo qual toma importância a regulação sobre propriedade intelectual; e não existe informação completa, para o fato de os consumidores serem objetos de enganos por produtores e distribuidores de bens e serviços.

Falando já do Direito Concorrencial, Proença⁹¹ o define como um setor do ordenamento jurídico que engloba um conjunto de instituições de distintas naturezas que, não obstante, gozam da nota comum de relacionar-se com a atividade econômica e a regulação da competitividade e da concorrência.

A este tipo de normas, que em geral são chamadas Direito Concorrencial, aqui se denominará Direito Concorrencial *stricto sensu*, já que regulam só um tipo de

⁹¹ PROENÇA, op. cit., p.69

práticas anticompetitivas, mas os agentes econômicos podem obter benefícios similares através de outras condutas.

Para efeitos desta análise, o Direito Concorrencial será considerado como um ramo do Direito Empresarial que regula e ordena os mercados sancionando as práticas mercantis anticompetitivas atentatórias à livre concorrência; que inclui o conjunto de normas reguladoras das relações de mercado que se suscitem entre agentes econômicos, os quais podem ter por objeto a promoção e defesa da concorrência, a eficiência econômica, a abertura de mercados, e o bem-estar dos consumidores⁹².

O Direito Concorrencial se inscreve em um Estado nacional redefinido cujo papel variou qualitativamente.

De fato, seus pilares até ontem irremovíveis se erodiram irremediavelmente por que: a) as empresas públicas já não são a fonte do dinamismo da economia; b) o setor financeiro já não é um grande ente estatal central, mas um cenário privado e competido interdependente e exógeno; c) o protecionismo articulado pelo Estado foi substituído por uma política de comércio internacional cada vez mais aberta e desregulada; e d) os critérios de planejamento indicativo cederam passo ao mercado como elemento central para a fixação de preços, a decisão dos investimentos e a remuneração dos fatores produtivos.

⁹² PROENÇA, op. cit., p. 69.

5.2 Construção histórica do Direito Concorrencial

5.2.1 O Desenvolvimento histórico das leis

A história brasileira conta um passado constitucional conturbado. A Constituição Federal de 1988 é o resultado não apenas da constituinte específica, mas de todo um processo de busca pela democracia. O acesso da população geral à justiça, particularmente, ganhou instrumentos próprios mais adequados à atual situação de busca pela solução dos novos problemas sociais são resultados da constante modificação da situação de vida no Brasil.

A objetividade da legislação está ligada à historicidade da construção de suas normas legais e à formação dos profissionais do direito que a ela estão ligados. O primeiro ponto justifica-se pela construção histórica de todo um sistema legal: não é mais importante a influência externa na edificação de normas jurídicas do que o contínuo "fazer-se" das leis, ou seja, a cotidiana aplicação das normas jurídicas que criam, na prática, a legislação de determinado país.

A formação dos profissionais concorre para o desenvolvimento histórico que todo processo legal exige em seu desenvolvimento. De um lado, as "escolas" de pensamento, as linhas de idéias que, em determinado período, orientam as decisões judiciais e, de outro, o acúmulo de experiências - pessoais e coletivas - que promovem o desenvolvimento da prática legal.

Quando se considera a maneira como se desenvolve a interpretação das leis para a decisão de conflitos, deve-se considerar como um dos elementos fundamentais o controle da constitucionalidade, de forma implícita ou explícita.

Afinal, todas as decisões devem ser compreendidas dentro de um sistema legal - ou seja, um conjunto de leis, orientações, determinações e regras que mutuamente se estruturam e formam a rede jurídica⁹³.

Para a compreensão das normas legais e dos momentos em que as mesmas são desrespeitadas, porém, não basta apenas uma jurisprudência. Deve haver todo um arcabouço teórico que, em primeiro lugar, seja o suporte da Constituição para que, dentro da idéia de sistema que é inerente à coisa legal, elementos não previstos possam ser englobados.

Considere-se, ainda, que uma das necessidades de toda pessoa livre é o de ter a possibilidade de contar com todos os meios legítimos a seu alcance para garantir, dentro do processo, a efetivação da justiça (ou, o que seria o mesmo, mas é importante salientar, dentro do tema desta pesquisa, a busca pela reparação de uma injustiça).

É a persistência das idéias de Alexis de Tocqueville⁹⁴, ao afirmar que em todo o processo, deverão ser mantidos intactos os direitos do acusado, especialmente quando submetidos à pressão de poder hierarquicamente entendido como superior pelo conjunto da sociedade.

⁹³ Baseado em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

⁹⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia da américa**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 69.

A conclusão a que chega Silva⁹⁵ parece ser, dentro desse raciocínio, natural, quando afirma que faz parte dos profissionais da área do direito buscar

uma justiça justa que, na sua inexaurível perfeição, é a resultante de um direito justo, que sancione sem discriminações os fatos realmente ofensivos, e de um processo justo, que assinale o ponto de equilíbrio entre a exigência da verdade e a garantia do indivíduo.

Ou, de outra forma, apenas haverá a efetivação da justiça se, dentro do processo jurisdicional, forem assegurados os direitos previstos na Constituição Federal de 1988⁹⁶.

Como conclusão desse raciocínio pode-se imaginar a relação profunda que existe, dentro do Direito, da busca pela manutenção das regras adequadas prescritas pela Constituição, de uma forma geral, e do acesso à justiça, especificamente – neste caso, especialmente pela defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois as normas constitucionais e as questões jurídico-processuais garantem o propício desenvolvimento do processo legal.

E, se está bastante sedimentada a idéia de que o desenvolvimento das regras legais das sociedades segue uma determinada concepção histórica, deve-se, antes de se adentrar na análise, aqui proposta refletir sobre que história do direito é desejável fazer.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, 57.

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federa de 05 de outubro de 1988, op. cit.

O passado é um processo. Muitas vezes tende-se a ver o “antigamente” como algo estático e, não é raro, se contrapõe a velocidade dos dias de hoje à estagnação dos tempos antigos.

Assim, fala-se de “direito romano” como se as leis não se houvessem modificado nos mais de mil anos de história de Roma; refere-se às leis do antigo Egito, como se estas tivessem sido sempre as mesmas nos mais de dois mil anos de história desta civilização.

Outro erro bastante comum é acreditar – consciente ou inconscientemente – que todo o passado, de uma forma ou de outra, serviu para construir o que se é hoje.

Essa forma de concepção esconde uma presunção: a de que o tempo atual é o auge do desenvolvimento social, cultural, tecnológico e o passado nada mais foi do que, apenas, os degraus inferiores dessa evolução.

Porém, como afirmou o historiador norte-americano Robert Darnton, o passado é um país diferente⁹⁷: compreender a dinâmica própria dos acontecimentos passados ensina como compreender a própria dinâmica dos acontecimentos presentes.

Assim, a legislação medieval não serve à outra coisa senão à Idade Média. Ou seja: os detalhes dos aspectos legais da Europa medieval, ou do Egito Antigo,

⁹⁷ DARNTON, R. **O grande massacre de gatos**: e outros contos da história cultural francesa. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 99.

ou da Roma dos Césares são explicados apenas dentro do contexto em que foram produzidos.

Essas leis não existem para explicar o direito dos dias de hoje; não são modelos jurássicos da legislação brasileira. São legislações perfeitas, acabadas, para o período em que foram concebidas.

Tome-se um trecho extraído de Dower⁹⁸. Quando este autor procura explicar a “antiga” legislação sobre a relação entre devedor e credor afirma que era “selvagem”, e complementa:

Os homens antigos procediam à execução das obrigações não cumpridas de maneira drástica e cruel, alcançando a pessoa do devedor: ao credor assistia o direito de ter o devedor como escravo e de vendê-lo para satisfação do seu crédito e até o direito de vida sobre ele.

Não havia um processo regular de execução como acontece atualmente.

Essa concepção de história é bastante comum nas obras de Direito. O autor refere-se aos “homens antigos” sem especificar quais homens, de qual povo, em qual local, em qual época.

Depreende-se, por este trecho, uma noção evolutiva da idéia do direito: se antes, eram “selvagens” hoje, por contraste, se é “civilizado”.

⁹⁸ DOWER, Nélon Godoy Brassil. **Curso básico de direito processual civil**. São Paulo: Nelpa Edições, 1994, p. 83.

Essa forma de abordagem empobrece a dinâmica histórica: o passado é visto como um “mal necessário” às melhorias que existem antes, hoje; pouco desenvolvidos, faziam o que podiam. Não se observa a relação de sistema que existe entre o direito e os demais elementos da sociedade; e que todo direito, de qualquer sociedade, é perfeito e acabado para o povo que o construiu e utiliza.

Isso não significa que a história não sirva para compreender o direito dos dias de hoje; muito pelo contrário: é imprescindível para compreender a própria dinâmica histórica da ciência do direito que existe hoje.

Colocando as experiências passadas em sua dinâmica própria pode-se compreender que se herdaram elementos do passado, mas que, também, foram transformados esses elementos segundo as necessidades de nosso próprio período. Sem esquecer que se abandonaram outros tantos detalhes das legislações antigas, e se criaram outras novas.

Assim, volta-se à primeira afirmação deste texto: o passado é um processo. A construção da estrutura do direito que há hoje, também o é. E, saliente-se, é uma estrutura absolutamente vinculada a outros fatores sociais e culturais da sociedade brasileira. Só por isso – pela percepção da relação que existe entre o direito, a cultura, as relações sociais em um tempo determinado – compreende-se que o direito é temporal: só existe em relação à determinada época, a determinado período.

A babilônica lei do talião servia perfeitamente aos súditos de Hammurabi; se não serve hoje, não se depreende daí nenhum juízo de valor: mas, apenas, que

as relações entre direito e sociedade são diferentes. A história torna-se fundamental para a compreensão da relatividade do direito, por um lado, e para a compreensão de seu desenvolvimento, por outro (o que acabará sendo quase a mesma coisa).

O direito é relativo a cada época e a cada povo. Na verdade, pode-se inclusive, afirmar que em muitos povos, ao longo da história, não existia a idéia de “direito” como um conhecimento separado. Encontrar-se-ão elementos dessas “leis” misturados a elementos religiosos, ou a concepções culturais. Ainda é encontrado em vários povos nos dias de hoje (como é o caso, por exemplo, das sociedades indígenas).

A história explica o desenvolvimento do direito. O próprio direito concorrencial é um bom exemplo disso; ele não faria qualquer sentido no Brasil oitocentista.

Não havia consumidores industriais, não havia demanda por produtos de empresas diversas, o marketing era tosco; não existia, em território nacional, o “consumidor” como se encontra hoje: produto de uma sociedade industrial desenvolvida, influenciado fartamente pela mídia, com direitos individuais garantidos pela Constituição. Não havia um processo de monopólio ou de oligopólio que fosse necessário ser regulado.

O Direito Concorrencial surge, assim, como resposta a uma necessidade de um determinado período. A sua compreensão, por outro lado, só é possível se se abandonar o estrito campo das leis e passar a estudar as relações comerciais, o

desenvolvimento da propaganda, o estabelecimento dos direitos individuais no Brasil e no mundo, etc.

Além disso, o direito é uma opção histórica. Se não se colocam juízos de valor, pode-se concluir que a estrutura religiosa que organizava as relações sociais do antigo Egito eram tão eficientes quanto o modelo laico-constitucional que se utiliza hoje.

Porém, convém salientar que as leis do país, a utilização de modelos romano-bizantinos, a incorporação de institutos e instrumentos europeus, etc., são opções históricas. Explicáveis no decorrer do tempo poderiam, porém, ter tomado outro caminho e outra direção.

5.2.2 O desenvolvimento do Direito Concorrencial

Fundamentalmente, o homem como um ser gregário tem necessidade de viver em sociedade e, em função disto, conforme aduz Paulo Nader⁹⁹, *a sociedade não é uma simples aglomeração de pessoas*. Constitui-se, pelo contrário, através de um amplo relacionamento humano que gera a amizade, a colaboração, o amor, promovendo também a discórdia, a intolerância e as desavenças. Nesse viver em um ambiente comum, é natural o aparecimento de conflitos sociais que vão reclamar soluções.

⁹⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 39.

Pela necessidade de paz, ordem e bem comum, as sociedades são levadas à criação de um organismo responsável pela instrumentalização e regência dos valores por elas adotados.

A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do direito. No propósito de formular as bases da justiça e segurança, a sociedade cria o direito. Ganhando as ações sociais, estabilidade, com este processo. E torna-se viável a vida social. Porém, o direito não é uma força que unilateralmente, gera o bem-estar social.

Por definição, o direito *deve ser* a expressão da vontade social, devendo a legislação apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive. O direito não é, portanto, uma fórmula mágica capaz de transformar a natureza humana. O direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão, se o homem em sociedade não estiver propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações.

Embora haja opiniões discordantes sobre a origem do direito, para Leal¹⁰⁰, ele é fruto da sociedade, construído pela humanidade e produzido através da atividade humana, dada à sua inapartável necessidade.

Logo após a queda do império romano, e com o ressurgimento das relações comerciais em várias cidades européias como Veneza, Amalfi, Pisa, Gênova, Siena, Milão, Bolonha e Florença, os comerciantes se viram com a

¹⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** - primeiros estudos. Porto Alegre; Sintese, 1999. p. 58.

necessidade de criar suas próprias normas, pois as regras de direito imperantes naqueles tempos não satisfaziam plenamente seus interesses.

Segundo Nader¹⁰¹

O direito que regia então na Itália era, a princípio, o romano; junto a ele estava o canônico; Mas em nenhuma dessas formas podiam oferecer as instituições jurídicas seguras nem bastante eficientes às trocas econômicas e comerciais próprias da atividade mercantil renascente; o direito romano não era já o da idade clássica, favorável à atividade do comércio.

Nesta primeira etapa, este direito foi eminentemente consuetudinário, pois se formou a partir das práticas aceitas por ditos comerciantes. Além disso, teve aplicação independentemente das fronteiras, quer dizer, surgiu com um caráter internacional.

Posteriormente a este primeiro momento viria a etapa de codificação e de nacionalização deste direito, nos séculos XVIII e XIX, com o surgimento dos estados soberanos, influenciados pelas idéias do Iluminismo. Cada um deles adotou um código de caráter local, que fosse efetivo dentro de suas fronteiras, e que, além disso, regeria somente aos comerciantes, separando-se desta maneira do Direito Civil. O Código de Comércio de Napoleão foi construído sobre o conceito de atos de comércio, e não de comerciante, ao considerar que o registro

¹⁰¹ NADER, op. cit.,p.77

mercantil e a exigência de pertença a um grêmio atentavam contra os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade¹⁰².

Na Inglaterra, embora também tenha se adotado a *lex mercatoria*, ou *law merchant*, o

common law a finais da Idade Média e princípios da Idade Moderna não se mostrou completamente impermeável ao *usus mercatorum*, mas sim absorveu ou incorporou já neste estágio alguns elementos essenciais da *lex mercatoria*¹⁰³.

Os códigos posteriores ao francês edificaram-se sob o conceito de atos de comércio, alguns introduzindo um critério misto, entre o objetivo apoiado na qualidade do ato e um subjetivo, sobre a qualidade de comerciante dos sujeitos destinatários de dito regime, e outros, sobre algum dos dois extremos, mas mantendo de alguma forma a dicotomia nos códigos de origem romano-germânica, em *civis* e *mercantis*.

Mais adiante, especialmente sobre obrigações e contratos, alguns códigos abandonaram a mencionada dicotomia, como o Código Suíço das Obrigações e Código Civil Italiano de 1942¹⁰⁴.

¹⁰² NADER, op. cit., p. 77

¹⁰³ NADER, op. cit. p. 79.

¹⁰⁴ CODICE civile italiano de 16 de marzo de 1942, op. cit.

Nos Estados Unidos, o *Uniform Commercial Code* (que não é uma lei federal) regula alguns aspectos do mundo dos negócios, sem que signifique que dito código marca a divisão entre o direito civil e mercantil em dito país.

O Direito trata de explicar a realidade em um momento histórico determinado com base nas normas vigentes, mas se o direito se torna insuficiente para explicar a realidade, é necessário, da teoria, formular os argumentos que façam coerente o discurso normativo e a realidade regulada. Economia e Direito se convertem, então, nas duas faces de uma mesma moeda, e as transformações de uma e outra estão intimamente relacionadas.

Ante o aumento das relações econômicas e comerciais em virtude da aplicação de políticas liberais – como manifestação histórica de uma fase do capitalismo –, o direito civil se tornou insuficiente para regular todos os atos derivados do comércio, dando grande fortalecimento ao Direito Mercantil. No século XVIII, a ideologia do liberalismo econômico conseguiu plasmar-se na Constituição Francesa, dando origem a uma nova época histórica: a modernidade.

Em finais do século XIX, a economia política cede seu lugar ao termo economia; há uma transformação essencial nesta disciplina. Durante o século XX, a vinculação entre a Economia e o Direito é mais evidente, o sistema econômico liberal tinha permitido o aprofundamento das diferenças sociais.

Era indispensável que o Estado interviesse para proteger às classes mais desfavorecidas, dando origem aos direitos sociais. Depois da crise financeira de 1929, a intervenção do Estado, na economia, torna-se uma constante nos países,

com independência de seu grau de desenvolvimento. As doutrinas econômicas keynesianas, que traduzem a intervenção direta do Estado na economia, dão lugar à conformação de sistemas de economia mista em grande parte do mundo. Desta intervenção deriva-se o direito econômico¹⁰⁵.

Os acordos multilaterais e bilaterais impactaram as ordens jurídicas internas, transformando as diretrizes sob as quais era construído e interpretado o direito, e aos critérios de justiça são incorporados os critérios de racionalidade e eficiência.

A aplicação de novas políticas econômicas pelos Estados, as relações comerciais internacionais e a configuração de blocos econômicos regionais, impulsionados pelas novas tecnologias, impõem ao direito, sobretudo nos países de tradição civil (ou romano-germânica), a necessidade de uma profunda revisão dos princípios e estruturas jurídicas.

É neste contexto que o direito sofre uma importante ruptura motivada por fatores econômicos, dando lugar à categoria de Direito Concorrencial.

Em relação aos fatores jurídicos, pode-se afirmar que o direito mercantil emergiu ante as limitações do Direito Civil para regular as relações comerciais derivadas da aparição de novas estruturas econômicas, e deste modo se tornou

¹⁰⁵ TADDEI, Marcelo Gazzzi. O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.121, 2001, p. 154.

insuficiente ante o surgimento de agentes e empresas distintas às sociedades mercantis dando origem a um novo Direito: o Direito Econômico¹⁰⁶.

¹⁰⁶ BASTOS, Aurélio Wander (org.). **Estudos introdutórios de direito econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 68.

6 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO CONCORRENCIAL

6.1 Mudanças econômicas e direito

O Direito Econômico, segundo Bastos¹⁰⁷,

não regulou feitos novos, mas as mesmas relações antigas que se modificaram.

Da mesma maneira que o direito mercantil, o direito econômico traduz uma fase histórica: assim como aquele era o direito patrimonial do capitalismo florescente, este é o direito patrimonial do capitalismo decadente; o primeiro corresponde ao liberalismo capitalista; o segundo marca a reação contra o individualismo econômico.

A mercantilização do Direito Civil antecede cronologicamente a economização do Direito Mercantil.

Desta maneira, o Direito Econômico, como expressão do poder público que ordena os mercados com critérios macroeconômicos que buscam propiciar o desenvolvimento econômico, foi fracionado, e a função deontológica que antigamente desempenhou o Estado, tende a desaparecer, e só conserva faculdades regulatórias, já que os encarregados de definir o que, como e para quem produzir, são as empresas privadas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BASTOS, op. cit.,p..81

¹⁰⁸ NADER, op. cit.,p.77

A retirada estratégica dos Estados como produtores diretos de bens e serviços como consequência dos modelos neoliberais de fim de século, é um fato estendido na América Latina. Da mesma maneira se modificaram as funções de direção e regulação da atividade econômica, derivando em uma diminuição das normas de direito público econômico, e a extensão e predomínio de um direito privado da economia¹⁰⁹.

Ou seja, ao modificar a relação Estado-mercado pela equação negócio-estado, o Direito Econômico troca de substância e forma.

6.1.1 O processo de globalização

Atualmente o mundo vem passando por um período de grandes e substanciais transformações. Transformações estas, que vêm ao encontro de um desenvolvimento macro social, que engloba todos os setores da política, da economia, das relações sociais e inclusive do Direito. Todo este processo de estruturação hierárquico administrativo mundial que apresenta-se como Globalização.

Segundo Ianni¹¹⁰, é hierárquica, pois segue as ordens e os ditames preestabelecidos pelas grandes potências mundiais, que têm em seu poder o monopólio da força, da tecnologia e por fim, do capital. É administrativo, por ser controlado conforme as regras destas mesmas potências, seguindo preceitos

¹⁰⁹ TADDEI, . op. cit., p.81

¹¹⁰ IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 133.

normativos, coerentes e análogos a sua administração, que por conseguinte, não ferem os seus interesses econômicos e expansionistas.

As atividades econômicas têm vivido mudanças importantes nos últimos tempos. As empresas esbarram em novos padrões competitivos e lutam para sobreviver em um mercado ambientado na globalização, que produz um modelo original de competição, qual seja, a nível mundial.

