



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei de Defesa da Concorrência

Fabiana Lucia Schmitt Duvivier de Albuquerque Mello

Rio de Janeiro
2010

FABIANA LUCIA SCHMITT DUVIVER DE ALBUQUERQUE MELLO

A Desconsideração da Personalidade Jurídica
na Lei de Defesa da Concorrência

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Marcelo Pereira
Prof.^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

**Fabiana Lucia Schmitt Duvivier de
Albuquerque Mello**

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Católica de Petrópolis.
Advogada. Pós-graduada em Processo,
Justiça e Cidadania pela Universidade
Católica de Petrópolis.

Resumo: Criada e desenvolvida a partir do século XIX, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser um meio de desfecho para os casos de utilização da personalidade jurídica de modo oposto à sua função, bem como aos princípios que regem nosso ordenamento jurídico. Com efeito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se transformou em um instrumento bastante eficaz para impedir a separação entre o direito e a realidade, uma vez que o ordenamento jurídico é algo dinâmico, um todo composto por princípios, valores e objetivos que vêm a ser complementado pelas normas, instrumentos e seus desdobramentos. A essência do trabalho é abordar a origem e a evolução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, focando especificamente na Lei de proteção à concorrência, abordando a importância e as consequências que a aplicação do instituto pode trazer na vida da pessoa jurídica e de seus sócios.

Palavras-chaves: Pessoa Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Lei de Defesa da Concorrência.

Sumário: Introdução. 1. Requisitos necessários à compreensão do estudo das pessoas jurídicas no direito brasileiro. 1.1 Conceito; 1.2 Origem e Natureza Jurídica; 1.3 Classificação das Pessoas Jurídicas; 1.4 Condições para sua Existência; 1.5 Da Capacidade e Representação das Pessoas Jurídicas; 1.6 Da Responsabilidade da Pessoa Jurídica; 2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro (*Disregard Theory*). 2.1 O Desvio de Função da Pessoa Jurídica; 2.2 Meios Legais de Correção destes Desvios de Função; 2.3 A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica; 3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei de Defesa da Concorrência; 3.1 O artigo 18 e seus efeitos jurídicos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Criada e desenvolvida a partir do século XIX, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a seduzir os operadores do direito nos meados do século passado, por oferecer um desfecho para os casos, cada vez mais constantes, de utilização da personalidade jurídica de modo oposto à sua função, bem como aos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica transformou-se em um instrumento bastante eficaz para impedir a separação entre o direito e a realidade, uma vez que permite ignorar os efeitos da personificação jurídica em todos aqueles casos em que o respeito à personalidade jurídica levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Fica patente, dessa forma, que consideram a ordem ou ordenamento jurídico não como algo restrito a um sistema de normas, mas sim como algo vivo, dinâmico, um todo composto por princípios, valores e objetivos, que vem a ser complementado pelas normas, instrumentos e desdobramentos dos outros elementos. Sendo assim, pode-se afirmar que a ordem jurídica realmente vigora em uma comunidade, sendo certo que sempre será inseparável dos fatos que lhe dão origem.

Neste trabalho, procura-se limitar o estudo da teoria de desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei de defesa da concorrência. Contudo, não se limitará às discussões travadas entre as diversas correntes doutrinárias acerca da sua natureza jurídica, posição essa que se justifica pelo fato de não ser o intuito deste artigo científico a elaboração de um conceito uno e comumente aceito de pessoa jurídica.

Num primeiro momento, será analisada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na qual se buscará definir sua origem, conceito, fundamentação, objetivo e forma pela qual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Em segundo plano será feita uma breve referência às teorias acerca da natureza da pessoa jurídica, já que considera sê-las de vital importância para a compreensão do conceito de desconsideração, além de definir uma posição em relação a esse instituto, a qual servirá de referência e fundamento de toda a argumentação no decorrer deste trabalho.

Por fim, adentra-se ao tema em questão abordando a desconsideração da personalidade jurídica na Lei n.º 8.884/94 (Lei de Proteção da Concorrência), enfrentando o assunto a partir das hipóteses de aplicação do instituto, tais como infração da ordem econômica quando houver abuso de direção, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social entre outros temas.

Imperioso deixar claro que não se pretende com este trabalho esgotar o tema, e ainda, que este artigo adota uma metodologia bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória. O objetivo é, tão somente, oferecer mais uma contribuição ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica.

1. REQUISITOS NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DO ESTUDO DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO

Conforme já é da trivial sabença de todos, não há direito sem sujeito. Pode-se afirmar também que o direito tem por escopo dar proteção aos interesses humanos, de maneira que numa relação jurídica, haverá sempre um titular do direito, que é o homem.

Contudo, observado os acontecimentos da vida cotidiana, tem que se reconhecer que existem algumas relações nas quais o ser humano não participa. Num contrato, por exemplo, entre uma empresa de plano de saúde e um hospital, podem surgir relações de débito e crédito em que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo da obrigação não são diretamente seres humanos, mas sim duas entidades. Aliás, em todos os campos da atividade humana, encontram-se entes dessa espécie que participam da vida dos negócios, figuram como titulares de direitos e obrigações e atuam ao lado da pessoa física.

Na grande maioria dos casos, tais entidades são compostas pela união de alguns indivíduos, mas é inegável que a personalidade destes entes não se confunde com a daqueles, constituindo, cada qual, um ser diferente. Assim, um acionista de uma sociedade anônima não se confunde com esta; o sócio de um clube esportivo tem personalidade diferente da associação; o cotista de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada é um ser distinto da referida sociedade.

A essas instituições, que se distinguem das pessoas que as compõem, que atuam na vida jurídica ao lado das pessoas físicas e às quais a lei atribui personalidade, ou seja, a prerrogativa de serem titulares do direito, dá-se o nome de pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas, portanto, são entes a que a lei empresta personalidade, isto é, são entidades que atuam no mundo jurídico, com personalidade diversa das pessoas físicas que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

Mais adiante, verifica-se que a existência das pessoas jurídicas não desmente aquela afirmativa acima formulada, segundo a qual o escopo do direito é a proteção dos interesses humanos, pois é com esse intuito que a lei empresta às pessoas jurídicas capacidade para serem titulares de direitos. COELHO (1989)

1.2 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

A bem da verdade, a pessoa jurídica aparece para compensar a própria deficiência do ser humano. Com frequência o homem não encontra em si mesmo forças e recursos necessários para uma atividade de maior vulto, de maneira que procura, ao estabelecer sociedade com outros homens, constituir um organismo capaz de alcançar o objetivo desejado.

Por vezes a finalidade que o move não tem intuítos econômicos, e os indivíduos se associam para se recrearem, ou para se cultivarem, ou para praticar caridade, assistência social, ou mesmo para, juntos, cultuarem a Deus. Uma associação nasce, ganha vida e personalidade, sobrelevando-se aos indivíduos que a compõem.

Não raro, o indivíduo destaca do seu patrimônio uma porção de bens livres, destinado-os a um fim determinado. Esse patrimônio separado vai ser administrado e gerido tendo em vista aquele escopo em questão. Como a lei lhe confere personalidade, se submeter-se a certas formalidades, surge uma pessoa jurídica, isto é, uma fundação.

Em todos os três exemplos um novo ente ingressa no mundo jurídico. Em todos os três casos existe, como elemento subjacente da pessoa jurídica, um interesse humano a ser almejado.

O surgimento destes organismos provocou, logicamente, certa curiosidade nos doutrinadores do direito, ansiosos por descobrirem a sua natureza jurídica. Diversas foram as teorias elaboradas, cada qual procurando justificar e explicar a existência das referidas instituições. Dentre todas, merecem maior destaque as seguintes teorias:

A teoria da ficção legal, que desfrutou de grande prestígio no século XIX, e encontra seu principal defensor em SAVIGNY (1845), sustentava que a personalidade jurídica decorria de uma ficção da lei. Enquanto a personalidade natural seria uma criação da natureza e não do direito, a personalidade jurídica existiria por determinação da lei.

Já a teoria da pessoa jurídica como realidade objetiva, de origem alemã, representa uma reação em oposição à teoria da ficção legal. Sustenta que a vontade, seja ela pública ou privada, é capaz de dar a vida a um organismo que passa a ter existência própria, distintas da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito. A idéia básica desta teoria é a de que as pessoas jurídicas, longe de serem mera ficção, são uma realidade sociológica, seres com vida própria, que nascem por imposição das forças sociais.