O desenvolvimento tecnológico permitiu que os meios de comunicação rapidamente se desenvolvessem, o tratamento de dados (especialmente feitos através de computadores) fosse mais eficiente. Nessa nova situação, as informações se propagam por todo o mundo, e bens e serviços oriundos de quaisquer partes do globo são consumidos por indivíduos de diferentes regiões.

Com isto, empresas de todo o mundo passaram a competir – direta ou indiretamente – entre si. Aquelas que estavam acostumadas à concorrência local ou regional, e em algumas situações, possuindo mesmo o monopólio, agora têm de lutar por consumidores com empresas distantes, usualmente com estruturas administrativas maiores, melhores tecnologias, além de custos e preços mais baixos.

É tal processo de crescente integração e interdependência econômica internacional que se usa o termo globalização. A rigor, o conceito é empregado de modo a destacar modificações no funcionamento das economias mundiais, que estariam sendo provocadas pelo que aparentemente seria um aumento das trocas e do movimento de capitais através das fronteiras, ao longo das últimas décadas.

Como o termo não se estruturou, de início, justamente com uma definição, há uma grande diversidade de compreensões a respeito de seu significado exato. E, cientificamente, pode-se afirmar que não se estabeleceu com clareza qual seria este significado. Pode-se, apenas avaliar que o mesmo termo é utilizado por pessoas que buscam salientar o aspecto “negativo” e o aspecto “positivo” da globalização.

A visão positiva destaca a difusão de tecnologias através do comércio de bens e serviços e do aumento dos investimentos.

Com mercados comuns maiores e com uma maior concorrência entre os produtores nacionais, aumentariam a especialização, e, presumivelmente, haveria um aumento da qualidade e, assim, uma melhora de oferta para o consumidor com uma oferta mais diversificada e mais barata de bens, serviços, insumos e equipamentos.

A integração financeira, por seu turno, permitiria o deslocamento de recursos financeiros, movendo-se de áreas onde estejam em abundância vis-à-vis as oportunidades locais de aplicação, em direção a regiões que, simetricamente, apresentem oportunidades produtivas restritas por escassez local de financiamento disponível.

Quem atribui um caráter “negativo” à globalização, aponta principalmente dois tipos de argumentos: em primeiro lugar, a globalização descaracterizaria a regionalidade das economias e sua cultura específica, criando um caldo homogêneo a que todos deveriam se enquadrar. Além disso, produziriam grandes

disparidades econômicas, elevando o quadro de riqueza dos países já desenvolvidos em detrimento do aumento das dificuldades dos mais pobres.

Mas, afinal, como se define globalização? Na realidade é complexo desenvolver um conceito sobre a globalização, porque existe numerosa bibliografia a respeito da mesma, como também muitos desejos por defini-la.

Uma definição adequada para nossa pesquisa é a de Levitt¹¹¹, funcionário do Banco Mundial:

Tendência generalizada para a liberação do comércio e dos mercados de capitais, a crescente internacionalização das estratégias empresariais de produção e distribuição e o avanço tecnológico, graças ao qual se estão eliminando rapidamente os obstáculos ao intercâmbio internacional de bens e serviços e à mobilidade de capital.

A globalização é uma tendência mundial irreversível, uma realidade diferente à que tocou viver no século XIX e uma conseqüência do desenvolvimento da história. Expõe vantagens e limitações para o crescimento econômico mas, sobretudo, impõe imperiosamente uma necessidade de adaptação a essas mudanças.

Os diversos países que conformam o mundo foram e seguem incorporando-se a este processo, mas não todos o fazem do mesmo modo. As divergências

¹¹¹ LEVITT, T. A globalização dos mercados. **Coleção Harvard de Administração**, maio/jun. 1993, p. 122.

estão associadas às condições iniciais de participação e de acumulação, seja de capital ou de conhecimento.

A idéia de globalização está intimamente ligada a de abertura econômica e para muitos esta abertura econômica é contraproducente para o crescimento em um país como o Brasil.

Muito cepticismo? Há várias razões para isso. O temor se fundamenta na ampla desigualdade que a globalização traz para os países em processo de desenvolvimento. Aprecia-se claramente que os países mais avançados em comércio internacional têm maior capacidade para invadir os mercados regionais. Suas grandes empresas transnacionais e grupos de investidores tomam as rédeas de setores completos, a maioria dos quais são chaves para a produção nacional.

As empresas dos países com menor força econômica só têm uma alternativa: revisar suas estratégias e políticas para obter algum nível de competitividade que os permita pelo menos sobreviver. Só algumas poucas podem aspirar a sair de casa.

Embora as dificuldades sob o nível de competitividade sejam uma síndrome comum nos países subdesenvolvidos, também é porque há uma oportunidade de superar o círculo vicioso pobreza/baixa produtividade/pobreza. Entendendo a globalização como um processo facilitador de mecanismos de expansão comercial, política ou cultural, pode-se expor o problema da baixa competitividade desde duas perspectivas: produção e mercados.

A desvantagem em capacidade tecnológica, tanto em maquinaria como em processos, é um dos maiores problemas que os mesmos produtores reconhecem. Da mesma forma, o grau de investimento não permite um desenvolvimento desejável. A terceirização da economia debilita mais sua capacidade de reação. Na maioria dos casos a força produtiva não se orienta ao setor primário e secundário, dando um excessivo de atividade no setor terciário, como os serviços, finanças e distribuição.

Senge afirma que isto conduz a importações desenfreadas, que são daninhas para qualquer economia frágil. A incipiente disposição de redes institucionais e de infra-estrutura são uma obstrução para o crescimento de empresas fortes. A formação dos recursos de um país requer o esforço de décadas - e até de séculos - identificável com uma mística de desenvolvimento e com uma política econômica consistente que sobreviva aos reveses políticos de muitos anos. A diferença da preparação técnica, os recursos produtivos de um país não têm o retorno imediato em seu dinamismo que exige o nível competitivo.

O problema da desvantagem tecnológica aumenta a importância na década de oitenta e início dos anos noventa no Brasil. Discutia-se amplamente sobre a necessidade de implantar programas de reconversão industrial, como um movimento que secundasse aos intentos de industrialização dos anos anteriores.

O nível de obsolescência já alcançado tinha preocupado aos empresários, sobretudo aos grandes. Em realidade, não é um problema novo. Alguns analistas

afirmam que, ao examinar a história latino-americana, o atraso em ciência e tecnologia é um determinante da dependência.

Em outras palavras, é uma forma de medir o subdesenvolvimento e uma razão de hierarquização dos países em uma determinada área.

6.1.2 As novas relações econômicas e o direito

Agora, estas novas estruturas econômicas reclamam um direito que esteja de acordo com as necessidades do presente, capaz de traduzir à linguagem jurídica uma fase histórico-econômica em que os mercados nacionais tendem a erodir-se depois da consolidação de processos de globalização e mercados regionais, fato que priva o livre comércio e o livre fluxo dos fatores de produção: um Direito Concorrencial.

Preservar assim, de maneira simultânea, tanto o mercado, sem o qual não haveria liberdade de empresa, e a livre iniciativa, sem a qual não haveria mercado, é o terrível paradoxo do Direito Concorrencial.

Por sua vez, dentro desse contexto, a explicação do porquê do surgimento da empresa, e não somente o mercado que resolve todos os problemas, é um tema relativamente bem resolvido na literatura econômica e de que se tem de partir como um dado que somente deve preocupar nos limites da atuação das empresas nos mercados.

O Direito Concorrencial é composto pela série de normas que fazem dos mercados seu centro de regulação, e de todos os agentes econômicos, os sujeitos a regular, sem discriminar entre sujeitos públicos e privados¹¹².

Limita a participação do Estado a de regulador e agente de solução de certo tipo de conflitos: aqueles que o mercado não possa corrigir por si mesmo.

Com a globalização como referente das economias atuais, este Direito Concorrencial tem ainda um longo caminho a percorrer, pois existem muitas questões sem resposta, tal como a desterritorialização dos agentes econômicos que se vêem influídos por blocos regionais ou esquemas multilaterais¹¹³.

Esta descrição que em princípio pode justificar a aparição deste novo direito, vinculada à seleção das distintas leis e normas que cumprem com os critérios para distinguir as normas de Direito Econômico (normas que regulam e sancionam práticas anticompetitivas), não é suficiente para afirmar a autonomia do direito concorrencial dentro do amplo horizonte jurídico.

Sabe-se que surgiram novas circunstâncias que têm feito necessária a aparição de um conjunto de leis que há 100 (cem) ou 150 (cento e cinquenta) anos não tinham razão de existir; sabe-se também que é possível definir um critério que permita extrair um conjunto mais ou menos delimitado de normas. Agora, o que falta para determinar a autonomia de um ramo do Direito?

¹¹² RHEME, Paul. **Historia universal del derecho mercantil**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p. 167.

¹¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 63.

Tradicionalmente se dirigem, ao menos, três critérios: a autonomia legislativa, a autonomia jurisdicional e a autonomia didática ou científica¹¹⁴.

O primeiro critério, a autonomia legislativa, é fundamental, e como a denominação mesma o revela, refere-se à necessidade de existir um conjunto de leis e regulamentos que possam ser delimitados de forma específica sob um critério definido claramente.

No Brasil, e na maioria de países que possuem o mesmo tipo de sistema jurídico, é possível realizar esta seleção e justificar a autonomia neste sentido, embora caiba precisar que, sem dúvida, formam um conjunto de normas de natureza interrogantes (normas de Direito Público e de Direito Privado), o que geraria um novo conflito ao tratar de se localizar este direito dentro da classificação tradicional.

O critério da autonomia jurisdicional requer a existência de órgãos jurisdicionais especializados que resolvam as controvérsias possíveis de surgir relação à matéria tratada.

Pensando no caso do Brasil, este critério se cumpre perfeitamente e as diversas autoridades que existem para os assuntos de competência têm uma particularidade: a de existirem organismos específicos – notadamente o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, por isso se pode afirmar que existe um marco institucional bem definido.

¹¹⁴ NADER, op. cit., p.77

A autonomia científica se refere à existência de investigações e publicações especializadas que validem o desenvolvimento de teorias e doutrinas jurídicas consistentes. Neste sentido, o Direito Concorrencial conta com uma extensa bibliografia; embora no Brasil seja uma matéria nova, nos Estados Unidos e sobretudo na Europa é uma disciplina que se estuda há muitos anos.

O critério de autonomia científica está diretamente vinculado à autonomia didática, a qual se refere à existência de cursos especializados sobre a matéria em questão; e é óbvio que enquanto não pode contar com um grupo de investigadores dedicados à formação de grupos de investigação, e que publiquem seus resultados, não se pode pensar em sua existência enquanto disciplina independente.

Esse foi um dos principais problemas, no Brasil e na América Latina, para obter a consolidação do Direito Concorrencial como matéria autônoma: não há nem especialistas nem livros suficientes; embora seja um obstáculo que está sendo superado pouco a pouco¹¹⁵.

Todavia, não se deve acreditar que a delimitação para efeitos da autonomia seja algo tão simples. Basta pensar, por exemplo, na ainda discutida autonomia do Direito Mercantil ou do Direito Familiar. O problema não é só determinar a autonomia do Direito Concorrencial, é ainda mais complexo, já que este retoma diversas normas do Direito Mercantil e do Direito Econômico.

¹¹⁵ BASTOS, op. cit.,p.81

Por isso, em relação ao Direito Mercantil, ainda não existe consenso sobre sua relação com o Direito Civil; ou seja, ainda não existe consenso da autonomia própria do Direito Mercantil.

Este tema merece um estudo profundo e detalhado, porque nível epistemológico o problema não é simples; mas em virtude da natureza de nosso sistema jurídico e de seus princípios, o problema da autonomia não pode ser ignorado.

6.2 O Direito Econômico como antecedente do Direito Concorrencial

O Direito Econômico é um campo de estudo muito pouco explorado, cujas características impedem, inclusive, terminar de delimitar seu conteúdo e alcance, já que se trata de um direito dinâmico que teve três transformações importantes em menos de 100 (cem) anos.

Durante quase 90 (noventa) anos, juristas e acadêmicos prestigiados de diversas nacionalidades se deram à tarefa de conceituar e delimitar o Direito Econômico, sem que se tenha emitido uma teoria para descrever, de forma adequada, a que tipo de normas e princípios se referiam sob este item.

O Direito Econômico pode ser definido em função dos fins que os autores lhe atribuem, a partir de duas perspectivas: uma ampla, e outra restrita.

Em um critério amplo, Coelho¹¹⁶ o define como

o direito da organização e do desenvolvimento econômico, já seja que estes dependam do Estado, da iniciativa privada, ou da relação entre um e outra.

Um critério restrito do Direito Econômico é encontrado naquelas definições que o vinculam exclusivamente à intervenção do Estado em questões de mercado. Neste sentido, Coelho¹¹⁷ define o Direito Público Econômico como “o direito que rege as intervenções da potestade pública no campo da economia”.

Werter Faria¹¹⁸, sustenta que

as normas de defesa de concorrência não se aplicam a nenhuma empresa-órgão gerida pela União, nem as que executam serviços públicos, estrito senso, sob a titularidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Aplica-se, todavia às empresas-órgãos de natureza industrial e comercial que operam em regime de concorrência, administradas pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Excetuam-se os organismos federais, porque não se concebe a União com sujeito passivo das normas que promulga para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritas.

¹¹⁶ COELHO, op. cit., p. 12

¹¹⁷ COELHO, op. cit.,

¹¹⁸ FARIA, Werter R.. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Safe, 1990, p. 55.

No Brasil, embora seja certo que, durante algum tempo, o Direito Econômico esteve vinculado à intervenção direta do Estado na vida econômica (concepção restrita), na atualidade, a regulação dos agentes econômicos privados é essencial para este Direito; portanto, resulta mais adequada a concepção ampla.

Porém, ao tratar de se localizar o Direito Econômico dentro da classificação tradicional que o divide ao Direito em Público e Privado, encontram-se duas posturas: uma que sustenta que se trata de um novo ramo do direito, e outra que o considera parte do direito público¹¹⁹.

Para De Lucca, Newton e Simão Filho¹²⁰

As normas dinâmicas do direito comercial adaptam-se melhor em leis especiais, a tendência inovadora e a dinamicidade desse ramo jurídico de tendências profissionais devem estar disciplinadas, preferencialmente, fora da estrutura pesada de um Código. Em consonância com a característica fragmentária do direito comercial, Newton de Lucca destaca a tendência atual de descodificação do direito privado, ressaltando ser "cada vez maior o número de leis esparsas ou de microssistemas"

Quem apresenta o Direito Econômico como um novo ramo do direito, costuma salientar, no critério de diferenciação: o objeto regulado, o sujeito de imputação, o sentido das normas como sistema ou seu marco institucional. Sua

¹¹⁹ TADDEI, op. cit., p.81

¹²⁰ DE LUCCA, Newton ; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito empresarial contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 111.

incorporação como ramo do Direito Público tem como fundamento a origem e o objeto de suas normas.

Alguns autores, observando certas similitudes, tratam de localizá-lo dentro das ramos já existentes do Direito Público, tal como o Direito Administrativo ou o Constitucional; entretanto, é indiscutível que possui aspectos distintivos que permitem considerá-lo autônomo dentro do Direito Público¹²¹.

Coelho¹²² considera que existe um erro de apreciação e que não se trata de um novo ramo do direito, com o seguinte argumento: O Direito Econômico é uma ordem jurídica que responde às normas e às necessidades de uma civilização em vias de formação.

*O direito econômico não é um novo ramo do direito, mas um direito novo que coexiste com o corpo das regras jurídicas tradicionais, da mesma maneira que a ordem social industrial que se elabora, coabita com as instituições da ordem social precedente que não poderia extinguir-se bruscamente*¹²³.

Para o Direito Econômico, os sujeitos, como centro de imputação de direitos e obrigações, são os agentes econômicos em geral, independentemente de sua forma jurídica ou natureza patrimonial, e que atuem na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Este conceito inclui o Estado e a diversos organismos estatais, pessoas jurídicas, privadas e indivíduos.

¹²¹ NADER, op. cit., p. 77

¹²² COELHO, op. cit., p. 12

¹²³ COELHO, op. cit., p. 89.

Para Ascarelli¹²⁴,

(...), às vezes, o diálogo da economia, mais que entre "livre iniciativa" e "planejamento" se desenvolve entre planejamento privado e planejamento público.

Em relação ao Estado, sua função como sujeito de Direito Econômico é dupla; por uma parte em sua dimensão de autoridade ao estabelecer os esboços de política econômica e executá-los e, por outra, como um agente econômico quando atua na produção e distribuição de bens e serviços ou como consumidor ao realizar compras governamentais.

O cenário de atuação de ditos agentes é o mercado e todas as relações que nele se dão, entendidas como atividades econômicas, constituem o objeto deste direito; mas é necessário precisar que o fim último da intervenção pública na economia, a partir desta ótica, justifica-se pela necessidade de impulsionar o crescimento econômico e propiciar o desenvolvimento.

A função do Direito Econômico durante grande parte do século XX oscilou entre os extremos que apresentavam os Estados de economia centralmente planejada – ou socialistas –, e os Estados Capitalistas.

Nos primeiros, o Direito Econômico se convertia no todo, a regulação pública e social se impunha sobre a privada, e o Estado encontrava, em sua ordem jurídica, os instrumentos regulatórios que normatizavam sua atuação.

¹²⁴ ASCARELLI, Túlio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**, Milano Dott. A. GiuffrèEditore, 1960, p. 130.

Por outro lado, nos sistemas econômicos liberais se gerava uma forte contradição de interesses fazendo evidente a necessidade de custodiar aos indivíduos que eram a base da sociedade no econômico e no político. O Estado liberal desenvolvia funções de mero observador sob o princípio “*laissez faire, laissez passer*”, situação que produziu fortes desigualdades sociais, entretanto, a maior preocupação era a desigualdade de oportunidade para competir¹²⁵.

As desigualdades sociais geraram a necessidade de intervenção estatal, a fim de corrigir os problemas e desequilíbrios de mercado, ou seja, junto com a mão invisível do mercado se fez necessária a aparição da mão visível do Estado, dando origem aos sistemas de economia mista¹²⁶, ou Estados Sociais de Direito que empregavam o planejamento parcial e flexível, gerando um aumento crescente de um novo tipo de normas denominadas genericamente como Direito Econômico.

Na evolução do Direito Econômico se distinguem claramente três momentos: o Direito Econômico tradicional (intervenção do Estado), o Direito Econômico misto (intervêm organismos públicos e se estabelecem estímulos a empresas privadas) e o atual ou Direito Econômico da desregulação (o Estado só conserva faculdades regulatórias).

¹²⁵ HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o curto século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 51.

¹²⁶ “O conceito de economia mista evoca a imagem de uma economia repartida em setores, em que o público e o privado desempenham funções complementares mas diferenciadas.” HOBSBAWN, op. cit., p.93

O Direito Econômico tem sua origem na Europa, e nasce vinculado à intervenção do Estado como agente de desenvolvimento. Seu momento de maior expansão se apresenta depois da Segunda Guerra Mundial, quando o planejamento se converte na principal manifestação do Direito Econômico, e se apóia na premissa de que “o desenvolvimento é uma questão de Estado, de governo e de administração pública”¹²⁷.

Atualmente, os processos objetivos de globalização econômica (comercial, financeira, produtiva e tecnológica) são apresentados como paradigmas indiscutíveis, nos quais os países em desenvolvimento devem se inserir fatalmente à maneira neoliberal, ou seja, com abertura comercial, menores restrições ao investimento estrangeiro e retirada do Estado de suas funções econômicas como orientador, regulador e promotor do crescimento econômico e o bem-estar social.

Em conseqüência, o conceito de eficiência converteu-se na antítese das atividades do Estado intervencionista ou regulador, por isso está abandonando diversas funções que tradicionalmente desempenhava, e sua intervenção só se justifica “em casos concretos e particulares”¹²⁸.

Ao abandonar a função de Estado benfeitor, mediante políticas de privatização e desregulação, deixa-se nas mãos do setor privado importantes atribuições relacionadas, inclusive, com a prestação de serviços públicos. A

¹²⁷ RHEME, op. cit.p.88

¹²⁸ TADDEI, op. cit.,p.81

função que o Estado desempenhou há 50 (cinquenta) anos, e em consequência o Direito Econômico na promoção do desenvolvimento, está sendo assumida pelo setor privado onde o Estado só conserva faculdades regulatórias.

Em sua função regulatória, o Estado recorre ao Direito para:

- a) Regulamentar as relações econômicas;
- b) Definir a organização da sociedade e do próprio Estado;
- c) Criar os mecanismos que resolvam os conflitos de interesses dentro de um contexto de paz social.

Os instrumentos regulatórios podem ser diretos (controle de preços, empresas públicas, normas e padrões, comercialização e consumo, regulamentos técnicos, restrições, licitações, sanções pecuniárias a práticas anticompetitivas, etc.) e indiretos, os que assumem a forma de subsídios, transferências e impostos.

Os únicos motivos para impor regulações são: corrigir os problemas do mercado (atividades positivas, mas que funcionam mal); restringir ou proibir atividades negativas; controlar resultados não esperados em atividades não indispensáveis; ou quando a concorrência está em risco de desaparecer ou existe mas funciona de forma inadequada; ou quando há concorrência, mas outras políticas (comerciais, tratamento de investimentos estrangeiros, etc.) a distorcem¹²⁹.