Enquanto isso, a teoria da pessoa jurídica como realidade técnica, a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos. O Estado, as associações, as sociedades existem; diante disto não se pode concebê-los a não ser como titulares de direitos. A circunstância de serem titulares de direito demonstra que sua existência não é fictícia, mas real. Apenas, tal realidade é meramente técnica, sendo tecnicamente útil aos homens na satisfação dos seus interesses.

Por fim a teoria institucionalista de HAURIOU (1986) determina que uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce. Nos termos desta teoria, a constituição de uma pessoa jurídica envolve (i) uma ideia que cria um vínculo social, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim; e (ii) uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados a consecução do fim comum. A pessoa jurídica tem uma vida interior, que vem a ser representada pela atividade de seus membros, que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre a diretoria e os demais componentes, fazendo com que surja uma estrutura orgânica. Por outro lado, sua vida exterior manifesta-se por meio da sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a idéia comum.

Como visto, essas são algumas das muitas teorias formuladas pelos juristas, para embasar a existência e explicar a natureza da pessoa jurídica, e cada uma delas, de certa forma, oferece detalhes relevantes para uma melhor compreensão da pessoa jurídica. O mais importante seria encarar a questão objetivamente, para verificar que tais instituições existem

efetivamente. Não há como negar que as pessoas jurídicas atuam no mundo jurídico e que, por meio de sua vontade, diversos negócios jurídicos se consagram; também não há que se negar que o Estado as reconhece, as tributa, as aciona, quando necessário. Sendo assim, a única afirmação definitiva que se pode fazer, estaria diretamente relacionada à sua existência.

Para o direito brasileiro, KOURY (1995), as pessoas jurídicas possuem realidade objetiva, pois a lei assim dispõe. De fato, o artigo 45 do Código Civil determina que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro; bem como o artigo 51, por sua vez, enumera as hipóteses em que termina a existência das pessoas jurídicas.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas podem ser classificadas levando-se em consideração a sua estrutura ou a sua órbita de atuação.

Sob o primeiro aspecto poderíamos agrupar as que têm como elemento principal o homem, isto é, as que se compõem pela reunião de pessoas, tais como as associações e as sociedades; e as que se constituem em volta de um patrimônio destinado a um fim, isto é, as fundações.

Sob o segundo aspecto, órbita de sua atuação, as pessoas jurídicas podem ser de direito público externo ou interno, e de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito privado vêm enumeradas no artigo 44 do Código Civil. São as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações, e ainda as sociedades mercantis e os partidos políticos.

Pode-se distinguir, ainda, dentre as pessoas jurídicas de direito privado de um lado as associações, isto é, os agrupamentos de indivíduos sem finalidade lucrativa, como os clube

esportivos, os centros culturais etc., e, de outro, as sociedades, ou seja, os agrupamentos individuais com escopo de lucro.

1.4 CONDIÇÕES PARA SUA EXISTÊNCIA

De acordo com a legislação em vigor, a pessoa jurídica de direito privado nasce com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro público peculiar.

Imperioso observar, desde logo, a diferença entre a existência da pessoa jurídica no plano do direito e a sua existência no plano dos fatos. Se a legislação determina que o nascimento da pessoa jurídica no plano do direito ocorre com a inscrição dos estatutos no registro peculiar, é porque, naturalmente, admita que exista no campo material uma organização subjacente, representada por um agrupamento de pessoas buscando um fim comum, ou por um patrimônio separado, voltado para uma determinada destinação. Desta forma, a compor a idéia de pessoa jurídica encontram-se dois elementos: o material, representado quer pela associação de pessoas, quer por um patrimônio destinado a um fim e o jurídico, constante da atribuição de personalidade, que decorre de uma determinação legal, e cuja eficácia advém da inscrição dos estatutos no registro peculiar.

Antes da inscrição, a princípio, a pessoa jurídica somente existirá no campo dos acontecimentos, mas o direito despreza sua existência, negando-lhe personalidade civil, ou seja, nega-lhe a capacidade para ser titular de direitos. O que faz com que essas instituições ingressem na ordem jurídica é o elemento formal, representado pela inscrição de seus atos constitutivos no registro competente. KOURY (1995) Entretanto, cabe acrescentar que, hodiernamente, há previsão legal da Sociedade em Comum, ou seja, aquela sociedade que não possui seus atos constitutivos devidamente inscritos no registro próprio.

1.5 DA CAPACIDADE E REPRESENTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Com efeito, a partir do instante em que a pessoa jurídica registra seus atos constitutivos, adquire personalidade, vale repetir, obtém a capacidade para ser titular de direitos. Cabe observar que a pessoa jurídica só pode ser titular daqueles direitos compatíveis com a sua condição de pessoa fictícia, ou seja, os patrimoniais, não lhe sendo admitidos os direitos personalíssimos. Contudo, atualmente, já é pacífico o entendimento de que a pessoa jurídica está sujeita ao dano moral.

Para exercer tais direitos, para atuar na vida cotidiana, a pessoa jurídica recorre a pessoas físicas que a representam. Esta é a regra estabelecida pelo artigo 12, VI e VII do Código Civil:

Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

.....

VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores.

VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

Atuando em nome da sociedade e tendo a pessoa jurídica existência distinta da dos seus membros, o ato do representante a vincula, enquanto o representante atuar dentro dos poderes que o ato constitutivo lhe confere. LISBOA (2001) Caso tais poderes sejam ultrapassados, exime-se a sociedade da responsabilidade, cabendo ao representante que exorbitou, responder pelo excesso.

1.6 DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

A pessoa jurídica é responsável na órbita civil, contratual e extracontratual.

No que diz respeito à responsabilidade contratual, a matéria é pacífica e, desde que se torne inadimplente, sua responsabilidade emerge, de acordo com o disposto no artigo 990 do Código Civil.

Todavia, será igualmente responsável a pessoa jurídica na órbita extracontratual? Sob um aspecto lógico, parecem ter razão aqueles que respondem negativamente. A bem da verdade quem pratica o ato ilícito não é a pessoa jurídica, mas seu representante legal. Assim sendo, fica evidente que este não atuou munido de poderes para praticar o ato ilícito, pois seu mandato decerto não lhe confere a prerrogativa de agir com dolo ou culpa. De forma que, encarado o problema através deste ângulo, seria o representante legal, e não a pessoa jurídica, o responsável.

A legislação pátria, ao regulamentar a responsabilidade civil, refere-se às pessoas jurídicas que exercem a exploração industrial, o que me leva a crer que, nesta expressão, quis incluir aquelas que têm finalidade lucrativa.

O artigo 932, III do CC, trata da responsabilidade pela reparação civil do empregador pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos praticados no exercício do trabalho ou em razão dele.

Logo em seguida vem o artigo 933, também do Código Civil, que prevê que as pessoas indicadas no artigo anterior responderão pelos atos praticados por terceiros ainda que não haja culpa de sua parte. Essa culpa poderá se configurar quer na eleição de seus administradores, quer na vigilância de sua atividade.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - *Disregard Theory*-

2.1 O DESVIO DE FUNÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

De acordo com o que já foi dito anteriormente, a pessoa jurídica representa um instrumento legítimo para a perseguição de interesses. Ela se presta ao exercício regular de direitos, não se podendo falar, em princípio, em abusividade, com base somente na circunstância de que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto e de que, ressalvadas algumas situações, o sócio não responde, com seus bens pessoais, pelas obrigações contraídas pela sociedade.

Em determinadas situações, a constituição da pessoa jurídica representa uma opção do empresário, que poderia, em princípio, explorar individualmente determinado empreendimento industrial, comercial ou de prestação de serviços, mas opta por associar-se a outras pessoas e explorar a empresa, que vem a ser a sociedade personificada.

Noutros casos, existe a necessidade técnica da criação da pessoa jurídica. Grandes empreendimentos, que necessitam de elevados investimentos e da conjugação de recursos de inúmeras pessoas, seriam inviáveis se não fosse utilizada a técnica da separação patrimonial por meio da criação de uma pessoa jurídica.

Há, ainda, ocasiões em que a constituição da pessoa jurídica destina-se a cumprir requisito imposto pela lei; trata-se das hipóteses em que a lei só autoriza o exercício de certas atividades às pessoas jurídicas.

Considerando REQUIÃO (1991) a assinalada conveniência ou a eventual necessidade da criação da pessoa jurídica, a limitação da responsabilidade dos sócios é artifício que permite viabilizar empreendimentos para os quais concorrem vários sócios, com diferentes quinhões de capital; seria absolutamente impossível obrigar cada sócio de uma pessoa jurídica, mesmos os minoritários, a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais; nem seria justo, por outro lado que todo o risco fosse assumido unicamente pelo sócio que detivesse maior quinhão no capital. Além disso, quem contrata com a sociedade anônima ou

por cotas de responsabilidade limitada sabe que a responsabilidade dos acionistas ou sócios limita-se ao capital subscrito.