¹²⁹ NADER, op. cit., p.77

Pode-se concluir que o Direito Econômico foi fracionado, e a função deontológica que antigamente desempenhou o Estado tende a desaparecer, já que este conserva faculdades regulatórias; mas os encarregados de definir o que, como e para quem produzir, são as empresas privadas e estas se regem por normas de direito privado e de concorrência.

6.2.1 A Análise Econômica do Direito como ferramenta de interpretação para o Direito Concorrencial

O Direito precisa ser interpretado e iluminado mediante a análise da própria natureza das situações que regula. Da interrelação e complementariedade entre algumas áreas da economia e o direito, surge um enfoque de análise jurídica cuja sistematização é produto da segunda metade do século XX.

A análise econômica do Direito

*contribui com um novo instrumental, novas técnicas argumentações e novas categorias que, extraídas dos desenvolvimentos da ciência econômica, apresentam-se neste movimento como os pilares para a construção de uma ciência jurídica à altura dos tempos*¹³⁰.

Law and Economics foi o termo empregado para a nova disciplina que conjugava o trabalho dos juristas na formulação e interpretação de leis, apoiada fundamentalmente nos conhecimentos desenvolvidos pela economia.

¹³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.69.

Os conceitos econômicos são aplicados para explicar e esclarecer os assuntos legais, não só em relação ao Direito Mercantil, à lei anti-monopólio e ao Direito Tributário, nos quais o vínculo entre as disciplinas jurídica e econômica é óbvio, mas também em relação a uma ampla gama de atividades não próprias de mercado, que vão dos assuntos de responsabilidade civil até os assuntos familiares e penais.

Pode-se definir como a aplicação da teoria econômica (basicamente microeconomia) examinar a formação, estrutura, processos e impacto das leis e das instituições legais¹³¹.

Segundo Fagundes¹³², podem-se distinguir dois ramos dentro da análise econômica do direito.

A escola do *Law and Economics* surge nos anos cinquenta, mediante os trabalhos de diversos acadêmicos da Escola de Chicago. A integração à economia atribui grande poder explicativo em todos os campos da vida humana, aplicando a todas as atividades humanas o suposto de comportamento racional maximizador, para, desta forma, estabelecer proposições a respeito do modo como reagirão os indivíduos frente a uma mudança em seu ambiente, e a partir destes antecedentes, expor as propostas de reforma legal, com base em critérios de eficiência.

¹³¹ FAGUNDES, Jorge. Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 8, n.3, p.3-46, 2001.

¹³² FAGUNDES, op. cit., p. 67.

Recebe influências teóricas diversas (realismo jurídico, eficiência, microeconomia, escola neoclássica, neoinstitucionalismo, pragmatismo e sociologismo jurídico, teorias críticas do direito, etc.¹³³) e busca aplicar às normas jurídicas os paradigmas microeconômicos, baseados em determinadas condutas humanas.

Em 1958, mediante a publicação do *Journal of Law and Economics*¹³⁴, a escola se consolidou como uma disciplina independente no mundo intelectual. Para a década de setenta, a consolidação é definitiva.

Motivado pela escassa capacidade preditiva dos modelos tradicionais em relação ao comportamento dos governos, os burocratas e os políticos, um grupo de economistas começou a estudar estes agentes a partir de uma perspectiva econômica, criando o que se denominou a Escola das Decisões Públicas (*Public Choice School*)¹³⁵.

Esta escola considerava que o comportamento dos governos estava sujeito às mesmas forças que regulavam os mercados de bens, pelo quais explicava o comportamento de burocratas e políticos sobre o postulado econômico de que estes constituíam um grupo motivado, principalmente por seu próprio interesse.

¹³³ FONSECA, op. cit.,p.96

¹³⁴ JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS. Chicago: University of Chicago,1958- Semestral. ISSN 0022-2186

¹³⁵ SILVA NETO, op. cit.,p.88

Por outra parte, os trabalhos do Alchian e Demsetz¹³⁶ sobre direitos de propriedade, acrescentaram uma dimensão institucional explícita na ampliação do campo de estudo que estava experimentando a ciência econômica. Estes autores sustentam que o valor dos bens e serviços depende crucialmente dos direitos legais que se transfiram junto com esses bens e serviços. Neste sentido, a economia emerge como o estudo dos efeitos que têm as variações nos direitos de propriedade sobre os preços e a atribuição de recursos.

Em sua opinião, os custos dos acidentes poderiam minimizar-se, se a parte que pudesse evitá-los ao menor custo era responsável pela perda total que se derivasse de ditos acidentes.

A divisão entre Direito e Economia é metodológica e cultural. Ambas as matérias empregam diferentes retóricas, diferentes estilos de discurso, diferentes epistemologias e diferentes formas literárias no desenvolvimento e articulação de suas respectivas teorias.

Além disso, a análise econômica do Direito não é uma análise de leis, mas sim de condutas humanas que podem ser definidas como econômicas, por isso fica fora de sua preocupação a validade das normas e a distinção entre o mundo do *ser* e do *dever ser*, tão arraigados em nossa cultura jurídica continental-românica¹³⁷.

¹³⁶ Apud FONSECA, op. cit.,p.96

¹³⁷ FONSECA, op. cit.,p.96

Paradoxalmente, em que pese a pertencer a uma cultura jurídica alheia e pretender ser uma renovação radical do discurso contemporâneo sobre o direito, ao final os problemas (e inclusive as soluções) são os mesmos com os que se encontram cotidianamente, os juristas de um e outro lado do Atlântico.

A justificação das decisões jurídicas, o estatuto de cientificidade e o modelo adequado para o estudo do Direito, são problemas constitutivos – e por isso mesmo sempre abertos – da teoria jurídica contemporânea. Sobre esta cortina de fundo é o que se acredita: desenvolver uma leitura do significado da contribuição da “análise econômica do direito”.

Não obstante que os criadores desta disciplina sejam autores norte-americanos e, em consequência, seu referente jurídico se move no âmbito do direito consuetudinário, existem diversos autores que realizam estudos sobre a matéria em sistemas de direito escrito. Por isso em relação ao caso da Europa, realizaram-se importantes esforços, principalmente na Itália e na Espanha.

A função positiva da análise econômica do direito adquire transcendência quando explica a razão por que muitas normas não se cumprem, já que o germe de seu descumprimento está implícito na própria norma.

Os sujeitos chegam ao convencimento de que sua atuação, e não o exigido pela lei, é o correto, e mesmo que houvesse coação, esta seria irrealizável; então o aspecto dogmático do direito falará da derrogação pela força do costume, em

lugar de derrogação por força do mercado como na verdade o é, ou efeito contrário ao propósito inicial do preceito¹³⁸.

Proença¹³⁹ sustenta que

as idéias básicas sobre as quais gravita este enfoque – que difere do jurídico tradicional tanto em ênfase como em utensílios de trabalho – são bem simples. Entende-se que “as normas” (o sistema jurídico, em sua totalidade) criam incentivos que fazem com que as pessoas se comportem de uma forma ou outra, e induzem resultados que podem ser “bons” ou “maus” socialmente, e os colocam sob avaliação.

É necessário, entretanto, terminar de avaliar os benefícios que esta ferramenta pode proporcionar ao Direito, já que o pressuposto dos agentes econômicos racionais que maximizam sua utilidade pode levar a fortes contradições com os princípios jurídicos. Para dizê-lo, em outros termos, considera-se que apesar de sua evidente utilidade, deve ser cuidadoso seu uso e aplicações.

Por isso, no que se refere ao Direito Concorrencial, a análise econômica do Direito é não só uma ferramenta de interpretação; mas muitas das bases e fundamentos teóricos das normas de concorrência têm como base o sustento teórico desta escola, visto que o Direito Concorrencial inclui distintas normas que regulam os mercados, e de forma concreta, a conduta dos agentes que intervêm

¹³⁸ NADER, op. cit.,p.77

¹³⁹ PROENÇA, op. cit.,p.69

neles. Ou seja, a análise econômica do direito proporciona os fundamentos teóricos para construir e aplicar as normas de concorrência, e é, em conseqüência, a ferramenta idônea para interpretá-las.

Outras políticas que impulsionam sua consolidação: privatização e desregulamentação. Quanto à aplicação de políticas econômicas que justificam a formulação do Direito Concorrencial, encontram-se as políticas de privatização e de desregulamentação.

A privatização, no sentido mais amplo, compreende um conjunto de decisões que vão além da transferência da propriedade ou do controle das atividades públicas do setor privado, e inclui a assimilação da atividade da empresa pública com a da empresa privada, a desregulamentação ou eliminação das travas legais que impedem a entrada, no mercado de empresas privadas que possam concorrer com as públicas, e a prestação privada de bens e serviços públicos.

A idéia de que se poderia abater dívida pública com a venda de propriedade estatal já era apontada por Adam Smith, ainda no século XVIII. Segundo ele, em todas as monarquias da Europa, a venda das terras do rei seria capaz de produzir uma grande soma de dinheiro, que poderia ser aplicada no pagamento da dívida pública.

As orientações doutrinárias tiveram seu desenvolvimento mais acabado sob as administrações de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos

Estados Unidos, e depois se estenderam a um grupo de países do Primeiro Mundo.

Para a maioria dos analistas da privatização, esta se refere à transferência de funções e atividades do setor governamental ao setor não diretamente controlado pelo governo¹⁴⁰. Dentro desta lógica se dá uma redefinição da intervenção do setor público e, em consequência, se produz o redesenho do gasto público.

A privatização requer como pressuposto uma revisão da regulação existente e uma abertura dos mercados onde intervieram as empresas públicas.

No Brasil, essa posição é corroborada por um raciocínio aparentemente simples de Velasco¹⁴¹, que pode ser assim resumido:

Como o capital da União investido nas empresas estatais rende 1,08% a.a., a privatização pode ter um significativo impacto fiscal se esse patrimônio for vendido e usado para abater dívida pública, sobre a qual o governo paga juros anuais na faixa de 20% a 25%. A cada R\$ 10 bilhões de patrimônio alienado seria possível obter uma economia líquida de R\$ 1,9 bilhão a R\$ 2,4 bilhões por ano.

¹⁴⁰ MOREIRA, Terezinha. O processo de privatização mundial: tendências recentes e perspectivas para o Brasil. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 97-112, jun. 1994.

¹⁴¹ VELASCO JR., L. **A economia política das políticas públicas**: fatores que favoreceram as privatizações no período 1985/94.. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para Discussão, n. 54) p.33

De fato, a Petrobrás registrou uma rentabilidade de 10,19% a.a. e a Companhia Vale do Rio Doce, de 7,12% a.a., enquanto a taxa de juros real da dívida interna oscilou em torno de 18% a.a.

O impacto fiscal sugerido por Campos é bastante significativo. Em 1994, o patrimônio líquido da União nas empresas federais somava cerca de US\$ 88 bilhões. Se todo esse patrimônio fosse vendido pelo seu valor contábil e usado para abater a dívida pública, seria possível ter uma economia líquida anual de 3,3% do PIB em despesas correntes.

Considerando-se que a União teve retorno sob a forma de dividendos de apenas 0,4% do seu patrimônio aplicado nas empresas estatais no período 1988-94 e que o governo teve que captar recursos no mercado para rolar sua dívida a taxas reais de 20% a 25% ao ano, a simples troca da totalidade das ações que a União detém nessas empresas por papéis da dívida pública pode produzir uma redução acumulada das suas necessidades de financiamento, cujo valor presente estimado, chega a US\$ 36,9 bilhões.

Para Diniz¹⁴²:

Os resultados do PND, quando comparados com os dos programas de privatização de outros países da América Latina, parecem, à primeira vista, bastante modestos. Entretanto, uma comparação mais cuidadosa revela que o PND é, entre eles, o de maior relevância no que

¹⁴² DINIZ, E. Governabilidade, democracia e reforma do estado: o desafio da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. **Dados**, Rio de Janeiro, v.38, n.3, 1995, p.44.

tange à intervenção no setor industrial, pois foi o programa que arrecadou maior volume de recursos com a alienação de participação estatal em empresas industriais (US\$ 3,6 bilhões).

Essa posição de que a privatização deve ser usada para abater dívida pública, aparentemente consensual entre os economistas, foi colocada em xeque por alguns autores. Hemming e Mansoor, Builter, Mansoor e Walters¹⁴³ argumentam que a privatização não contribui para reduzir o déficit público, pois implica tão-somente a troca de um ativo menos líquido por outro mais líquido, não proporcionando nenhum ganho fiscal direto. Para Mansoor, a política de privatização assemelha-se à emissão de títulos públicos: recebem-se recursos hoje, mas, em contrapartida, no futuro tem-se uma receita menor decorrente de uma redução de rendimentos.

A esse respeito, Velasco¹⁴⁴ alerta que:

Tal como tem ocorrido em outros países, a privatização tem sido erroneamente vista no Brasil como uma maneira de reduzir o déficit do governo - e, conseqüentemente, de alterar sua postura fiscal -, no montante equivalente ao resultado da venda de ativos. Já que a venda de ativos não acarreta mudanças no patrimônio líquido do governo, não há qualquer impacto fiscal, ainda que, certamente, o governo se veja com maior liquidez.

¹⁴³ Apud DINIZ, E. op. cit., p. 67.

¹⁴⁴ VELASCO JR., L. op.cit.,p.101

Também para Marcel¹⁴⁵ (1989), o impacto fiscal no Chile teria sido nulo. O autor aponta a explicação: na década de 70, as estatais chilenas teriam se tornado rentáveis, e a receita com dividendos teria alcançado 25% do total da receita governamental.

Além disso, de fato, considerando-se que, depois que as empresas forem vendidas para abater a dívida pública, novos déficits continuarão sendo gerados, privatizar com o objetivo estrito de promover ajuste fiscal, poderá ser uma iniciativa estéril. Como se pode observar nos dados constantes do relatório do FMI, a experiência argentina mostra que, apesar de ter aumentado a competitividade externa e a produtividade interna, e embora o programa de privatização esteja na sua fase final, novos déficits fiscais voltaram a ser gerados, e o endividamento atinge nível semelhante ao que antecedeu a privatização no país.

De acordo com Velasco¹⁴⁶, a privatização não contribui para o ajuste fiscal, requerendo um conjunto de medidas paralelas:

Torna-se cada vez mais claro que o ajuste do desequilíbrio fiscal brasileiro só poderá ser enfrentado com sucesso se forem abertas muitas frentes de combate. Há que existir um permanente esforço do governo no sentido da implementação de medidas como: renegociação e alongamento do perfil das

¹⁴⁵ MARCEL, M. **La privatización de empresas públicas en Chile - 1985-88.**- Santiago de Chile: CIEPLAN, 1989. (Nota Técnica, 125), p. 57.

¹⁴⁶ VELASCO JR., op. cit.,p.101

dívidas interna e externa; transferência para os governos subnacionais de alguns dos atuais encargos do governo federal; renegociação das dívidas dos estados e municípios para com o governo federal; controle coordenado das empresas estatais; (...) reforma da previdência social; aumento de impostos; redução de gastos; privatização; e assim por diante.

Para analisar a contribuição da privatização, devem-se somar os efeitos da privatização de empresas controladas diretamente pela União e de subsidiárias, controladas indiretamente, e fazer o confronto entre os benefícios da privatização e os encargos da dívida pública.

Assim, se o ganho fiscal permanente com a venda das empresas for maior do que as despesas com juros da dívida pública, a privatização contribui efetivamente para o ajuste fiscal.

No processo de privatização em curso no Brasil, os setores siderúrgico e petroquímico foram os primeiros a serem privatizados no decorrer dos anos 90.

Dentro de uma concepção ampla de política industrial que a relaciona com o conjunto das políticas macroeconômicas, afetando o crescimento, a produtividade e a competitividade de setores industriais específicos e com uma direção estratégica, que lhe dá o sentido, ao fornecer base para uma análise da privatização no setor de telecomunicações, de forma a avaliar se este processo se constituiu efetivamente em instrumento de política industrial, ou se a política industrial resultante dele foi mero acaso.

Então, dado um padrão normal, há apenas uma estratégia industrial correta, na qual a política industrial deve, no máximo, ser de natureza horizontal, pois em caso contrário, será sempre ineficaz.

Assim sendo, nada mais natural do que a privatização do setor de telecomunicações, de maneira que pudesse ser levada para o setor a tão sonhada competitividade, ao mesmo tempo em que se confronta com a realidade a possibilidade da desestatização como uma solução altamente viável e fácil para o ajuste fiscal.

Embora em alguns setores, como das telecomunicações, as reduções de preços e a melhora em serviços dão a impressão de uma maior eficiência e concorrência, em outros setores, como o da energia elétrica, há problemas persistentes.

É pertinente destacar que as privatizações não são fins em si mesmos, como o afirmam os neoliberais, mas instrumentos para apoiar o desenvolvimento econômico e social.

Por outra parte, a regulação de mercado deve cumprir dois objetivos básicos: assentar as bases para maximizar a concorrência potencial, e criar uma estrutura de incentivos adequada para a tomada de decisões.

Mediante a desregulamentação se pretende eliminar os obstáculos à concorrência, a efeito de que as empresas privadas possam competir com êxito

em setores econômicos nos quais concorrem junto com empresas públicas, situação que se apresenta principalmente em matéria de serviços públicos.

O governo deve induzir, por mecanismos de mercado, a solução ótima do ponto de vista social, tornando compatíveis a maximização de utilidades da empresa com a maximização do bem-estar. Daí que desregulamentação não implica eliminar a regulação, mas regular bem.

As regulações incluem as leis, ordenamentos formais e informais e regras subordinadas emitidas por todos os níveis de governo, assim como as regras emitidas por órgãos não governamentais ou auto-regulados aos quais os governos tenham delegado faculdades regulatórias.

A desregulamentação é só um dos componentes da melhora regulatória e se refere à eliminação parcial ou total da regulação vigente em algum setor econômico ou área regulatória específica.

A melhora regulatória abrange também a reforma de regulações propostas ou vigentes, e inclusive a criação de outras novas, com o fim de ocupar os vazios jurídicos existentes ou os que se gerem a partir das mudanças econômicas, sociais e tecnológicas.

Por conseguinte, o conceito de "melhora regulatória" inclui tanto a revisão de um instrumento jurídico específico como a construção - ou reconstrução - do marco jurídico em todo um setor econômico, ou uma área regulatória em

particular, ou as melhorias ao conjunto de processos mediante os quais se elaboram novas regulações e se aplicam as já existentes.

7 A DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FUNÇÃO DAS VIOLAÇÕES AO DIREITO CONCORRENCIAL

7.1 Direitos, deveres e responsabilidades dos sócios

Ao subscreverem o capital social, os sócios passam a ser partes do contrato plurilateral, contraindo inúmeras obrigações para com a sociedade, e para com os demais sócios. Existe uma série de teorias que buscam explicar a natureza jurídica do negócio jurídico, gerador de uma sociedade comercial.

Tais teorias vão da conhecida teoria contratualista clássica, passando por teorias como a do ato coletivo, a do ato complexo, a da instituição, até chegar à concepção da sociedade comercial como efeito próprio dos denominados "contratos plurilaterais de organização".

A referência ao conceito de organização tem um triplo significado. Primeiro se refere à necessidade de que exista uma regulação que determine o regime dos diversos órgãos societários e os direitos e obrigações dos sócios entre si e com respeito ao ente social.

Em segundo lugar, refere-se à necessidade de que as contribuições se realizem para um objetivo comum, coordenando os bens e esforços em um sentido unitário, à procura de um fim único.

Em terceiro lugar, e ligado ao anterior, implica uma relação com a idéia econômica de empresa, que constitui a atividade normal das sociedades empresariais e toda organização apta para o intercâmbio de bens e serviços.

Enfim, a concepção vigente é a de considerar a sociedade como contrato plurilateral de organização. Acolheu-se a teoria contratualista, para afirmar que a sociedade surge de um contrato, dotado de características especiais, como as de ser um contrato plurilateral, organizativo e de colaboração ou com um conotado interesse comum.

De fato, a sociedade nunca foi, satisfatoriamente, entendida sob a concepção contratualista clássica.

Afirmamos que o contrato gerador da sociedade comercial é plurilateral, porque entre, cada uma das pessoas que participam como sócios (mínimo dois), e a pessoa jurídica que surge do contrato mesmo e que se denomina sociedade comercial, existe um vínculo ou relação jurídica própria, a qual constitui uma parte desse todo jurídico que é o contrato de sociedade comercial.

Por conseguinte, existirão tantas partes quantos os sócios que participem da sociedade, quer dizer, que a relação ou vínculo jurídico se trava propriamente entre cada um dos sócios e a sociedade que constituem.

7.1.1 Os deveres dos sócios

As obrigações que irão incorrer na figura dos sócios, se iniciam no momento da constituição da sociedade, se outro não for fixado pelo contrato social; só terminam quando forem extintas as responsabilidades sociais. Seu dever fundamental é realizar sua contribuição para o capital social.

O cumprimento das obrigações a cargo de cada uma das partes contratantes permite falar do aperfeiçoamento de uma organização que surge como fruto das regras que os sócios se deram nos denominados estatutos sociais, que permitirão entender o funcionamento da sociedade através dos órgãos sociais.

Em outros termos, deve se entender que do contrato surge um novo sujeito de direito, distinto dos sócios individualmente considerados, com a particularidade adicional de estar dotado de uma organização ou de órgãos sociais, que vão permitir desenvolver uma gestão interna e uma gestão externa ou de relação com o mundo dos terceiros.