A pessoa jurídica representa instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos, de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando o sócio à responsabilidade em ocasiões restritas.

Deve, porém, ter-se em mente que a pessoa jurídica é instrumental. Sua reconhecida autonomia não a transforma num ente abstrato e alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o patrimônio da pessoa jurídica repercute, através da ação ou quota de capital, no patrimônio dos sócios. Da mesma forma, a vontade da pessoa jurídica, não obstante emanada de seus órgãos de administração é o reflexo da vontade da sociedade. Assim sendo, se a existência e o patrimônio da pessoa jurídica são distintos, em relação à existência e ao patrimônio dos sócios, o controle da vida e dos bens da pessoa jurídica pertence aos sócios.

Obviamente, dadas essas considerações, não se pode assimilar a pessoa jurídica a uma pessoa física, nem cabe dar a ambas o mesmo regime jurídico, ignorando-se as especificidades da pessoa jurídica.

Em suma, não se contesta que a pessoa jurídica exerce uma função legítima, e não representa, num primeiro momento, nenhum abuso, não obstante a limitação de responsabilidade que propicia. É preciso, contudo, atentar para a circunstância de que a sua autonomia, em relação à pessoa dos sócios, é relativa, pois, indiretamente, seu patrimônio a eles pertence, e sua vontade é fortemente direcionada também pela vontade deles.

Quando se fala no desvio de função da pessoa jurídica, REQUIÃO (1991) tem-se em mira que, em certas ocasiões, o reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica poderia levar a negação de ideais de justiça ou mesmo à frustração de valores jurídicos. Haveria nessas

hipóteses, uma incompatibilidade entre o comportamento da pessoa jurídica e os valores que nutrem a ordem jurídica, embora os resultados atingidos pudessem apresentar-se como legais do ponto de vista formal da norma escrita.

O ponto nodal da questão que se coloca é, portanto, buscar soluções que, sem destruir o instrumento legítimo representado pela pessoa jurídica, possam evitar que esta seja utilizada para fins de abuso.

2.2 MEIOS LEGAIS DE CORREÇÃO DESTES DESVIOS DE FUNÇÃO

Se é o direito que concede personalidade e, conseqüentemente, autonomia para a pessoa jurídica, em relação aos titulares do seu capital, e estabelece a limitação da responsabilidade dos sócios ao valor do capital que subscreveram, o próprio direito pode cercear os possíveis abusos de sua criação, restringindo a mencionada autonomia, ou, em especial, restringindo a referida limitação da responsabilidade. Quem fornece a função, pode limitá-la, restringi-la, excepcioná-la, condicioná-la, enfim, regular o seu exercício.

Diante de tais hipóteses, geralmente para proteger o direito de terceiros, a legislação, sem deixar de reconhecer a existência e a autonomia da pessoa jurídica, deixa expressa ora a responsabilidade solidária, ora a responsabilidade subsidiária, ora a responsabilidade pessoal de terceiros.

No artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pode-se encontrar disciplinada a responsabilidade solidária das sociedades integrantes de um conglomerado econômico. A CLT (2009) excepciona a autonomia que resulta da personificação das várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que, além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo passivo trabalhista da empregadora.

A Lei das Sociedades por Ações, objetivando evitar prejuízos para minoritários ou para terceiros, credores da companhia, contempla em seu artigo 117 situações de responsabilidade pessoal, subsidiária ou solidária, a fim de evitar abusos que pudessem ser praticados com a utilização da pessoa jurídica.

Quando a Lei do Sistema Financeiro veda determinadas operações das instituições financeiras com seus administradores, cuida também de estender a vedação aos negócios com pessoas jurídicas de cujo capital aquelas pessoas participem, buscando, com isso, evitar que, através da interposição da pessoa jurídica, possa contornar-se a proibição.

No Direito Tributário, pode-se encontrar, igualmente, casos de responsabilidade de terceiros. O Código Tributário Nacional (CTN), artigo 128 e seguintes, prevê situações em que, por abuso do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que formalmente seriam da empresa.