Como em qualquer negócio jurídico, aquele que atrasa a sua prestação responde pela mora, devendo indenizar o credor pelo atraso; diferente não deve ser a situação do sócio em relação à sociedade.

Segundo Carvalho de Mendonça¹⁴⁷

se o sócio descumpre seu dever primordial, ele quebra a relação de confiança com os demais sócios, quebra a affectio societatis, sem a qual a sociedade não seria constituída.

Num contrato bilateral tal fato geraria a resolução do contrato como um todo, no entanto, as sociedades são contratos plurilaterais, podendo

¹⁴⁷ MENDONÇA, op. cit..p.23

haver a resolução apenas do vínculo do sócio remisso, preservando a existência da sociedade.

Também é dever dos sócios a lealdade e cooperação recíproca. Neste sentido, o sócio deve

velar nos interesses da sociedade, prestando a esta a sua cooperação e jamais preferindo o interesse individual ao social com prejuízo da sociedade¹⁴⁸.

Deste fato se depreende que o sócio não deve agir para prejudicar a sociedade, mas ter lealdade e colaboração para atingir o fim comum pelo qual organizou a sociedade.

Evidentemente, no contrato gerador da sociedade comercial, objetiva-se esse ânimo de colaboração, *animus societatis*, que move a pessoa a associar-se com outra ou outras, nem tanto para satisfazer um interesse individual ou egoísta, mas sim para, mediante o desenvolvimento de uma atividade ou empresa, gerar utilidades que posteriormente serão distribuídas e repartidas a título de participação ou dividendo.

Embora a produção de utilidades pudesse afirmar-se como atividade pessoal e egoísta, não se deve perder de vista que prima o desejo de iniciar uma empresa mediante a conjunção de esforços que constituem esse elemento

¹⁴⁸ MENDONÇA, J. op. cit., p. 25.

denominado colaboração, que o legislador traduziu em mecanismos jurídicos para garantir a permanência dessa colaboração.

Não obstante a presença do descumprimento às obrigações derivadas do contrato social, procura garantir ao máximo a permanência desse ânimo de colaboração e de realização do interesse comum, o qual motivou as partes para associar-se mediante a espécie conhecida como sociedade comercial.

É também dever dos sócios participarem das perdas, embora isso se resolva de acordo com o contrato social da sociedade e, por conseguinte, a limitação da responsabilidade dos sócios.

Sobre a escolha dos sócios, Abrão¹⁴⁹ afirma:

Temos então que a escolha do sócio ou sócios-gerentes normalmente é realizada pela sociedade, voluntariamente, podendo estar prevista no contrato social ou ser determinada na assembléia dos quotistas. Neste caso, os sócios, reunidos em assembléia geral, antecedida de prévia convocação, elegerão, por maioria de membros a quem compete desempenhar o mister de gerir o negócio, sendo que a ata da assembléia deverá ser registrada na Junta Comercial do local de situação da sociedade.

A gerência, contudo, recairá sobre todos os sócios se o contrato social for omissivo nesse tocante.

Nesse mesmo sentido, Malheiros Duclerc Verçosa¹⁵⁰ afirma que:

¹⁴⁹ ABRÃO, Nelson.op.cit. p. 89.

não há dúvidas quanto ao fato de que, no direito brasileiro, o regime legal ordinário funda-se na responsabilidade subjetiva, reservando-se a objetiva para situações legais casuísticas.

Assim, o primeiro problema resolvido pelos estudiosos correspondeu à constatação de que a Lei 6.024/74 e o Dec.-lei 2.321/87, na esteira de documentos anteriores, criaram, precisamente, de forma excepcional, um sistema de responsabilidade objetiva dos administradores de instituições financeiras, sob regime de intervenção, liquidação extrajudicial, administração especial temporária ou falência.

A responsabilidade objetiva vertente constituiu-se por meio do estabelecimento da solidariedade dos administradores, em relação às obrigações assumidas durante sua gestão pelas instituições financeiras por eles governadas, até seu final cumprimento (art. 40 da Lei 6.024/74). A posição dos dirigentes de instituições financeiras, frente às obrigações das empresas que administram é, pois, idêntica à dos sócios das sociedades em nome coletivo, com a diferença de que, naquelas, não há que se tratar do benefício de ordem previsto no art. 350 do Comercial, por força da própria solidariedade.

¹⁵⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92.

A partir das considerações de Duclerc Verçosa, salienta-se que este entende que o artigo 40 da Lei 6.024/74¹⁵¹, ao estabelecer hipótese de responsabilização objetiva e solidária, tem por resultado igualar a situação dos dirigentes de instituições financeiras, frente às obrigações das empresas que administram, à dos sócios das sociedades em nome coletivo.

A doutrina, assim, busca tornar semelhantes – por conta do dispositivo que traz hipótese de responsabilização diversa da subjetiva – a situação dos administradores das instituições financeiras à situação dos sócios de sociedades constituídas sob as diversas formas previstas na legislação nacional.

Gaino¹⁵² complementa ainda que:

Pratica excesso de poderes, por exemplo, o sócio-gerente que adquire, sozinho, um bem imóvel para a sociedade quando, pelo contrato social, faz-se necessária a presença de mais um sócio ao ato. Não sendo pagos os tributos relacionados a essa operação, ele responde perante o fisco, subsidiariamente à sociedade, segundo o art. 135, III, do CTN.

Nesse caso acontece excesso dos poderes de gestão e de representação da sociedade, a par de caracterizar também, sem dúvida, infração do contrato social, o que constitui outra causa de responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN.

¹⁵¹ BRASIL. Lei n 6024 de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 março 1974, p. 2865.

¹⁵² GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

Quando o art. 135 do CTN menciona "excesso de poderes", está se referindo aos poderes conferidos, pela legislação comum, às pessoas mencionadas em seu inciso II e àqueles decorrentes de mandatos e funções inerentes à sua atividade. Assim, a referida expressão aplica-se, em princípio, somente às pessoas mencionadas no inciso II do artigo. Como o administrador da sociedade limitada recebe seus poderes, em princípio, diretamente do contrato social, qualquer "excesso de poderes" seu caracteriza "infração ao contrato". Mas como poderia haver infração ao contrato que não se caracterizasse como infração à lei, fez-se necessária a presença da expressão "infração à lei" no caput do art. 135, como hipótese de responsabilização¹⁵³.

7.1.2 Direitos dos sócios

Tornando-se sócio, este passa a ter dois tipos de direitos: pessoais e patrimoniais. Os direitos pessoais referem-se à qualidade do sócio, como a fiscalização dos atos da administração, e a participação na administração.

A extensão do direito de participar das deliberações sociais é proporcional à quota do sócio no capital social. Desse modo, embora os sócios devam ser consultados nas decisões mais importantes da sociedade, nem todos têm condições de influir, com sua vontade ou entendimento, no conteúdo delas. O sócio que contribui com mais da metade do capital social, nesse sentido, delibera

¹⁵³ GAINO, Itamar. op. cit., p. 67.

sozinho. Aquele que titulariza 1/10 das quotas, numa sociedade em que os outros dois sócios têm 45% cada, em caso de divergência entre estes últimos, terá a incumbência do desempate; é ele, portanto, quem delibera, a despeito de sua pequena participação societária, quando divergentes os sócios majoritários.

Acerca do direito de participar das deliberações sociais, na sociedade limitada, há que se destacarem dois pontos: as formalidades impostas na lei para validade das decisões societárias e o *quorum* de deliberação.

Por sua vez, o direito patrimonial é o direito de crédito contra a sociedade, consistente na participação nos lucros e na participação no acervo social em caso de liquidação da sociedade.

7.1.3 Responsabilidade dos sócios

Em primeiro lugar, as obrigações sociais são respondidas com o próprio patrimônio da sociedade, devido à autonomia inerente às pessoas jurídicas. Todavia, no caso de insuficiência desse patrimônio, os sócios podem ser chamados a responder com o seu patrimônio pessoal.

No ensinamento de Antonio Martin, assim está disposto:

Quota social é a entrada, ou contingente de bens, de coisas, de valores, com o qual o sócio contribui, ou se obriga a contribuir para formação do capital. E é também um complexo de direitos, de poderes, de obrigações, de faculdades, que

compõe o estado de sócio, aquilo que em “juridiquês” chamados de “status socii”. Se um desses dados tem um componente estritamente material, o outro não, o outro é um componente personalíssimo. A doutrina diz: é necessário compor, quer dizer, aquele que atribui, aquele que contribui para a formação do capital, tem uma série de direitos, que são direitos de natureza patrimonial e direitos de natureza pessoal¹⁵⁴.

Dentre os deveres fundamentais dos sócios, três se destacam pela sua relevância:

- a) a cooperação recíproca;
- b) a formação do capital social;
- c) a responsabilidade para com terceiros.

A cooperação que se traduz na intenção de conjugarem esforços, ou a vontade de colaboração ativa dos sócios, é imprescindível à constituição da sociedade, manifestando-se no que Ulpiano denominou *affectio societatis*, isto é, vontade de se constituírem em sociedade, que, a rigor, é o elemento subjetivo indispensável à formação do pacto societário, ou como escreve Umberto Navarrini – “l’ intenzione, cioè, di stipulare un contratto di società”¹⁵⁵

¹⁵⁴ MARTIN, Antonio. Problemas relativos às quotas. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 57, p. 17-26, 2000.

¹⁵⁵ NAVARRINI, Umberto. **Trattato di diritto commerciale**. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1911. v.2, n. 659, p. 51.

Os sócios devem contribuir para a formação do capital social com uma quota, consistente em dinheiro ou outros bens suscetíveis de apreciação econômica, ou, ainda, em serviços.

Na lição de Bento de Faria, em seus clássicos comentários ao Código Comercial:

“Aquele que intervém num contrato de sociedade, sem de modo algum concorrer para o fundo social, não ficando obrigado à prestação de serviços à indústria ou ao comércio da mesma sociedade, não pode absolutamente ser havido como sócio, salvo se lhe foi feita doação pelos outros sócios, ou se obrigou a prestação de serviços na qualidade de sócio de indústria”.¹⁵⁶

Como preleciona Carvalho de Mendonça¹⁵⁷; “a contribuição do sócio pode consistir: a) em dinheiro, e de ordinário nessa espécie é realizada; b) em coisas ou bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos; c) em indústria ou trabalho e nos benefícios que daí podem tirar”.

Acrescente-se a tais deveres a participação nas *perdas*, se houver, já que a participação nos lucros é da essência das sociedades comerciais. Os sócios não objetivam senão lucros.

¹⁵⁶ FARIA, Antonio Bento de. **Direito comercial**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fo, 1947. v. 2, p. 352

¹⁵⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v.3, p. 34.

Contudo, no exame das responsabilidades, de todo conveniente pôr em relevo a eventualidade de a sociedade sofrer prejuízos. “Ao invés de lucros, pode a sociedade comercial experimentar prejuízos”, adverte Carvalho de Mendonça.¹⁵⁸ “É o termo oposto. A idéia de perda é correta à do lucro. Os sócios têm de suportar os prejuízos”.

As perdas não podem, obviamente, recair apenas sobre um dos sócios, mas sobre todos, na proporção dos respectivos quinhões na sociedade.

Cláusula que disponha em contrário era absolutamente nula, a teor do que dispõe o art. 288 do Código Comercial¹⁵⁹, revogado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002:

“É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social”.

No mesmo sentido, o art. 1.008, da Lei nº 10.406/02 - Novo Código Civil¹⁶⁰:

“É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”.

¹⁵⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. op. cit. p. 42

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. op. cit.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. op. cit.

A responsabilidade para com terceiros está ligada a uma série de fatores, dentre os quais cumpre destacar as diversas espécies de sociedades e os tipos de sócios, já devidamente mencionados.

7.1.4 A affectio societatis

Em relação à existência e manutenção das sociedades anônimas, é importante, ainda, considerar a existência de *affectio societatis*, por conta do fato de que seu reconhecimento pode causar em diversos institutos concernentes à matéria. Segundo COMPARATO¹⁶¹

Rejeitada pela doutrina moderna, como noção inútil à compreensão do mecanismo das sociedades mercantis, sobretudo das anônimas, a affectio societatis manifesta grande teimosia em sobreviver a essa universal condenação ao silêncio. Ela renasce, com o próprio nome ou outra terminologia, como elemento indefectível da estrutura e funcionamento das sociedades. Mais ainda: ela se instala em campo que tradicionalmente se lhe considera estranho, o das chamadas sociedades de capitais, em manifesta comprovação de sua operatividade, em termos de interpretação jurídica.

Formalmente não se reconhece a *affectio* em sociedades anônimas, pois tal estrutura se converteria, na realidade, em uma sociedade de capitais. Há acórdãos dos tribunais brasileiros que conformam tal concepção:

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. "Restrições à circulação de ações em companhia fechada: Nova et vetera, *Revista de Direito Mercantil*, n 36, p. 55.

Ação de Dissolução de Sociedade Anônima. Impropriedade de averiguação da 'affectio societatis' por não tratar-se de sociedade de pessoas. Inocorrência de qualquer das hipóteses elencadas no art. 206, II da Lei 6.404/76. Não provimento do recurso" (Ac. Un. da 3ª C.C. do TJRJ – Ap. Civ. nº 97.001.3734 – Rel. Des. Galdino Siqueira Netto – j. 29.07.97 - Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 4, pp. 159-160)¹⁶².

SOCIEDADE ANÔNIMA – Retirada de Acionista – Pretensão à dissolução parcial – Inadmissibilidade por tratar-se de pedido juridicamente impossível – Espécie societária que possui procedimento próprio consistente no direito de recesso do sócio – Inteligência da Lei 6.404/76.

A pretensão de dissolução de sociedade anônima em virtude de retirada de acionista traduz-se em pedido juridicamente impossível, pois, como prevê a Lei 6.404/76, esta espécie societária não admite a dissolução parcial, mas procedimento próprio pelo direito de recesso do sócio, consistente no resgate, amortização e reembolso das ações do acionista dissidente (Ac. Un. da 2ª C.C. do TJSP – Ap. Civ. nº 2.818.4/2 - Rel Des. Linneu Carvalho - j. 14.10.1997 – Revista dos Tribunais nº 749, pp. 258-259).

Sociedade Anônima – Dissolução parcial – Inadmissibilidade – A dissolução parcial é figura

¹⁶² BRASIL. Lei nº 6404. de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez.1976.

incompatível com a lei das Sociedades Anônimas – Sociedade que é de natureza fechada, composta por três irmãos – Irrelevância – A retirada de sócio deve se dar nos termos da legislação pertinente. Recurso Provido" (Ac. Un. do TJSP – Ap. Civ. nº 26.884.4/8 - Rel Des. Linneu Carvalho - j. 17.03.1998 – in Paulo de Lorenzo Messina e Paula Forgioni. "Sociedades por Ações. Jurisprudência. Casos e Comentários". São Paulo, RT, 1.999, pp. 352-353)

Ainda que se tome em consideração o objetivo da criação do instituto da sociedade anônima visar ao desenvolvimento da empresa, deve-se lembrar que tal instrumento objetiva, da mesma forma, atender anseios do empresariado em relação ao conceito de patrimônio separado e continuidade das empresas depois da morte dos fundadores.

Como afirma ASCARELLI¹⁶³:

De um lado na evolução do instituto, foi campeando o conceito de patrimônio separado; o benefício da responsabilidade limitada levou também pequenas empresas e constituir-se como sociedades anônimas; multiplicaram-se as sociedades anônimas familiares; os negócios individuais se transformaram em sociedade anônima, para facilitar assim a sua continuidade depois da morte dos fundadores, ou em consequência desta; negócios individuais, constituíram-se, por meio de óbvios artifícios, como sociedade anônima para gozar do benefício do exercício do comércio com

¹⁶³ ASCARELLI, Túlio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 89.

responsabilidade limitada. Nem sempre a existência da sociedade por quotas de responsabilidade limitada exclui essa utilização da sociedade anônima.

Assim, tem-se que, concretamente, tais sociedades anônimas fechadas acabam por ser constituídas por grupos de pessoas, com interesses convergentes; são totalmente relacionados à pessoa do sócio fundador configurando-se, desta maneira, em *intuitu personae*, e possuem deste modo, inegável *affectio societatis*.

Podem ser utilizados, aqui, casos reais para elucidar a questão. Por exemplo, a resposta de Modesto Carvalhosa, ao quesito de parecer elaborado para Geraldo Mantovani e GM – Geraldo Mantovani Engenharia Indústria e Comércio Ltda -, para fins de instrução da ação de dissolução parcial de sociedade que moveram em face de Nova Lindóia Hotéis e Turismo S.A.. Este quesito tinha como objetivo verificar se a sociedade retratada, naqueles autos, poderia ser tida como sociedade de pessoas.

Carvalhosa¹⁶⁴, neste caso, destaca elementos que podem servir para apurar a existência do *intuitu personae* em determinadas anônimas:

Enquanto as sociedades abertas têm nitidamente um caráter institucional, estando submetidas a uma série de controles administrativos sobre sua organização e funcionamento, nas sociedades fechadas ressalta-se o caráter contratual, que permite sejam regidas primordialmente por normas derivadas da autonomia da

¹⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil, nº 13**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

vontade, de modo a disciplinar os interesses privativos dos sócios.

Assim o funcionamento e a organização de uma sociedade fechada, em que confundem acionistas, administradores e controladores, é bastante diverso do da companhia aberta, baseada aquela no interesse particular dos sócios que a constituíram.

Os vínculos pessoais que levaram à formação da companhia fechada devem assim permanecer durante toda a sua existência, sendo mesmo o fundamento fático de sua própria continuidade. Seus acionistas não são meros investidores de capital, mas, fundamentalmente, colaboradores na realização do interesse comum, que motivou a aplicação de seus capitais e a própria criação da sociedade.

A sociedade Nova Lindóia – Hotéis e Turismo S/A foi constituída levando-se em consideração não apenas as pessoas dos sócios, como seus vínculos familiares. Ademais, teve por objetivo a construção de um complexo turístico em gleba de terra de propriedade também de membros da família MANTOVANI, cujas obras seriam realizadas por empresa de engenharia, também controlada pela família.

Como se verifica, a sociedade foi constituída, tendo em vista, primordialmente, as pessoas dos sócios, tratando-se, assim, de uma sociedade intuitu personae.(...)¹⁶⁵

¹⁶⁵ CARVALHOSA, Modesto. op. cit, p. 97.

A partir do texto, pode-se concluir a existência dos seguintes elementos para compreender a existência do caráter *intuito personae* da sociedade em questão:

- a) os vínculos pessoais que levaram à formação da companhia; e,
- b) a participação ativa dos acionistas no funcionamento e organização da sociedade.

7.1.5 A Lei nº 10.303/01

A Lei n. 10.303 de 31 de outubro de 2001, alterou uma série de dispositivos da Lei n. 6404 / 76, a chamada “Lei das Sociedades Anônimas” e também a Lei n. 6.386 / 76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliário (CVM)¹⁶⁶.

Em primeiro lugar é importante destacar que, nesta lei, a companhia é aberta ou fechada, caso os valores mobiliários de sua emissão estiverem ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, não mais em bolsa ou no mercado de balcão.

Deve-se dizer que, para negociar tais valores, a sociedade precisa da permissão prévia do governo federal.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 10.303 de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e na lei nº 6385 de 07 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores imobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 nov.2001..

O art. 4º foi dotado de seis parágrafos, no lugar de seu parágrafo único anterior, que regulamentam que:

▪ Deve ser feito o registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para a emissão dos valores mobiliários da sociedade;

▪ Tal registro é essencial para a distribuição pública desses valores;

▪ A CVM tem competência para classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários, além de especificar as normas aplicáveis a cada categoria;

▪ O registro de companhia aberta somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista ou a sociedade que a controle formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, sob preço justo, no mínimo igual ao valor de avaliação da companhia;

▪ Terminado o prazo de oferta pública fixado na regulamentação expedida pela CVM, se remanescerem mais de 5% do total das ações emitidas, a assembléia geral poderá estabelecer o resgate desse percentual;

▪ O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações de companhia aberta sob seu controle que elevem a sua participação na sociedade em determinada classe

*e espécie de ações à porcentagem que possa impedir a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado*¹⁶⁷.

Não se pode discutir a liberdade dada à CVM; esta ganhou mais independência em termos organizacionais, além de passar a interferir mais no processo acionário não só na fiscalização do mesmo, mas também na aprovação de determinados assuntos. Porém, o caráter de agência reguladora é um pouco exagerado e mesmo desnecessário para o efetivo exercício de suas funções.

Outras modificações deram um caráter mais moderno à Lei das Sociedades Anônimas, possibilitando ao acionista minoritário maior participação na administração das companhias abertas, nos acordos de acionistas, na avaliação do fechamento do capital.

Ainda segundo BORBA,

os controladores também tiveram algumas “regalias”, pois asseguraram a maioria de membros nos órgãos de administração e fiscalização (Conselhos de Administração e Fiscal), além de obter o direito de estabelecer uma lista tríplice de pessoas de sua confiança para

¹⁶⁷ BORBA, J. op. cit., p. 48.

*representar os minoritários no conselho de administração até 2008, para fins de adaptação*¹⁶⁸.

Outra grande inserção na lei foi a arbitragem, como forma de solução de conflito de interesses.

A arbitragem apresenta-se como um sistema alternativo de grande importância, pois o Estado lhe conferiu as características jurisdicionais, como: dar às decisões arbitrais força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação pelos tribunais estatais.

Para René DAVID

*A arbitragem é a técnica que visa dar solução de questão interessando às relações entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – as quais têm poderes resultantes de convenção privada e estatuem na base desta convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado*¹⁶⁹.

De sua parte, Jean ROBERT a define como

instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições do Direito Comum, para ser resolvidos por indivíduos

¹⁶⁸ BORBA, op. cit., p.52.

¹⁶⁹ RENÉ DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, apud IRINEU STRENGER, **Contratos internacionais de comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 196.

*revestidos, pela circunstância, da missão de julgar*¹⁷⁰.

Já Herece QUEMADA afirma que

*pela instituição da arbitragem, os interessados, em virtude duma declaração de vontade, subtraem o conhecimento e decisão de suas controvérsias dos Tribunais, cuja resolução transferem a terceiro ou terceiros árbitros*¹⁷¹.

Portanto, cabe aos estudiosos do direito societário, aos empresários e empregados e à sociedade, de um modo geral, esperar que sejam aplicados todos os dispositivos ditos “democráticos” da lei, e não somente os que privilegiam a classe empresarial dominante.

7.2 O papel da despersonalização da personalidade jurídica

Independentemente do nome que se utilize para referir-se à doutrina da despersonalização da pessoa jurídica, ela apresenta algumas características que lhe são inerentes, sem importar o sistema jurídico encontrado, já que de acordo com a opinião majoritária dos autores, reúne elementos e/ou características comuns que lhe dão sua forma e estrutura.

¹⁷⁰ JEAN ROBERT, *Arbitrage civil et commercial em droit interne et international privé*, apud STRENGER, op. cit., p. 197.

¹⁷¹ HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, v. II, p. 211, apud STRENGER, op. cit. p. 198.

Segundo Koury¹⁷², estas características são:

- a) É uma técnica ou prática judicial.
- b) É uma operação cognitiva de caráter neutro.
- c) Está inspirada na jurisprudência de interesses.
- d) É uma instituição da verdade.
- e) É uma doutrina de caráter não unitário.
- f) Tem um caráter excepcional.
- g) Produz efeitos relativos.
- h) É uma doutrina autônoma.
- i) Constitui um meio ou um resultado.
- j) É de aplicação subsidiária.

7.2.1 A teoria da despersonalização da pessoa jurídica no direito anglo-americano

O instrumento *Disregard of Legal Entity* nasce ao amparo da *equity* (jurisdição de equidade); como aplicação jurisprudencial dos tribunais de equidade

¹⁷² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica** (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.77.

dos EUA, que fundados em critérios gerais e na casuística, determinaram que é lícito e, por sua vez, necessário separar-se da entidade legal de uma pessoa jurídica, quando esta foi utilizada com fins que o direito repudia e procurar em seu substrato pessoal quem se esconde ou se beneficia sob o véu desta entidade.

A utilização da eqüidade neste sistema é um elemento característico, de aplicação supletiva para a correta integração do *common law*.

Por regra geral, os tribunais intervêm quando não se pode amparar e/ou proteger de forma efetiva uma situação que, do contrário, produziria um dano irreparável,

*e se estima que um dano é irreparável quando o tribunal de direito não concede amparo algum ou quando o amparo devotado é inadequado, insuficiente ou injusto*¹⁷³.

Não obstante a importância que alcançou esta doutrina deve-se ter presente seu caráter acessório que é de aplicação subsidiária, já que como se mencionou anteriormente, constitui um recurso excepcional que procede quanto à extrema injustiça e o dano a terceiros então devidamente comprovados. Tem-se, assim, que no caso do Direito Concorrencial, especificamente, a teoria da despersonalização jurídica em si não muda, apenas é adaptada aos casos concretos estabelecidos em lei. Em outros termos, os princípios que regem as

¹⁷³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000., p. 78.

regras da *Disregard of Legal Entity* são aplicados às circunstâncias próprias do Direito Concorrencial.

Recorde-se que aqui está em jogo o princípio da certeza quanto à realidade ou à existência da pessoa jurídica como um ente reconhecido por todo o Direito, com existência independente de seus membros. Esta doutrina se encontra relacionada com a teoria do “trust fund”, que considera o capital institucional da sociedade como um fundo tido em qualidade de fiduciário pelos sócios, em favor dos credores.

Dessa forma, os terceiros ao contratar com a sociedade o fazem sobre a base da confiança que lhes infunde o patrimônio dela, dado que não existe responsabilidade pessoal dos sócios. Disto se desprende que os terceiros que tenham sido prejudicados – por exemplo, diante da utilização de prática monopolistas, por exemplo – ou credores, têm um direito sobre o patrimônio social mais acentuado que os próprios sócios, quem só terá direito sobre o patrimônio social em caso de liquidação ou insolvência, logo que todos os créditos dos credores se pagarem.

Portanto, em caso de liquidação ou insolvência, se os sócios receberem valores ou espécies do “trust fund” antes de serem pagas todas as dívidas, os credores podem acionar diretamente contra o acionista superando a figura da pessoa jurídica.

Esta situação se produz porque o sócio adquirente jamais estaria atuando de boa fé e, neste caso, o patrimônio dos acionistas será considerado como o patrimônio da pessoa jurídica.

Embora a doutrina do *Disregard of Legal Entity* tenha se consagrado na magistratura norte-americana, não existem ainda critérios uniformes de aplicação e fundamentação.

Neste sentido, Wormser (pioneiro no tratamento deste tema no direito norte-americano) assinala:

quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar aos credores, para evitar uma obrigação existente, burlar uma norma, conseguir ou perturbar um monopólio ou proteger o crime, os tribunais deixarão a proteção da entidade e contemplarão à sociedade como um agrupamento de sócios, homens e mulheres vivos, e fará justiça entre pessoas reais¹⁷⁴.

Assim, como se disse, um dos fundamentos desta doutrina é a equidade, mas a mais importante é a fraude, dado que no sistema do *common law*, seu alcance é muito amplo, visto que abrange as figuras da fraude propriamente dita: o dolo e a fraude.

A fraude, como fundamento jurídico desta doutrina, apresenta-se em três variantes, que não supõem maior diferença, e para sua aplicação o fato em que se apóia é a existência de uma unidade de propriedades e interesses entre a

¹⁷⁴ WORMSER apud ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. op. cit., p.112

sociedade ou o ente personificado e os sócios que a controlam. Além disso, para revelar a presença da fraude, os tribunais se valem dos chamados “test”, que são indícios de sua presença, adicionando a isso o resultado de injustiça, que o direito repudia.

Estes “test” ou indícios da fraude variam de um tribunal a outro, mas os mais recorrentes são: a infra-capitalização; existência da sociedade com apenas um sócio; a não emissão de ações; transpasses de recursos da sociedade e o sócio dominante; e a falta de vida social que se manifesta por não levar contabilidade alguma.

Deste modo, a doutrina foi se assentando na jurisprudência norte-americana, sustentando-se que é o primeiro julgado é o do ano 1809 em relação ao *Bank of the United States V. Deveaux*¹⁷⁵. Desde esta sentença, começa-se a aplicar regularmente a doutrina do *Disregard of Legal Entity* como o demonstra a numerosa jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos.

7.2.2 A despersonalização da pessoa jurídica no Direito Espanhol

Na Espanha, a teoria da despersonalização da pessoa jurídica começa a ser aplicada na década dos 80 do século passado, pois antes se empregava o que se conhecia como “doutrina de terceiros”. Esta deveria cobrir algumas das situações que, no ordenamento anglo-saxão, se resolviam através do *disregard*,

¹⁷⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. op. cit.,p.111

embora os tribunais espanhóis, ao aplicarem esta “doutrina de terceiros”, baseavam-se apenas na fraude e boa fé. Por esta razão, não tinha os mesmos alcances e conseqüências que a teoria do *disregard*, por ser esta última notoriamente mais ampla¹⁷⁶.

Foi o Tribunal Supremo que, através de uma sentença de 28 de maio de 1984, delineou em forma acabada os fundamentos da aplicação desta doutrina, que em maior ou menor medida, foram recolhidos pelos autores e jurisprudência espanhola.

Os principais elementos da despersonalização da pessoa jurídica na Espanha são¹⁷⁷:

a) A equidade, embora neste sentido seja necessário recordar que seu conceito é aquele que lhe dão os sistemas jurídicos de tradição romana, e cujo alcance é muito mais restringido que no *common law*.

b) A boa fé é a honradez, retidão, proibida no atuar como sujeito de direito.

c) A fraude à lei, que, na Espanha está expressamente sancionada pelo legislador, cujo sujeito se ampara em uma norma legal, para realizar uma conduta que o ordenamento em geral proíbe ou repudia.

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987, p. 67.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 72.

d) O abuso do direito ou exercício anti-social do direito, que também tem consagração legal; e entende-se que se abusa de um direito, quando o titular o utiliza além de sua finalidade prejudicando a terceiros.

e) A teoria de unidade de empresas, que se dá quando existem sociedades que, aparentemente, são autônomas e independentes tanto jurídica como economicamente, porém respondem a uma unidade econômica e de organização que nos fatos a torna uma só sociedade; e

f) O abuso da personificação que foi conceituado como

aquele ilícito civil que aparece integrado pela violação consciente do imperativo de transparência no trato jurídico, através da criação de uma falsa aparência da pessoa jurídica ou de algum dos atributos de uma pessoa jurídica, determinante de uma ou mais mutações patrimoniais, que os intervenientes no trato jurídico, espectadores da aparência criada, não tem a obrigação de suportar¹⁷⁸.

Perante todos estes argumentos expostos, o Tribunal Supremo Espanhol deixou claro que em havendo conflito entre os princípios de segurança jurídica e a justiça, opta-se por este último.

Os autores espanhóis buscam sistematizar as situações nas quais se poderiam realizar a despersonalização da pessoa jurídica, criando para isso

¹⁷⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. op. cit., p.111

grupos de casos em que incluem todas aquelas matérias que merecem uma solução através desta técnica. A doutrina os reúne em¹⁷⁹:

- 1) caso de identidade de pessoas ou empresas;
- 2) casos de controle ou direção efetiva externa;
- 3) casos de infra capitalização;
- 4) casos de abuso da personalidade jurídica em fraude à lei ou em descumprimento de obrigações.

7.2.3 A despersonalização da pessoa jurídica no Direito Alemão

Construída por obra dos tribunais norte-americanos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu intensamente na Alemanha, fruto do trabalho produzido pelos tribunais e juristas alemães, que criaram sua própria formulação, com a denominação de *Durchgriff*, cuja tradução aproximada seria 'penetração'¹⁸⁰.

No sentido amplo, Rolf Serick, considerado o sistematizador da doutrina da desconsideração, teria utilizado a expressão *Durchgriff* “... para designar todos os casos em que, com abandono, no caso concreto, do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro, um problema jurídico é decidido como se tal

¹⁷⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante.op. cit.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op. cit., 1999. p.282.

*distinção e separação não existissem.*¹⁸¹

Em sentido restrito, (*Haftungsdurchgriff*, expressão utilizada por Ulrich Drobniç), Klaus Unger define a *Durchgriff*, como:

*"...a possibilidade de a pessoa que sofreu dano em virtude de negócio ou ato jurídico (credor) exercer pretensão não apenas contra a outra parte no negócio ou ato (devedor) mas, também, atendidos determinados pressupostos, contra o fornecedor de capital (terceiro) oculto atrás do devedor."*¹⁸²

Também Ulrich Drobniç que, a exemplo de Rolf Serick, segue a corrente subjetivista, conceituou, em sentido estrito, a expressão *Haftungsdurchgriff* (penetração para fins de responsabilidade) ou *Durchgriffshaftung* (responsabilidade em virtude da penetração), como:

"...a possibilidade que existe de julgar uma sociedade, em um determinado caso, levando em consideração os homens que ela comporta ou os bens que ela comporta ou os bens que ela possui - seu substrato humano ou patrimonial - e considerando de algum modo como

¹⁸¹ SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milamo: Giuffrè, 1966, p. 282.

¹⁸² *ibid.*, p. 282

*transparente a personalidade jurídica da pessoa jurídica...*¹⁸³

Sob o ponto de vista funcional e de uma forma mais ampla E. Rehbinder pontifica que o *Durchgriff* "...é um meio de proteger interesses (em matéria de responsabilidade) não atendidos de credor, de sociedade com base em específicas considerações de justiça."¹⁸⁴

Preleciona Lamartine de Oliveira¹⁸⁵ que o *Durchgriff* foi introduzido na jurisprudência do Tribunal do Reich, na década de 20, cujas decisões iniciais foram sobre matéria de sociedades unipessoais. Cita como exemplos de decisões proferidas pelo Tribunal, as seguintes: "...o juiz deve levar em conta as realidades da vida e o poder dos fatos mais do que as construções jurídicas." e "...quando a participação facticamente imediata apenas se ocultasse por trás das vestes jurídico-negociais, "a coisa deveria prevalecer sobre a forma."

Na década de 30, surge, no cenário da jurisprudência dos tribunais alemães, a referência estabelecida no § 242 do BGB, cujo dispositivo impõe que a prestação de responsabilidade do devedor seja realizada conforme as exigências do princípio da boa-fé¹⁸⁶.

No período nazista, contrário ao 'capital anônimo', diversas decisões concederam a penetração relativamente às sociedades subcapitalizadas (dotadas

¹⁸³ *apud* KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, op. cit., p. 109.

¹⁸⁴ *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op. cit., 1979, p. 284.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op. cit., 1979, p. 284.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op. cit., 1979, p. 285.

de capital insuficiente para seus fins empresariais) e, também, sobre determinados casos de controle acionário de uma pessoa jurídica por outra. Demonstrada a insuficiência de capitais, o entendimento dos tribunais alemães era no sentido de que os sócios pudessem ser responsabilizados pelas dívidas da sociedade¹⁸⁷.

Nos anos subseqüentes à Segunda Grande Guerra, os tribunais passaram a enfrentar a questão da compensabilidade de dívidas que envolviam as empresas criadas pelo Reich para fins de produção de armamento e o próprio Reich. Em virtude desse problema surgiram inúmeras sentenças baseadas na doutrina do *Durchgriff*¹⁸⁸. Em virtude das decisões contraditórias nas instâncias inferiores, o BGH (alto tribunal), afirmou a compensabilidade¹⁸⁹.

Somente a partir de 1950, em face da multiplicidade de decisões fundamentadas na penetração, vislumbram-se os primeiros esforços para a conceituação da teoria e a determinação dos seus pressupostos¹⁹⁰.

Várias teorias sobre o instituto da penetração foram formuladas por diversos autores, classificadas por Reh binder¹⁹¹ em três grandes vertentes doutrinárias:

a) a primeira defende a teoria subjetiva, representada por Rolf Serick e

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 285-286.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 288.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 288.

¹⁹⁰ KOURY, Suzi Elizabeth Cavalcante. op.cit.p.109.

¹⁹¹ *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op. cit., 1979. p. 295-296.

Ulrich Drobnig, tendo como postulados básicos: uma visão unitária da pessoa jurídica, ou seja, as diferentes espécies de pessoa jurídica devem ser tratadas de maneira idêntica no que diz respeito à sua personalidade; a desconsideração deve ter como pressuposto a existência de elemento subjetivo, de modo especial o abuso de direito e a fraude¹⁹².

b) a segunda, inspirada na jurisprudência de interesses, tem como participantes autores como Muller-Freienfels e Martin Wolf, que entendem ser a pessoa jurídica um mero símbolo. Essa vertente, julga "*...estar o problema da penetração basicamente ligado às idéias de ordem pública e de finalidade da norma*"¹⁹³. Para os seguidores dessa corrente, "*havendo conflito entre a norma que distingue a pessoa jurídica da pessoa física e a norma que protege o interesse dos credores, esta deve prevalecer.*"¹⁹⁴

c) a terceira, representada dentre outros autores por Reinhardt e Ertinghagen, reconhece ser a pessoa jurídica um instituto dotado de valor próprio, não incidindo em fórmulas de sabor ficcionista. Reconhece valor próprio ao princípio da separação entre a pessoa jurídica e pessoa-membro. "*A pessoa jurídica é relativizada através de sua subordinação a princípios superiores não-escritos, determináveis, porém, através de pesquisa que leve em conta a função do instituto, os tipos e a estrutura.*"¹⁹⁵ Segundo Marinoni e Lima Junior, a "*...pessoa jurídica estaria adstrita a limites imanentes, cuja transposição*

¹⁹² MARIONI, Luiz Guilherme e LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio de. Prova. op. cit. p. 142.;

¹⁹³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. op. cit., p. 110.

¹⁹⁴ MARIONI, Luiz Guilherme e LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio de. Prova. op. cit. p. 143.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, op. cit., 1979, p. 296.

*configuraria um abuso de direito.*¹⁹⁶

7.2.4 A despersonalização da Pessoa Jurídica no Direito Inglês

Um dos casos de maior repercussão da aplicação da *disregard doctrine*, conforme doutrina Piero Verrucoli, foi o julgamento da contenda Salomon vs. Salomon & Co., acontecido em Londres, no ano de 1897, já discorrido anteriormente no presente trabalho. Conquanto tenha a *House Of Lords* reformado a decisão de instâncias inferiores, que haviam aplicado a desconsideração da personalidade jurídica da Company, objetivando alcançar os bens nela *encobertos*, essa técnica jurisprudencial teve grande desenvolvimento nos Estados Unidos da América, tornando o instituto uma construção jurisprudencial mais norte-americana do que britânica.¹⁹⁷

¹⁹⁶ MARIONI, Luiz Guilherme e LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio de. Prova. op. cit. p. 143.

¹⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. op. cit., 1977, p. 76.

7.2.5 A despersonalização da pessoa jurídica no Direito Italiano

Como nos demais países já citados, o direito italiano igualmente encampou as novas idéias em torno da desconsideração da personalidade jurídica. Duas obras sobre o tema se destacaram: *Il superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capital nella 'Common Law' e nella 'Civil Law'*, de Piero Verrucoli e *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano*, de Nicola Distaso¹⁹⁸.

Piero Verrucoli, após haver analisado as várias manifestações da legislação, da jurisprudência e da doutrina na *common law* e *civil law*, e de forma especial, as sociedades de capitais, realizou um estudo comparativo entre essas duas 'famílias' do Direito, concluindo que:

"...sem nenhuma pretensão de exprimir conceitos novos, mas, mesmo reconhecendo diferenças nos dois sistemas que analisa, crê que alguns princípios gerais já podem ser fixados, alertando, entretanto, que, dado o tratamento insuficiente do tema, tais conclusões não podem ser definitivas."¹⁹⁹

Para esse autor, cinco são as hipóteses de superamento da personalidade

¹⁹⁸ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo; n.528, outubro de 1979.

¹⁹⁹ VERRUCOLI, Pietro. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law"*. Milano: Giuffrè, 1964.

jurídica, em função: 1) da realização direta dos próprios interesses do Estado de natureza tributária ou especificamente política, como no caso de individualização da nacionalidade da sociedade etc.; 2) da repressão de fraude à lei; 3) das repressões das fraudes contratuais; 4) da realização do interesse de terceiros e 5) da realização de interesse dos sócios *uti singuli*.

O trabalho de Distaso, dentre outras preocupações, mostra que o superamento não pode estar dentro dos demais institutos jurídicos de que se tem conhecimento, tais como o negócio indireto e o negócio simulado. Para esse autor o superamento necessita de uma estrutura própria, que teria como fundamentos básicos as noções sobre o abuso e a boa-fé²⁰⁰.

Dentro do direito italiano, não se pode deixar de mencionar, quando se trata do tema da desconsideração da personalidade jurídica, do trabalho desenvolvido por Tullio Ascarelli²⁰¹ sobre o negócio indireto, que nenhuma semelhança tem com o negócio simulado.

Veja-se o que diz Lamartine de Oliveira no resumo que faz da proposta de Ascarelli sobre a distinção dos dois institutos:

"Na simulação, o objetivo da vontade real das partes está em contraste com o que decorre de sua declaração, e a realização do primeiro exclui a do segundo. No negócio indireto, as partes querem

²⁰⁰ CASILLO, João. *op. cit.* p. 32.

²⁰¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 156.

efetivamente o negócio que realizam, e querem submeter-se à sua disposição jurídica. Querem o fim típico do negócio direto, embora para fins ulteriores. O objetivo visado não exclui os efeitos do negócio direto adotado; antes, pressupõe tais efeitos. No negócio indireto, não se esconde dos terceiros (ao contrário da simulação) o escopo último visado, o qual muitas vezes transparece claramente das cláusulas do negócio. O negócio indireto é ilícito apenas quando ilícitos são os fins últimos visados pelas partes. (...) Negócio indireto ilícito ocorre nos casos de negócio em fraude à lei²⁰².”

Diante desse contexto, Tullio Ascarelli²⁰³ só admite a desconsideração em casos nos quais a sociedade, criada através de negócio indireto, é utilizada de forma a fraudar a lei.

²⁰² OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. op.cit. p. 476-477.

²⁰³ ASCARELLI, Túllio. op.cit.

7.3 Violações à concorrência

O critério para distinguir as normas de competição econômica tem como base o conceito de práticas anticompetitivas. As faculdades regulatórias do Estado podem ser preventivas ou sancionadoras, e isso tipifica a essência do direito da competição econômica, que gira em torno de um conceito em vias de construção: o conceito de práticas anticompetitivas.

Trata-se de condutas mercantis ilícitas que atentam contra a determinação ou formação dos preços. Estas ações ou omissões são realizadas por empresas privadas ou públicas com objeto de distorcer os mercados²⁰⁴. As mais significativas são as práticas restritivas (monopólicas e oligopólicas) e as práticas desleais de comércio internacional.

As chamadas práticas anticompetitivas se definem como aquelas condutas mercantis ilícitas realizadas por empresas públicas, locais ou globais, que distorcem os mercados nacionais ou externos através de preços predatórios, discriminados ou subsidiados, ferindo competidores (produtores nacionais ou estrangeiros, prestadores de serviços, agentes econômicos, etc.), consumidores e ao interesse geral.

O direito da competição econômica se conforma através de normas de natureza distinta. Um primeiro item seria composto por normas de competição econômica em sentido estrito (ou antitruste). Um segundo grande item de normas

²⁰⁴ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito antitruste & relações internacionais - extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá. 2001, p. 98.

é composto pela regulação de práticas desleais de comércio internacional. Convergem neste direito da competição econômica a regulação de propriedade intelectual e a regulação sobre direitos dos consumidores.

Pode-se aproximar a uma definição do conceito de antitruste afirmando ser aquele corpo normativo que pune as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante que afetam, em forma atual ou potencial, alguma magnitude representativa do bem-estar econômico da sociedade.

Tal aproximação sem ser incorreta, entretanto, não proporciona uma idéia completa da natureza da análise antitruste, já que não deixa compreender um elemento distintivo e característico de dita análise: o conceito de poder de mercado (sua existência, aquisição, acumulação ou exercício). Pode-se afirmar que o elemento central de que a análise antitruste trata é o de exercício de poder de mercado. Em conseqüência, a investigação que leva a termo a autoridade de defesa da concorrência aponta a elucidar se determinada prática ou conduta implica ou facilita o exercício de poder de mercado²⁰⁵.

Agora, não são todas as condutas que implicam ou facilitam o exercício de poder de mercado que serão sancionáveis, pois isso dependerá de cada legislação de defesa da concorrência em particular.

Os objetivos de política pública atribuídos à legislação de defesa da concorrência ou antitruste não foram uniformes com o passar do tempo e diferem também segundo os países, mas, na atualidade, existe um consenso bastante

²⁰⁵ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. op. cit., p. 111.

generalizado no sentido de que o objetivo último das políticas de defesa da concorrência é proteger uma das seguintes magnitudes representativas do bem-estar econômico da sociedade: o bem-estar do consumidor.

Entende-se o bem-estar do consumidor como a diferença entre a disposição ao pagamento que têm os consumidores pelos bens e serviços, representada através da função de demanda de mercado, e o que verdadeiramente disponibilizam para adquirir ditos bens e serviços.

O bem-estar do produtor define-se como o benefício econômico que as empresas recebem como consequência do funcionamento do mercado, e se entende como a diferença entre os ganhos que os produtores recebem pelos bens e serviços que oferecem, e os custos em que incorrem por oferecer ditos bens e serviços, representados pela área sob a função de oferta. O bem-estar total é a soma do bem-estar dos consumidores e do bem-estar dos produtores que participam do mercado.

A distinção que se faz entre o conceito de poder de mercado e o de seu exercício se explica do seguinte modo: é bastante comum na literatura econômica e na literatura e prática antitruste dizer que uma empresa tem poder de mercado quando a mesma tem a capacidade de elevar de forma rentável o preço de seu produto além do nível competitivo²⁰⁶.

Quer dizer, alude-se à existência de um *Mark-up* do preço sobre alguma referência (*benchmark*) considerada competitiva. A esta situação, seguindo o uso

²⁰⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante.op. cit., p. 69.

tradicional, caracteriza-se como uma em que a empresa tem poder de mercado. É importante esclarecer que o "benchmark competitivo" pode referir-se à outra dimensão distinta do preço, como a qualidade do produto, mas aos fins expositivos sempre se referirá ao preço.

Deve-se observar que a existência de poder de mercado não deve, em si mesmo, resultar o objeto de preocupação da análise antitruste, já que não pode inferir-se nenhuma relação sistemática entre poder de mercado e diminuição do bem-estar econômico da sociedade. A existência de poder de mercado só se refere a um *status* ou situação objetiva, e sua definição prescinde de referência alguma a determinado ato ou conduta.

A definição de exercício de poder de mercado, por outro lado, faz referência à efetiva elevação do preço em forma rentável e perdurável para além do nível que teria em ausência do ato ou conduta.

Observe-se que, neste caso, o "benchmark" competitivo não vem dado pelo preço teórico de concorrência perfeita, ou por algum outro preço considerado competitivo, que pode ser ou não o preço vigente sem a conduta, mas exclusivamente pelo preço em ausência da conduta investigada.

Esta definição implica que toda prática, envolvendo ou facilitando o exercício de poder de mercado, conduz a uma diminuição do excedente do consumidor. Por isso é que, por exemplo, o registro de patente de um produto novo ou original não será considerado como uma conduta que facilita o exercício de poder de mercado, posto que a comparação relevante não implica ser com o

custo marginal ou o hipotético preço de concorrência, mas com a situação em ausência do registro de patente (que provavelmente conduziria à inexistência do produto).

Se a comparação se efetua nesses termos o registro de patente não gera uma diminuição do bem-estar do consumidor, pelo contrário, um aumento. Dir-se-á, não obstante, que a empresa proprietária da patente possui poder de mercado, já que tem a capacidade de elevar em forma rentável o preço do produto para além do nível "competitivo".

A distinção entre poder de mercado e exercício de poder de mercado apresenta-se semelhante à que existe entre monopólio e monopolização, ou posição dominante e abuso de posição dominante. Assim, a preocupação primitiva na análise anticoncorrencial, não é a existência de poder de mercado como tal, mas sim, determinado ato ou conduta implicando ou facilitando o exercício de poder de mercado²⁰⁷.

De acordo com Forgioni²⁰⁸,

As concentrações são classificadas em horizontais, verticais e conglomeradas. Assim como nos acordos horizontais, as concentrações desse tipo envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando, portanto, em direta relação de concorrência. Ao invés, é vertical se os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes,

²⁰⁷ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. op. cit., p. 55;

²⁰⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 2005, p. 89.

a "montante" ou a "jusante", ou seja, concentrados no processo produtivo ou de distribuição do produto

Forgioni²⁰⁹, esclarecendo a questão da concorrência, afirma surgir, no Brasil,

em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869²¹⁰, de 1938, e Decreto-lei 7.666²¹¹, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

As definições de poder de mercado e de exercício de poder de mercado, e a afirmação de que é o exercício de poder de mercado, e não o poder de mercado em si mesmo, a preocupação da legislação de defesa da concorrência, baseia-se na premissa de que não é o objetivo da legislação fazer que os mercados se

²⁰⁹ FORGIONI, Paula A. op.cit., p. 94.

²¹⁰ BRASIL. Decreto -lei nº 869 de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. **Coleção de Leis do Brasil, CLBR**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez.1938.

²¹¹ BRASIL. Decreto lei n. 7666. de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários a ordem moral e econômica. **Coleção de Leis do Brasil, CLBR**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez.1945....

aproximem do ideal de concorrência perfeita, mas sim, tal legislação deve limitar-se a analisar aquelas condutas que, constituindo ou facilitando o exercício de poder de mercado, afetem de forma negativa o bem-estar econômico da sociedade.

Forgioni²¹² define de maneira clara:

O que é, então, concentração econômica: Trata-se de conceito bastante simples, que expressa o aumento de riquezas em poucas mãos. Conseqüentemente, a idéia de concentração relaciona-se com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes que atuam no mercado relevante. É importante ainda relevar que o conceito de concentração foi dado, primeiramente, pela doutrina econômica e se trata de um conceito empírico-factual e não técnico-jurídico.

Quer dizer que aplicação da legislação de defesa da concorrência não é um mecanismo de regulação direta, pois este tipo de mecanismo, em maior ou em menor medida, substitui às forças do mercado com o fim de obter um determinado resultado, como por exemplo, a maior eficiência econômica possível em determinada situação.

Por exercício de poder de mercado, entende-se a efetiva elevação do preço em forma rentável e perdurável por cima do nível que teria em ausência do ato ou conduta. Assim, uma fusão permitirá ou facilitará o exercício de poder de mercado, se previr que o preço será maior com a fusão que sem ela.

²¹² FORGIONI, Paula A. op. cit. São Paulo: RT, 2005, p. 99.

Deste modo, um acordo entre competidores permitirá ou facilitará o exercício de poder de mercado, se o preço se elevar (em forma atual ou potencial) em relação ao que ocorreria sem o acordo.

Um ponto importante a se ter em conta é que a análise antitruste é uma análise de atos ou condutas. Os atos ou condutas que se analisam são aqueles que implicam ou facilitam o exercício de poder de mercado.

De fato, como indica Salop²¹³ a referência competitiva (*competitive benchmark*) adequada para avaliar supostas restrições anticompetitivas (exercício de poder de mercado), no antitruste, é o preço que prevaleceria em ausência da suposta restrição ou conduta anticompetitiva.

Em outras palavras, na análise antitruste, que aponta basicamente a determinar se um ato ou conduta diminui a medida do bem-estar econômico da sociedade, não é necessário indagar em relação ao "verdadeiro" nível competitivo ou do "nível eficiente" do preço, ou do nível do preço em concorrência perfeita, e o que realmente interessa como *benchmark competitivo* é o preço em ausência da conduta²¹⁴.

O exercício de poder de mercado pode apresentar-se em diversos contextos. Assim, é possível, para uma empresa monopólica ou em posição dominante, exercer poder de mercado em forma unilateral, e também é possível que um conjunto de empresas, que em forma independente não poderia ter efeito

²¹³ SALOP, Steven. "The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millenium". Georgetown University Law Center, 1999 Working Papers Series. Disponível em www.ssrn.org, 1999

²¹⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante.op. cit., p. 98.

sobre o mercado e o interesse econômico geral, coordenem (em forma tácita ou explícita) suas ações para exercer poder de mercado.

Também é possível o exercício de poder de mercado por parte de uma só empresa em um contexto de concorrência monopolística com produtos diferenciados. Esta situação se denomina *singre brand market power*, e tem sua origem na existência de clientes cativos (*locked-in customers*) como, por exemplo, aqueles que fizeram um investimento importante em equipamento durável.

O exercício de poder de mercado produz conseqüências tanto sobre o excedente do consumidor como sobre o bem estar total. Em relação ao bem-estar do consumidor, este se vê diminuído com relação ao correspondente à situação competitiva.

Esta diminuição ou perda de bem-estar do consumidor pode-se dividir em duas partes: por um lado, existe uma transferência de ganhos de parte dos consumidores para a empresa ou empresas; por outro lado, se produz uma perda nítida de bem-estar.

7.3.1 Práticas restritivas ou monopólicas

As práticas restritivas são aquelas práticas comerciais cuja finalidade direta é restringir ou eliminar a competição econômica, manipulando o mercado de um

produto ou serviço, linha de produtos ou serviços, ou, uma cadeia produtiva ou inclusive um ramo industrial²¹⁵.

Em sentido estrito, o termo direito da competição econômica é empregado para fazer referência às práticas restritivas ou monopólicas, e esta é a aplicação generalizada que se faz do termo, não só no Brasil mas também em grande parte do mundo.

Este conjunto de normas deve ser fortalecido e aperfeiçoado, já que por detrás da conformação de mercados regionais ou inclusive internacionais, estas se convertem no fator de consolidação para tais negócios.

A regulação sobre práticas restritivas, ou antitruste, surge nos Estados Unidos em finais do século XIX. A partir de então, os Estados Unidos se converteram no principal impulsor deste tipo de regulação. De fato, a maioria das legislações, no mundo, retomam elementos da legislação e precedentes elaborados pelos tribunais deste país, embora o modelo europeu seja também referência importante para a regulação mundial.

7.3.2 Práticas desleais de comércio internacional

Segundo a teoria econômica, no atual contexto internacional, o lucro de uma crescente competitividade e de uma inserção mais dinâmica nos mercados

²¹⁵ CARVALHO, op. cit.,p.117

mundiais se converteu em uma condição indispensável para o crescimento sustentado. Várias são as condições necessárias para isso²¹⁶:

- Mudança de preços relativos favoráveis à exportação e equilíbrio externo;
- Abertura macroeconômica favorável para o investimento e inovação tecnológica;
- Assegurar a disponibilidade de fatores produtivos aos produtores de bens exportáveis.

Para isso se exige uma política de apoio público, ativa e eficaz, para que a abertura se traduza em um crescimento auto-sustentável, que inclui o aperfeiçoamento ou criação dos mercados e instituições necessários para a melhora persistente da produtividade. Podem-se distinguir três vias através das quais as exportações podem contribuir a incrementar o ritmo de crescimento econômico de um país²¹⁷:

1. contribuem a gerar as divisas que todo país requer para alimentar sua expansão econômica;
2. a segunda é a que opera através dos chamados "escalonamentos" que podem ser para trás ou para frente.

²¹⁶ Segundo o enfoque proposto pela CEPAL. apud WACK, P. Cenários : águas desconhecidas à frente. In PORTER; MONTGOMERY **Estratégia**: a busca da vantagem competitiva. São Paulo : Campus, 2000, p.84.

²¹⁷ ARRETICHE, M. – A federação brasileira: crise ou construção? **Revista Teoria & Debate**,v.41, p.21-26maio/junho/julho/99.

Os primeiros se referem à possibilidade de que o desenvolvimento de determinada atividade induza à aparição ou ampliação de fornecedores locais de insumos e bens de capital para dita atividade.

O segundo, pelo contrário, aludem à possibilidade de avançar nos graus de elaboração de incorporação de valor agregado a partir de uma linha de produção existente²¹⁸.

Quanto maiores forem os graus de processamento incorporados pelas exportações, e quanto mais integrada for a cadeia produtiva, maior será o efeito propulsor da atividade econômica que geram as vendas ao exterior.

Os escalonamentos representam um potencial cuja materialização não está assegurada, pelo que existe aqui, um âmbito de ação para as políticas públicas.

3. a terceira via através da qual as exportações podem influir sobre o ritmo de crescimento está associada a seu maior contato com a economia internacional e às exigências de competitividade que têm as atividades exportadoras. Isso pode não só implicar um uso mais eficiente dos recursos disponíveis, mas também induzir a altas taxas de produtividade nas demais atividades da economia.

A liberalização é um instrumento que levaria a melhorar a produtividade, reduzindo a ineficiência ao incorporar novas tecnologias e ao aumentar a especialização. Em situações extremas, os produtores que não se adaptassem à competitividade estrangeira se veriam deslocados do mercado. Os recursos que

²¹⁸ ARRETCHE, op. cit., p.119

estes liberassem seriam absorvidos principalmente na produção de itens exportáveis.

As exportações são incentivadas, em forma indireta, pela via do barateamento e ampliação do espectro de insumos importáveis aos que podem acessar e à eventual queda da moeda nacional que a liberalização das importações tenderia a gerar no mercado cambiário. O resultado depende de:

1. o ponto de partida;
2. as políticas econômicas que se adotem;
3. cenário externo que enfrentem²¹⁹.

A situação ótima é aquela na qual ao empresário tem o tempo necessário para efetuar a reestruturação, mas somente o estritamente necessário, para pressionar efetivamente o incremento da produtividade. Uma reforma bem-sucedida requer que o efeito nítido da mudança nos incentivos signifique impulsos positivos para a produção de itens transáveis.

A combinação das mudanças nos preços relativos, sua credibilidade e o contexto macro no qual se desenvolve a reforma, define se os impulsos à atribuição de recursos são predominantemente positivos ou negativos. Isto é, se se expor à competitividade é benéfico ou destrutivo durante todo o processo de ajuste.

²¹⁹ CANO, W. **Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil: 1930-1970**. São Paulo: Global, 1995, p.89.

As práticas desleais de comércio internacional são condutas mercantis que afetam a competição econômica leal entre empresas e territórios alfandegários distintos, e por meio das quais se busca a captura de mercados com produtos e serviços a preços artificialmente competitivos²²⁰.

As práticas desleais de comércio internacional reguladas mundialmente são o *dumping* e as subvenções, as quais consistem essencialmente na introdução de mercadorias em um país a preços artificialmente baixos e são sancionadas quando produzirem um dano (ou ameacem produzi-lo) à produção nacional.

No âmbito mundial existe a tendência generalizada de denominar Direito e política de competição econômica à regulação e à política relativa a práticas restritivas, quer dizer, restrições monopólicas –antitruste –, situação fomentada pela Organização Mundial do Comércio, a OCDE e o projeto Alca.

No âmbito de processos de integração avançados (por exemplo a União Européia), a aplicação de regulação relativa a práticas desleais se exclui entre os países membros, toda vez que ao conformar um só mercado, o comércio entre Estados tem mais características de comércio interno que de comércio internacional.

Para o exterior se conservam disposições de amparo contra este tipo de condutas, mas internamente fortalecem-se as regulações de competição econômica em sentido estrito (práticas restritivas ou antitruste).

²²⁰ CARVALHO, op. cit.,p.117

Pode-se afirmar que esta regulação, em consequência, tenderá a desaparecer depois da consolidação de processos de integração regionais, já que no fundo têm uma natureza protecionista e impedem o desenvolvimento de processos de integração mais avançados.

Esta tendência é a que, entre outros fatores, nos permite construir conceitualmente um direito de competição econômica amplo e operativo em contextos da globalização atual.

7.3.3 Práticas anticompetitivas por violação a normas de amparo à propriedade intelectual

As novas tecnologias ajudam a elaborar produtos a menor custo ou similar, mas de melhor qualidade, situação que permite a seu titular obter um ganho extraordinário vendendo ao mesmo preço que a concorrência, ou ampliar significativamente as vendas, ofertando por um preço menor.

A tecnologia tem repercussões positivas na competitividade, pela qual deve ser fomentada e estimulada a efeito de poder competir nos mercados internacionais.

Como se comentou, em um cenário de competição econômica perfeita, a existência de informação completa e gratuita é uma das características; em outras palavras, não existe nenhuma restrição quanto ao conhecimento e aplicação das novas tecnologias. No mundo real, a inovação tecnológica é protegida mediante

direitos de propriedade intelectual que garantem a exclusividade no uso da mesma, por um tempo determinado.

Varela²²¹ sustenta que a propriedade intelectual é um composto de duas coisas. Primeiro, idéias, invenções e expressão criativa. São essencialmente o resultado da atividade privada. Segundo, a disposição pública a outorgar o caráter de propriedade a essas invenções e expressões. Invenção e expressão criativas, somadas, resultam igual à propriedade intelectual.

Adiciona o autor, que alguns consideram que é redundante assinalar Direito e Propriedade, já que toda propriedade lhe outorga o direito que está implícito, mas, reflete a falta de outro termo coletivo conveniente para designar as idéias, invenções e expressões criativas que dão lugar ao conceito de propriedade intelectual quando recebem amparo público, embora o correto deveria ser chamar-lhe produtos da mente.

Para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a propriedade intelectual é uma classe de propriedade diferente à mobiliária e imobiliária, é a criação do engenho humano, do intelecto do homem. É um ramo do Direito que contém as normas que brindam amparo à criação intelectual do homem.

Em 1967, a OMPI assinalava que a propriedade intelectual se divide em dois ramos: a propriedade industrial e o direito autoral.

²²¹ VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual de setores emergentes**: biotecnologia, fármacos e informática. São Paulo: Atlas, 1996, p.49.

A) Propriedade Industrial: Faculdade que corresponde a toda pessoa natural ou jurídica que desenvolve uma atividade no âmbito industrial ou comercial, cujas normas abrangem:

1. O Direito industrial de natureza criativa

- Invenções
- Desenhos e modelos industriais
- Descobertas científicas

2. O direito industrial de natureza identificativa

- Marcas de fábrica, de comércio e de serviço
- Nomes comerciais
- Denominações de origem
- Segredos industriais
- Direito industrial
- Sobre a competitividade desleal, normas que sancionam o dolo e a fraude.

B) O Direito e Autor

1. Obras literárias, artísticas e científicas

- Direitos conexos (direitos dos artistas, intérpretes ou, dos produtores de fonogramas e os órgãos de radiodifusão).

À guisa de síntese, Sherwood²²² classifica-os:

- Produtos, processos: patente, segredos comerciais, variedades vegetais.

- Arte, ciência: Direitos de autor

- Nomes: Marcas, denominações de origem

- Formas, aparências: projetos

O amparo à propriedade intelectual se rege pelas normas estabelecidas no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC) da OMC, as mesmas que se apóiam os Convênios de Paris e da Berna. Como parte das relações comerciais multilaterais da OMC; o descumprimento de qualquer das obrigações de dito acordo ou a aplicação de uma medida contrária ao acordo, que lese os interesses de outro Estado Membro, pode dar lugar à aplicação de medidas pelo equivalente aos danos e prejuízos sofridos pelo membro demandante.

E por que se deve dar amparo à propriedade intelectual? Sherwood²²³, sustenta que a este respeito surgem algumas teorias:

²²² SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992, p. 68.

a) A teoria da recompensa: O criador ou inventor do que vai ser protegido deve ser recompensado por seu esforço, honrado publicamente e reconhecer seu ganho.

b) A teoria da recuperação: Todo esforço, gasto de dinheiro e uso de tempo, deve ser recuperado.

c) A teoria da invenção: É benéfico atrair esforços e recursos ao trabalho e desenvolvimento da criatividade, a descoberta e a invenção. É mister o incentivo para assegurar a atividade criativa futura. Com o trabalho de ontem, é importante financiar as invenções e trabalhos do amanhã. Deve-se assegurar uma corrente ou fluxo de resultados.

d) A teoria do benefício público: O amparo ao amparo intelectual é uma ferramenta de desenvolvimento econômico, portanto, estimula o crescimento econômico, e a taxa social de retorno.

Por muito tempo, manteve-se o debate sobre a denominação relacionada ao direito autoral ou propriedade intelectual. Mouchet e Radaelli, sustentavam no ano 1953²²⁴, que

as noções que os juristas e os legisladores têm ao respeito são ainda confusas e contraditórias. As vacilações se revelam, em primeiro termo, na

²²³ SHERWOOD, op. cit.,p.125

²²⁴ Apud PAESANI, Minardi Liliana. **Direito de informática**: comercialização e desenvolvimento internacional do Software. São Paulo: Atlas, 1999, p.77.

terminologia empregada, ainda assim que definida e uniforme. "Propriedade intelectual", "direitos de autor", "direito autoral", "propriedade científica, artística e literária", "direito de cópia" (copirraite, copyright) e "direitos intelectuais".

Seguindo a definição de Paesani²²⁵, assumimos o termo direito autoral ou direitos intelectuais; como tal, consignamos as diferentes definições dadas pelos tratadistas do tema:

os direitos intelectuais concernem a todas as produções do engenho humano nos campos literário, cientista ou criativo e artístico; enquanto que os de autor compreendem exclusivamente as produções criativas nos campos literário e artístico, considerando as produções científicas ou criatividades, unicamente em sua forma literária ou gráfica, e não em conteúdo ideológico, nem em seu aproveitamento industrial que tem toda pessoa sobre a obra que produz; e especialmente, que corresponde por razão das obras literárias, artísticas, científicas, técnicas, para dispor delas por todos os meios que as leis autorizam.

Aquele meramente pessoal sobre os produtos da inteligência; como o direito autoral e a patente de invenção, que para sua efetividade estão submetidos a registro e, por sua expressão econômica são suscetíveis de transmissão.

²²⁵ PAESANI, Minardi Liliana.op.cit., p. 65.

Historicamente a definição data do século XVIII, quando em 1793, a Lei Francesa definia ao direito autoral como: "A mais sagrada, a mais inviolável e mais pessoal de todas as formas de propriedade". Em 1789, o Congresso de Massachusetts assinalava: "Não existe propriedade mais peculiar para o homem que a que é produto da obra de sua mente".

O autor tem a faculdade de exigir à sociedade, que recebe o benefício de sua criação, o respeito a seu direito e uma justa retribuição econômica. O Estado tutela os direitos intelectuais sobre as obras de caráter literário, artístico, científico e industrial; em suma, toda a produção da mente em suas diversas manifestações, sob a condição que tenham originalidade. Amparo que é automático; basta o ato de criação expressa em um meio tangível, sem exigir nenhuma formalidade prévia.

O amparo ao "direito autoral" se manifesta sob dois aspectos: um, referido ao amparo dos direitos em relação às obras literárias e artísticas, materializadas em uma obra concreta (livro, pintura, fotografia, etc.) e o outro, faz-se extensivo ao amparo dos direitos conexos, aqueles que correspondem aos artistas, interprete ou executantes, produtores de fonogramas e os organismos de rádio difusão.

É importante analisar as repercussões que estas normas podem gerar em um futuro próximo, já que permitem a geração temporária de monopólios, situação que se justifica em determinados casos, como os estabelecidos em acordos internacionais relacionados à propriedade intelectual.

É mister assinalar que a conflito entre competição econômica e direitos exclusivos que se outorgam ao titular da propriedade intelectual, é assunto não resolvido em nível da OCDE, e mesmo dentro da OMC.

A idéia de produção de invenções industriais, porém, começou a tomar forma a partir da chamada segunda Revolução Industrial, período em que alguns desenvolvimentos tecnológicos passaram a distinguir determinadas empresas. Máquinas, equipamentos, motores, enfim, um conjunto de soluções mecânicas que aumentava a produtividade, rapidamente se difundia entre várias empresas, e, portanto, igualavam a capacidade de produção de várias indústrias. De início, esse tipo de comportamento fazia parte de uma estratégia dos vários estados nacionais de desenvolvimento de seus parques industriais – processo que acabou dominado por França, Inglaterra e, em menor escala, Alemanha e Itália.

Dentro de uma lógica econômica, só fazia sentido o desenvolvimento de leis de proteção a produtos, quando esse degrau econômico – a homogeneização industrial de determinado país – estivesse concluído. Em uma estrutura de competitividade entre Estados Nacionais, era a defesa das inovações tecnológicas de determinado país que importava preservar; alguns casos de “traição nacional” envolvendo a troca de conhecimentos de produção industriais chegaram a ser aventados, especialmente na França, no período que antecedeu à Primeira Guerra Mundial²²⁶.

²²⁶ TRINDADE, A. Cançado Trindade. **A proteção internacional dos direitos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 88.

Em 1967, a Organização das Nações Unidas criou um órgão autônomo pressionado pela crescente globalização da economia que demandava a proteção aos produtos que se disseminavam em mercados internacionais: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

As patentes, elemento fulcral deste texto, têm os direitos englobados pela convenção da OMPI. Segundo o documento, as patentes definem-se dentro do contexto de propriedade intelectual, como os

*direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico*²²⁷.

A existência da OMPI permitiu um elemento importante dentro da legislação, qual seja, a internacionalização da definição que, por questões econômicas, necessitava de uma proteção com ampla abrangência. Se não há dúvidas de que são os fatores comerciais que impuseram a criação da OMPI e desta definição de Propriedade Intelectual, o aspecto jurídico desta relação não

²²⁷ Apud URTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 44.

pode ser desprezado: afinal, deve regulamentar um conjunto de normas que será cumprida internacionalmente. Poucas são as legislações que o comércio internacional mais busca defender.

De qualquer forma, apesar da importância e do grau de interesse que o tema provoca, não há a estruturação das normas jurídicas a que todos os países concordem. De uma forma geral, pode-se afirmar que o direito internacional tende a regulamentar uma lei global, ignorando e superando as legislações locais.

7.4 Práticas anticompetitivas que afetam aos consumidores

7.4.1 As relações de consumo e o direito

Foi com o advento da Constituição de 1988²²⁸ que se estabeleceu a necessidade de criar um ordenamento jurídico que fosse especificamente dirigido para as questões do consumo. Os constituintes aprofundaram esta questão, estabelecendo a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais, bem como entre os princípios da Ordem Econômica. Confirmam-se os dispositivos constitucionais:

Segundo o Artigo 5º, inciso XXXII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

²²⁸ BRASIL. Constituição Federal. op. cit.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos seguintes termos:

- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

E, conforme o artigo 24, inciso VIII:

competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ainda, no Artigo 150, parágrafo 5º:

a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

No artigo 170, inciso V assim aparece:

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:

- defesa do consumidor.

Conforme texto do artigo 175, parágrafo único:

A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Ainda de acordo com o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Se para Cretella Jr²²⁹. a defesa do consumidor não pode ser considerada princípio constitucional – tendo em vista, segundo o autor que

a defesa do consumidor é tomada de posição, mas não se alça à categoria de princípio, na acepção em que este termo é tomado,

²²⁹ CRETELLA JR, José et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 89.

para Comparato²³⁰, por outro lado, a defesa do consumidor tornou-se, efetivamente, princípio Constitucional. Segundo o autor,

não há porque distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170.

Quer isto dizer que o legislador, p. ex., não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego; nem inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor.

O mesmo se diga do Judiciário, na solução de litígios interindividuais, à luz do sistema constitucional.

A posição de Comparato é defendida por Silva²³¹, ao esclarecer que entre os princípios constitucionais encontram-se aqueles que regulam a organização econômica e social.

José Afonso Silva, afirma,

os princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e

²³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **CJF – Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>>.

²³¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

sociais, busca do pleno emprego – são da mesma natureza [constitucional].

Apenas esses princípios preordenam-se e não que harmonizar-se em vista do princípio-fim que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna.

7.4.2 O Direito Concorrencial e os consumidores

No mercado, a competição econômica entre empresas se dá fundamentalmente com base nos preços (caso das práticas monopólicas e desleais), e para a diminuição dos mesmos a inovação tecnológica resulta um fator determinante não só para poder competir, mas também para sobreviver.

Existe outro elemento fundamental através do qual se desenvolve a competição econômica: a publicidade e marketing.

Mediante a publicidade se busca influir de modo determinante nos gostos e preferências dos consumidores, os quais estão dispostos a adquirir um bem, inclusive a um preço mais elevado que o de outros produtos similares, em função de uma marca, ou nome comercial.

Nessa luta por se apropriar de maior parte do mercado, através da influência nos gostos e preferências dos clientes, pode-se incorrer em abusos que prejudiquem aos consumidores, já que por não contar com informação completa,

estes podem adquirir bens ou serviços cujas características não sejam as que a publicidade indica.

Incluir a regulação de amparo ao consumidor dentro do direito de competição econômica obedece a diversas razões²³²:

a) Os consumidores são os agentes que sofrem as conseqüências de todas as práticas anticompetitivas (práticas restritivas, desleais e violações às normas de amparo à propriedade intelectual).

Em um sistema de economia de mercado todos são consumidores, inclusive o governo e as empresas; entretanto o são em diferentes etapas do processo produtivo. As normas de amparo aos consumidores fazem referência geralmente só ao consumidor final.

b) A disponibilidade de informação e a veracidade da mesma são dois fatores que podem gerar danos nos consumidores ao induzi-los a adquirir bens ou serviços diversos aos que lhes foram oferecidos.

c) A ocultação de componentes, insumos, e em geral da denominada informação comercial, conteúdo, data de validade, etc., pode outorgar vantagens ilícitas a determinados agentes econômicos, constituindo práticas anticompetitivas que não só danificam a competição econômica com relação aos consumidores em geral.

²³² PAULO NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. A responsabilidade civil nas relações de consumo. **Jus Navigandi**, jun, 2003. Disponível em: <<http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=893>>. Acessado em 16.06.2006.

O amparo aos consumidores tem como objeto evitar que estes sofram as conseqüências de práticas anticompetitivas; de fato, o objetivo último da política e legislação de competição econômica é sempre o efeito nos consumidores. O bem-estar dos consumidores se reflete através de maior variedade, melhor qualidade e preços baixos.

Neste sentido o desejável é que os consumidores não paguem nem mais nem menos do que o custo adequado dos produtos e serviços. Em teoria, o bem-estar individual se define mediante a avaliação por parte do indivíduo de sua própria satisfação, tendo em conta sua renda e o nível de preços dos bens e serviços.

É necessário contar com um marco legislativo adequado para proteger os consumidores contra certas práticas anticompetitivas que aumentam os preços e reduzem a produção, para evitar que os consumidores sejam vítimas de ações inadequadas influenciadoras, pejorativamente, ao mercado.

7.5 Legislação econômica e a atuação do CADE

Com o surgimento da Constituição de 1988²³³, ocorre a formalização e categorização dos princípios da atividade econômica, conforme disposto no artigo 170:

²³³ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. op. cit.

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;

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.

Em 1990, com o surgimento do Decreto 99.244²³⁴, é criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico. A esta secretaria fica incumbida a tarefa de

²³⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 99244 de 10 de maio de 1990. Dispõe sobre a reorganização e funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 maio 1990.

resguardar os direitos do consumidor, por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Neste mesmo ano, são criminalmente tipificadas aquelas condutas consideradas contrárias à ordem econômica. Isto acontece com o surgimento da Lei 8.137/90²³⁵. Com a Lei 8.158/91²³⁶ foram instituídas normas que defendiam a livre concorrência. Em 1994, surge a Lei 8.884/94²³⁷, a denominada Lei antitruste. Dentre outras características, esta lei organiza, define e regulamenta as atividades específicas do CADE, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça). Estes órgãos, em conjunto, passam a compor o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Segundo Marins²³⁸

diante do panorama legislativo atual no Brasil, temos que a proteção da concorrência, em cotejo com a livre iniciativa, atinge a dois espectros diversos, quais sejam: a concorrência desleal; e o abuso de poder econômico (infração à ordem econômica). A primeira se dá, em âmbito civil e penal, envolvendo, senão somente,

²³⁵ BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

²³⁶ BRASIL. Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991. Lei Antitruste II - Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 jan. 1991.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Lei Antitruste - Transforma o conselho administrativo de defesa econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jun. 1994.

²³⁸ MARINS, Vinicius. Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.161, 14 dez. 2003. <Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>

preponderantemente o interesse do empresário. Já na segunda hipótese, que além do âmbito civil e penal envolve a seara administrativa, há o interesse da sociedade em geral, extrapolando o interesse específico do empresário. A própria lei 8.884/94, já no parágrafo único do artigo 1º, já acentua que os bens jurídicos protegidos naquele texto são de titularidade de toda a coletividade.

7.5.1 A atuação do CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado pela lei 8.884/94²³⁹ e vinculado ao Ministério da Justiça, desempenha um papel importante no que se refere à prevenção do abuso de poder econômico e defesa da concorrência.

Caracteriza-se como uma autarquia, ou seja, pessoa jurídica de direito público interno administrativo. Ao CADE cabem as funções de processar e julgar ocorrências de possíveis infrações à ordem econômica nacional. Tem poderes para determinar ações para cessar a infração identificada.

O artigo 18 da lei assim se apresenta:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso

²³⁹ BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. op. cit.

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.

De outro giro, o artigo 54 da mencionada lei, assim dispõe:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Segundo Klajmic²⁴⁰ a atividade do CADE pode ser resumida por meio das ações tomadas aos atos que lhes são apresentados. As ações podem ser de quatro ordens, a saber:(1998, p.90) oportunamente resume a avaliação realizada pelo CADE dizendo que:

- a) considerar que um ato apresentado não é restritivo à concorrência;
- b) considerá-lo não restritivo à concorrência, mas de submissão obrigatória pelos parâmetros legais do §3º²⁴¹;
- c) restritivo à concorrência, e portanto, não autorizáveis;
- d) restritivos à concorrência, e autorizáveis sob determinadas condições.

É importante destacar que o sistema de controle geralmente ocorre após a celebração do negócio, quando então passa a ser apreciado pelos órgãos governamentais. Estes, neste caso, sob os cuidados da legislação em vigor,

²⁴⁰ KLAJMIC. Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico.**, Brasília,v.27, 1998, p.62.

²⁴¹ Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

passam a analisar e avaliar a sua validade, podendo suspendê-lo e adotar medidas preventivas ou compromissos de desempenho. Tal atuação, por sua vez, poderá ocasionar problemas dentro da própria concorrência e mesmo em consumidores, trabalhadores e credores.

Como afirma Marins²⁴²

Assim, uma dada operação de fusão ou incorporação pode ser levada a cabo sem prévia comunicação ao CADE, e somente após a realização do ato, vir a ser instaurado o devido procedimento administrativo, e a partir daí, dependendo do caso, serem adotadas medidas de cunho cautelar que em alguns casos pode inviabilizar o negócio. Este duplo momento em que é possível a apreciação é objeto de críticas à legislação antitruste brasileira, segundo as quais, a ausência da necessária aprovação prévia dificulta a proteção da concorrência, posto que invariavelmente se abre a possibilidade de se concretizar o dano para somente depois vetar a operação.

7.6 A despersonalização da personalidade jurídica na preservação da concorrência econômica

Segundo Couto Silva²⁴³, sobre a despersonalização da pessoa jurídica

²⁴² MARINS, op.cit.,p.135

²⁴³ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 2000, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

somente será aplicado às sociedades anônimas e as de responsabilidade limitada. As outras sociedades que apesar de apresentarem responsabilidade limitada para alguns sócios, aqueles que exercem a gerência, terão sempre a responsabilidade ilimitada.

É importante destacar o fato de que, mesmos os sócios com responsabilidade limitada nas sociedades mistas, poderão sofrer a desconsideração, quando por parte deles, de algum modo houver sido praticada a fraude ou abuso de direito.

7.6.1 A fraude

Segundo a doutrina, a fraude

consiste na realização de um ou vários atos que originam um resultado contrário a uma norma jurídica, e ao ou aos que se amparou em outra norma ditada com distinta finalidade, obtendo com isso um propósito ou obtendo um benefício que, ao ter submetido sua conduta diretamente à norma evitada, não teria podido obter, por encontrar-se proibido pelo ordenamento jurídico²⁴⁴.

Sustenta-se que os requisitos para que proceda a fraude à lei são: que o ato em questão suponha a violação efetiva de uma lei; que a lei em que se

²⁴⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 8. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996., p. 67.

ampara (lei de cobertura) não o proteja, porque seu fim seja outro e; a existência do propósito do agente de burlar a lei.

Os motivos pelos quais se pode utilizar este instituto são variados, mas todos eles suportam uma ilicitude intrínseca, porquanto pretende-se violar uma norma proibitiva ou imperativa.

Assim, por exemplo, se uma pessoa criar uma sociedade com o fim único de construir um monopólio sobre determinado produto ou prestação de serviço, está incorrendo em uma fraude.

Com relação à ligação entre a fraude e pessoas jurídicas, Coelho²⁴⁵ afirma que:

a autonomia da pessoa jurídica, a despeito de sua fundamental importância no regime capitalista, pode dar ensejo à realização de fraudes contra a lei, o contrato ou credores. Ocultando-se atrás da personalidade jurídica de uma sociedade, associação ou fundação, pode por vezes o devedor frustrar a efetivação de sua responsabilidade ou, de qualquer forma, lesar os interesses legítimos do credor. A fraude perpetrada com o uso da autonomia patrimonial de pessoa jurídica, em geral, resulta em imputar-lhe responsabilidade de um ato ou de atos praticados em seu nome apenas com o objetivo de ocultar uma ilicitude.

²⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.72.

Desta maneira, o uso da personalidade jurídica com objetivos de distorcer a concorrência econômica, não pode, assim, ser mantido pelo Poder Judiciário. Se for demonstrada, de forma clara, a presença da fraude, o magistrado aplicará a despersonalização sob o risco de estar acobertando a injustiça.

7.6.2 O abuso de direito

A maioria dos autores nacionais subentende o abuso de direito em relação ao ordenamento jurídico, além disso, nossa jurisprudência também recepciona esta instituição.

A teoria do abuso de direito foi adotada pelo Código Civil de 2002²⁴⁶ em seu artigo 187, que prescreve:

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

Requião²⁴⁷ afirma que

o abuso do direito consiste, então, em exceder o interesse juridicamente protegido pelo direito positivo ao instituir-se a norma que o consagra.

²⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. op.cit.

²⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002

Stajn²⁴⁸ ainda complementa que, neste sentido, a jurisprudência tem sustentado que

o abuso do direito se apresenta quando o titular de um direito subjetivo o exerce conscientemente com o propósito de inferir dano ao devedor, excedendo do “interesse jurídico” protegido pela norma

Assinala, ainda, que devem concorrer três requisitos para a sua existência: a consciência de causar um prejuízo ao credor; obrar à margem do interesse jurídico protegido com o propósito de obter um benefício não legitimado pelo direito, e o prejuízo patrimonial que deriva deste fato.

Por isso, quando uma pessoa natural decide constituir uma sociedade para esconder-se sob o manto corporativo, e dessa forma escapar de seus credores pessoais, estará cometendo abuso do Direito aplicável igualmente sobre os crimes à concorrência.

Contudo se produz um problema ao atacar a conduta abusiva com esta instituição, pois os requisitos que exigem a doutrina e a jurisprudência são de difícil prova, além disso, não existe uma sanção única para o caso de abuso do direito, já que as matérias tipificadas em nossa legislação estabelecem sanções específicas para ditos casos²⁴⁹.

²⁴⁸ SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 762, p. 81-97, abr. 1999

²⁴⁹ REQUIÃO, op. cit., p.140

7.6.3 Instrumentos Processuais à Efetividade

Nosso ordenamento jurídico apresenta uma série de instrumentos processuais, manejáveis ora pelo cidadão, pessoa natural, ora por entidades as mais diversas, pessoas jurídicas, etc., que se prestam à concretização de direitos constitucionais ou infraconstitucionais — individuais, coletivos, difusos, individuais - homogêneos, etc. — assegurados pela norma.

Diga-se, por oportuno, que a proteção de direitos coletivos e difusos é, hoje, tema central no debate jurídico. Atualmente, são defensáveis tanto os interesses e direitos de um grupo de indivíduos que se pode determinar, ligados entre si por elemento comum; ex.: profissionais de uma mesma área — associados em entidade profissional —, empresas de uma região ou área econômica — organizadas em entidade representativa —, alunos ou pais de alunos de uma instituição de ensino, condôminos, etc.; como também interesses e direitos que dizem respeito a um conjunto não-enumerável de indivíduos – não-identificados ou identificáveis -, como a "sociedade, os moradores de uma região, os consumidores de um certo produto. Entretanto, como bem observou MAMEDE, "infelizmente, no Brasil, não se consolidou ainda uma legislação, e muito menos uma tradição judiciária adequadas a uma ampla defesa de interesses e direitos dessa natureza (uma lamentável falta de amplitude democrática)²⁵⁰."

Apesar dos inegáveis avanços operados por nossa "Constituição-cidadã", os operadores do direito ainda se mostram um pouco tímidos no uso daqueles instrumentos, verdadeiros "remédios" processuais adequados a uma sociedade

²⁵⁰ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 185.

"doente". Um exemplo comumente citado entre os autores, denunciando a referida "pusilanimidade" é o do Mandado de Injunção — art. 5º, LXXI, da Carta Política de 1.988 — que, apesar de sua nobre missão de fazer com que a ausência de normas regulamentadoras não impeça a aplicação de normas constitucionais, tem o condão de, tão somente, "constituir em mora" o legislador.

Por outro lado, nem mesmo as entidades associativas deixaram de ser alcançadas pelas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, vez que podem postular com maior autonomia junto aos órgãos de poder. Dessa maneira, busca-se a consolidação de um Estado Democrático de Direito. MAMEDE, com muita lucidez, faz a seguinte ponderação:

"A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXI) avançou ao permitir que as entidades associativas pudessem buscar a defesa dos direitos de seus membros, judicial ou extrajudicialmente. O texto da norma, contudo, refere-se à necessidade de 'autorização expressa' dos membros, o que, em conjunto com a disposição do inciso XX, do mesmo art. 5º (prevendo que 'ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado'), tem sido utilizado como argumento para limitar o âmbito de atuação das associações. O argumento impeditivo deve ser analisado com seriedade, mas, principalmente, com razoabilidade, certo que em inúmeras situações esta autorização chega a se presumir (ex.: associação de pais e mestres em procedimentos que dizem respeito à administração de unidade escolar, preço de mensalidade, prestação de contas; associações de aposentados, em procedimentos que visem a melhoria de pecúlios ou serviços assistenciais, etc). Sem este bom senso na interpretação do dispositivo constitucional, fugir-se-á aos fins visados pela norma,

um inegável retrocesso na busca da consolidação de um Estado Democrático de Direito²⁵¹."

Os direitos difusos, a seu turno, também não estão "órfãos" de proteção legal. Esta se dá por meio da ação civil pública (Lei nº 7.347/85)²⁵², que pode ser manejada, inclusive, por fundações e associações, sendo que estas últimas devem estar constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e incluíam entre suas finalidades institucionais a proteção do interesse cogitado no caso concreto.

A ação popular — art. 5º, LXXIII da Carta Magna de 1988 e Lei nº 4.717/65²⁵³ — é um instrumento constitucional apto a combater atos ilegais ou imorais lesivos ao patrimônio público tomado este em sentido amplo. Dada sua importância, a referida ação pode ser proposta por qualquer cidadão, entendido este, segundo MORAES, como o "brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos²⁵⁴". É de se notar também que, apenas no caso de comprovada má-fé, arcará o autor com as custas judiciais e com o ônus da sucumbência. Facilitou-se, dessa forma, o seu manejo.

²⁵¹ MAMEDE, Gladston. Op. cit., pg. 189.

²⁵² BRASIL. Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico(vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 julho 1985.

²⁵³ BRASIL. Lei nº 4717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 julho 1965.

²⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 182.

Ao lado do Mandado de Segurança, previsto no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988 e disciplinado pela Lei nº 1.533/51²⁵⁵, que é "a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder"; existe, ainda, o Mandado de Segurança Coletivo, que pode ser manejado também, em se verificando as mesmas causas justificadoras, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Como se pode observar, o interesse que tais organizações podem defender através do Mandado de Segurança Coletivo é restrito, já que há de se referir à classe ou categoria de pessoas que a congregam. Mesmo assim, o referido instrumento não deixa de ser uma "conquista" presente no ordenamento jurídico brasileiro.

No plano dos direitos individuais existe o *habeas corpus*, instrumento que se presta à tutela da liberdade de locomoção, previsto no art. 5º, LXVIII de nossa Lei Maior. O referido remédio constitucional adquire, neste trabalho, importância secundária, motivo pelo qual se optou pela abstenção do aprofundamento de seu estudo.

²⁵⁵ BRASIL. Lei nº 1533 de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do código do processo civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1951.

A Constituição Federal de 1988 nos brindou, também em seu art. 5º, LXXII, com uma nova ação que se chama *habeas data*, que segundo MORAES, pode ser definida "como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação."²⁵⁶

Outro aspecto está a merecer comentário no bojo deste estudo, qual seja o pertinente ao direito consumerista. A Lei nº 8.078/90²⁵⁷, que dispõe sobre a proteção do consumidor, estabelece em seu art. 81 que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser feita em juízo individual, ou coletivamente. Seus incisos – I, II e III - se encarregam de pormenorizada disciplina, que aqui se simplificará.

A defesa coletiva terá lugar quando forem violados interesses ou direitos difusos (os transindividuais indivisíveis, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato), interesses ou direitos coletivos (os transindividuais indivisíveis, cujo titular seja grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte ré através de uma relação jurídica de base) e ainda de interesses ou direitos individuais homogêneos que decorram de origem comum.

Observam-se aspectos importantes aqui. Primeiramente, são tutelados direitos e também "interesses" — não apenas "direitos óbvios" e, por outro lado,

²⁵⁶ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. op. cit.

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. op. cit

reconhece-se a titularidade desses mesmos interesses ou direitos não apenas ao indivíduo, mas também a grupos, classes e categorias.

Por outro lado, o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor confirma o que foi dito ao atribuir legitimidade ativa concorrente para o manejo de ações visando à proteção do consumidor a diversos entes, inclusive — inciso IV — às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, e que incluam entre seus fins institucionais a defesa daqueles interesses e direitos mencionados acima, dispensando mesmo qualquer autorização assemblear para referida postulação.

É possível, pois, com fulcro no diploma consumerista, promover ações coletivas de responsabilidade civil por danos individualmente sofridos e ainda ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Os artigos 91 e seguintes se encarregarão da disciplina das mesmas.

Fica, pois, ao final do presente tópico, a idéia de que instituições, as mais diversas, desde que tenham como um de seus fins a defesa dos direitos e interesses mencionados ao longo desta exposição, a possibilidade de se insurgirem, a fim de serem respeitadas a Constituição e as leis. Busca-se, assim, a efetividade, ou seja, que o direito posto seja, de fato, o direito vivido.

8 CONCLUSÕES

Assim, tendo estudado o Direito Concorrencial Brasileiro e a aplicação da despersonalização e/ou desconsideração da personalidade jurídica, pode-se concluir que:

De inspiração inglesa (séc. XIX), a Despersonalização da Personalidade Jurídica foi incluída no artigo 2º, parágrafo 2º, da CLT. No século passado (década de 60), o Prof. Rubens Requião tratou especificamente do tema²⁵⁸;

A teoria da despersonalização da personalidade jurídica, ou seja, a *Disregard Doctrine*, não objetiva a extinção do instituto da pessoa jurídica²⁵⁹, de fundamental importância para o desenvolvimento social, desde que legitimamente utilizada;

A inspiração era a de inibir que pessoas continuassem usando empresas como “biombos”, assumindo obrigações superiores ao poder econômico pessoal, na certeza de que as responsabilidades individuais ficariam restritas aos valores de suas cotas contratuais;

²⁵⁸ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

²⁵⁹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. Atlas, 2002, p. 59.

Na realidade, a referida teoria tem por fim obstar o desvirtuamento do uso da personalidade, retirando certos efeitos em casos específicos, sem eliminar o princípio de que a pessoa jurídica é autônoma de seus membros. Com isso se possibilita conciliar a preservação da pessoa jurídica²⁶⁰, com o ideal de resguardo da ordem jurídica e de interesses de terceiros;

Posteriormente, o tema chegou, formalmente, às relações negociais na década de 90, pelo CDC (Lei nº 8.078/90)²⁶¹ e pela lei “Antitruste” (nº 8.884/94)²⁶², possibilitando a quebra desse “escudo protetor”;

São três grandes princípios, para a desconsideração²⁶³: 1. utilização abusiva da empresa para descumprir obrigação legal, contratual ou fraudar a terceiros; 2. preservação de direitos societários; 3. evidência de que a pessoa física age em proveito próprio, usando pessoa jurídica;

Diferentemente da Lei de 1916, o Código Civil de 2002²⁶⁴ tratou do tema. No artigo 47 (obrigando a pessoa jurídica por atos exercidos nos limites do contrato social), no artigo 50 (responsabilizando o sócio no abuso da personalidade jurídica, no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial), e no artigo 1.024 (possibilitando a execução de bens particulares de sócios, quando esgotada a execução dos bens sociais). Nos artigos 421 e 422, a nova lei

²⁶⁰ MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor**. São Paulo: LTR, 2002. p. 138.

²⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. op. cit

²⁶² BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. op.cit.

²⁶³ CRUZ, Maria Lúcia Bressane. **Desconsideração da pessoa jurídica**. Disponível em:<<http://kplus.cosmo.com.br-materia.asp?co=248rv=Direito>> Acesso em: 20.10.2006.

²⁶⁴ BRASIL.Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. op. cit.

ambientou o privilégio para a função social do contrato e para os princípios de probidade e de boa-fé;

Os casos em que fraudes, simulações e abuso de direito são praticadas por intermédio da pessoa jurídica são, a rigor, hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*, pois como demonstrado, os juízes e tribunais têm que considerar a distinção entre a pessoa jurídica e seus membros como uma barreira para a solução de problemas concorrenciais;

O consumo de bens e serviços forma parte, e uma parte importante, de nosso nível ou qualidade de vida. Sem nenhum intento de precisão, chamar-se-á consumo ao uso de bens ou serviços para a satisfação direta de uma necessidade humana²⁶⁵, diferentemente da produção, que usa também bens ou serviços, porém mas não para a satisfação imediata de uma necessidade, mas para a obtenção de novos bens ou serviços mais próximos à satisfação de necessidades humanas²⁶⁶.

Assim sendo, é preciso reconhecer a necessidade de aplicação da *Disregard Doctrine* também nos casos em que a personalidade jurídica imponha obstáculos ao devido exame da responsabilidade por fraudes ou simulações, e impeça que se chegue a soluções conforme o Direito;

Neste contexto, concorda-se que um maior envolvimento do destinatário da norma jurídica em sua elaboração, do cidadão no desenvolvimento da comunidade, do indivíduo na associação a que se filiou, nas atividades de serviço

²⁶⁵ OLIVEIRA, José Carlos. **Código de proteção e defesa do consumidor**: doutrina, jurisprudência, legislação complementar. 2. ed. Leme: LED, 1999, p. 67.

²⁶⁶ OLIVEIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 84.

social, enfim, a participação efetiva da pessoa na construção de seu futuro e do de sua sociedade, tem o condão de modificar a qualidade de vida, o respeito, a consciência democrática, bem como a cidadania dos membros do corpo social;

Uma outra forma viável de participação social, também destacada no âmbito deste estudo, consiste na reivindicação, postulação junto aos órgãos de poder, realizada no sentido de assegurar os direitos dos membros da comunidade, do grupo, da sociedade, dos consumidores, dos eleitores, enfim, daqueles a quem efetivamente pertence o poder – o povo. Diga-se, por oportuno, que foi de propósito que não se tratou aqui, de mecanismos de participação democrática tais como a iniciativa popular das leis, o plebiscito, o referendo, pois se escolheu destacar tão somente os instrumentos processuais hábeis a resguardar direitos;

No que tange à relação entre as instituições e o direito, é de se notar, primeiramente, que as instituições projetam seus reflexos sobre toda a vida jurídica, notadamente sobre o direito obrigacional, as fontes das obrigações, o contrato, a responsabilidade, o direito de propriedade, bem como sobre outros institutos jurídicos;

Por outro lado, é inegável que o direito sofreria um acréscimo de efetividade na medida em que cidadãos mais conscientes, instituições mais adequadas e cumpridoras de seus papéis, grupos organizados e vigilantes, fossem guardiães de uma ordem jurídica que se deseja ver preservada;

De outro giro, o ordenamento jurídico disponibiliza uma série de instrumentos processuais (ação civil pública, ação popular, *habeas data*, ações do código de defesa do consumidor, dentre outras), para que o indivíduo não se veja

privado de seus direitos. Instituições que incluam em suas finalidades a proteção aos direitos violados ou ameaçados, também podem, preenchidos os requisitos legais, manejar os referidos instrumentos, sempre no intuito de ver preservado o respeito à Constituição e às leis.

A aplicação da teoria da despersonalização da personalidade jurídica não implica decisão arbitrária, e tampouco compromete a segurança jurídica, visto que, assim procedendo, o juiz integra-se no sistema intrínseco da ordem jurídica, decidindo, por vezes, *extra legem*, porém sempre *intra ius*;

A concepção de *Disregard Doctrine*, desta pesquisa, encontra-se estreitamente ligada à idéia de personalidade enquanto construção jurídica, que varia de acordo com o momento jurídico e a ideologia adotada pela ordem jurídica, tendo, por isso, caráter relativo;

Espera-se tenha sido demonstrada a importância da teoria da despersonalização da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*), no Direito Concorrencial Brasileiro, como uma solução positiva para coibir os desvios na função da pessoa jurídica, bem como para resolver as hipóteses em que a aplicação dos efeitos da personificação produziria resultados diversos das valorações que inspiram um determinado ordenamento jurídico.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson **A sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: RT, 1995.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro. Aspectos da teoria jurídica da empresa: o direito comercial com o direito das empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.39, n.119, p.237-54, jul/set.2000.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

ALVIM, Arruda **Coleção de estudos e parecer de direito comercial**. São Paulo; RT, 1995.

ARRETCHE, M. - A federação brasileira: crise ou construção? **Revista Teoria & Debate**, n. 41, maio/junho/julho/99, p. 21-26.

ASCARELLI, Túlio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1946. p.89

_____. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p.156

_____. **Teoria de la concurrencia y los biens in materials**. Milano, Guiffre Editore, 1960. p. 130.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Revista Del Diritto Commerciali**, Milano, v.14, n.1, 1943.

BARBI FILHO, Celso Acordo de acionistas: panorama atual do Instituto do direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, v.8, 2000. p. 210.

BASTOS, Aurélio Wander (Org.). **Estudos introdutórios de direito econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo, Ed. RT, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BRASIL **Código Civil**: obra coletiva da Ed. Saraiva e com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e outros. 9.ed. São Paulo:Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out.1988. Anexo.

BRASIL. Decreto -Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. **Coleção de Leis do Brasil, CLBR**, Poder Executivo,Rio de Janeiro, 31 dez.1938.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.736 de 20 de dezembro de 1979. Dispõe sobre débitos para com a Fazenda e dá outras providências. **Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez.1979.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 ago. 1943.

BRASIL. Decreto nº 99244 de 10 de maio de 1990. Dispõe sobre a reorganização e funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 maio 1990.

BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Código comercial do império do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil, CLBR**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1850.

BRASIL. Lei nº 1533 de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do código do processo civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez.1951.

BRASIL. Lei nº 3071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916.

BRASIL. Lei nº 4717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 julho 1965.

BRASIL. Lei nº 6024 de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 março 1974. p. 2865.

BRASIL. Lei nº 6404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez.1976.

BRASIL. Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 julho 1985.

BRASIL. Lei nº 7666 de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários a ordem moral e econômica. **Coleção de Leis do Brasil, CLBR**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez.1945.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Suplemento.

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991. Lei Antitruste II - Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 jan. 1991.

BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Lei Antitruste - Transforma o conselho administrativo de defesa econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jun. 1994.

BRASIL. Lei nº 10303 de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e na lei nº 6385 de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores imobiliários e cria a Comissão de Valores Imobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 nov. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 10.825 de 22 de dezembro de 2003. Dá nova redação aos arts. 44 e 2031 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2003.

BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade do empresário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Edição Extra.

BULGARELLI, W. **Direito comercial**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito mercantil**. 13ed.São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Tratado de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2000.

CANO, W. **Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil: 1930-1970**. São Paulo: Global, 1995.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito antitruste & relações internacionais - extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá. 2001.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil nº 13**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 528, out. 1979.

CODICE civile italiano 16 marzo de 1942. **Gazzeta Ufficiale**, n.79, 4 aprile 1942.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **CJF-Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 20.05.2006.

_____. Restrições a circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. **Revista de Direito Mercantil**, n. 36, 19...p.55

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMAO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JR, José et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRUZ, Maria Lucia Bressane. Desconsideração da pessoa jurídica. Disponível em: <<http://kplus.com.br/materia.asp?co=248rv=Direito>> . Acesso em: 20.10.2006

DARNTON, R. **O grande massacre de gatos: e outros contos da história cultural francesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto. **Direito empresarial contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

DINIZ, E. Governabilidade, democracia e reforma do estado: o desafio da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, 1995.

FAGUNDES, Jorge. Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 8, n. 3, p. 3-46, 2001.

FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Safe, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 2005. p. 89.

FRANCO, Vera Helena de Mello, **Manual de direito comercial**. São Paulo: RT, 2001.

FREITAS, Elizabeth C. C. de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil.** São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48.

GIL, C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 1991.

HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o curto século XX.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996

INACARATO, Marcio Antonio. Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil. **Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 78, p. 52-57, abr/jun.,1990.

JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS. Chicago: University of Chicago,1958-Semestral. ISSN 0022-2186

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.** São Paulo: RT, 1987.

KLAJMIC, Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico.**, Brasília, v. 27,1998.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo - primeiros estudos.** Porto Alegre; Síntese, 1999.

LEVITT, T. **A globalização dos mercados**. Coleção Harvard de Administração, Maio/Jun. 1993.

MAMEDE, Gladston. **Semiologia do direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 200. p.185.

MARCEL, M. **La privatización de empresas públicas en Chile - 1985-88.**- Santiago de Chile: CIEPLAN, 1989. (Nota Técnica, 125).

MARCONDES, Sylvio **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad,1970.

_____ **Questões do direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINS, Vinicius. Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.161, 14 dez. 2003.<Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566> > Acesso em: 11.07.2006.

MARTIN, Antonio. Problemas relativos às quotas. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 57, p. 17-26, 2000.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. 3.

MENDONÇA, J.X.C. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____ **Atualização de Ruymar de Lima Nucci**. Campinas: Bookseller,2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.182.

MORAES, Mario André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no código da defesa do consumidor**. São Paulo: LTR, 2002. p.138.

MOREIRA, Terezinha. O processo de privatização mundial: tendências recentes e perspectivas para o Brasil. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 97-112, jun. 1994.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, José Carlos. **Código de proteção e defesa do consumidor: doutrina, jurisprudência, legislação complementar**. 2 ed., Leme: LED, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 476-477.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMERCIO Preparativos para a Conferência Ministerial de 1999, Noruega, 7 de setembro de 1999. **Comunicação**, Noruega:WT/GC/W/310.,1999.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano.**Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 17, n. 29, p.3 9-56, jan/mar., 1978.

PAESANI, Minardi Liliana. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. São Paulo: Atlas, 1999.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria . A responsabilidade civil nas relações de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, jun., 2003. Disponível em: <<http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=893>>. Acesso em: 10.08.2006.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, M. Visão geral do novo código civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718> > Acesso em: 22.04.2006.

_____ Exposição de motivos do projeto de código civil. **Edições Técnicas do Senado Federal**, Brasília, v. 5, t. 2, p.17,1989.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RHEME, Paul. **Historia universal del derecho mercantil**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

ROCCO, Alfredo **Lê società commerciale**. Torino: Fratelle, 1898.

ROQUE, Sebastião Jose. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**.:as estruturas. São Paulo: Malheiro Editores, 2002.

SALOP, Steven. **The first principles approach to antitruste, kodak and antitruste at the millenium**. Georgetown University Law Center,1999.(Working Paper Series). Disponível em: <<http://www.ssrn.org>> Acesso em: 10.05.2006.

SANTOS, T.A. **Manual de direito comercial**. 4.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1972.

SENGE, P. et al. **A dança das mudanças**: o desafio de manter o crescimento e o sucesso em organizações que aprendem. São Paulo: Campus, 2000.

SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milano:Giuffrè, 1966. p.282

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 8.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico** . 21.ed. São Paulo : Cortez, 2000.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Plácido de. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 2002. v.3.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001

STRENGER, Irineu. Contratos internacionais de comercio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. ,1986.p. 196.

SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 762, p. 81-97, abr. 1999.

TADDEI, Marcelo Gazzii. O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.21, 2001.

_____ O direito comercial e o novo código civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004>>. Acesso em: 24.08.2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia da América**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

TRINDADE, A. Cançado **A proteção internacional dos direitos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

URTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática**. São Paulo: Atlas, 1996.

VAZ, Isabel. As três Vertentes do direito da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, v. 27, 1998.

VELASCO JR., L. **A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado**. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para discussão, n. 55)

VERÇOSA, H. M.D. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VERRUCOLI, Pietro **Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella “common law” e nella “civil law”**. Milano:Giuffrè, 1964.

WACK, P. Cenários : águas desconhecidas à frente. In PORTER; MONTGOMERY **Estratégia: a busca da vantagem competitiva**. São Paulo: Campus, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.