Nas obrigações convencionais, principalmente obrigações de não fazer, também costumam as partes elastecer os compromissos assumidos no sentido de referi-los não apenas às pessoas contratantes, mas também a pessoas jurídicas de que elas participem, por exemplo, a obrigação do vendedor de um estabelecimento de não se estabelecer novamente no mesmo ramo.

Tais soluções, ditadas por lei ou estabelecidas pelas partes tendem, pois, a evitar que o uso da pessoa jurídica possa servir de instrumento para o desrespeito de interesses legítimos.

Nas mencionadas situações, KRIGER FILHO (1995) não parece que se deva cogitar de aplicar-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, sobre a qual será falada adiante, de vez que não há forma jurídica que deva ser desprezada pelo juiz. Se a solução equânime e justa corresponde ao comando do preceito legal (ou à convenção das partes), não há lacuna jurídica, pois o que o próprio direito fornece já um meio legal que previne o abuso ou a fraude.

Quando a lei cuida da responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando a legislação proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a personalidade jurídica, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo continua valendo se a extensão da responsabilidade é contratual.

De igual maneira, quando a questão gira em torno da responsabilidade do acionista controlador, por abuso de poder. Entende-se que não seria hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, já que o problema é de responsabilidade civil do acionista que, agindo ilicitamente, responde pelos danos que causar.

Não obstante tudo o que aqui foi considerado, cumpre-nos informar que existem autores que rotulam os exemplos acima expostos como hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica.

2.3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A desconsideração da pessoa jurídica vem a ser uma técnica de solução dos desvios de função do mencionado organismo, da qual pode o magistrado lançar mão quando se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele, juiz, reputa legítimo. Tratam-se, portanto, de situações para as quais a lei não contemplaria uma solução justa.

Paulatinamente, essa solução jurisprudencial desenvolveu-se em países de direito não escrito, em que os juízes, não encontrando uma solução legal, procuraram construir uma solução jurídica baseada na equidade, no intuito de reprimir o abuso e a fraude que pudessem ser perpetrados com a utilização artificiosa de uma pessoa jurídica.

Com a desconsideração da pessoa jurídica, ao juiz é permitido ignorar, no caso concreto, a existência da pessoa jurídica, e decide como se ela não existisse. A personalidade é afastada e, com ela, a separação patrimonial, fazendo com que os atos ou os patrimônios da pessoa jurídica e do respectivo sócio se confundam. O ato praticado pela pessoa jurídica é imputado ao sócio, que responde, dessa forma, pela conduta adotada pela pessoa jurídica, como se ela não existisse.

A grande barreira que os estudiosos da teoria em questão alegam encontrar é a construção de um modelo teórico que possa enfeixar, dentro de uma formulação abrangente, as várias situações em que essa técnica possa ou deva ser aplicada. Tal dificuldade é particularmente séria nos países de direito escrito, como o Brasil, e ela deriva da falta de uma teoria que integre o sistema jurídico, haja vista que em países como o Brasil os tribunais, em princípio, não podem fugir ao que está estabelecido no ordenamento jurídico ao aplicar conceito ou princípio que lhes pareça melhor fazer justiça. A ausência de tratamento sistemático da matéria faz com que a sua aplicação cause certo desconforto, de vez que a desconsideração, por ser um conceito exclusivamente ligado ao funcionamento da pessoa jurídica deixa pouca margem para uma definição apriorística de casos nos quais deva ser aplicado. Esses sistemas dispõem, de remédios análogos - simulação, fraude, nulidade etc. -, que não levam à desconsideração da personalidade societária, mas que procuram produzir resultados que são semelhantes, embora não idênticos, aos obtidos através do uso da desconsideração.

Associa-se também a desconsideração à existência de controle societário, na medida em que a vontade da empresa é identificável à vontade do seu controlador, que pode, assim, utilizá-la abusivamente. Porém, entende-se que isso não pode levar a que a controlada seja responsabilizada por obrigações do controlador. O limite da repercussão da responsabilidade do controlador no patrimônio da controlada é a cota-parte desse patrimônio pertencente aos

controladores, representada, no entanto, pelos títulos ou direitos de participação societária (ações ou quotas) e não pelos bens que integram o ativo da pessoa jurídica. Mas para isso não é necessário, a aplicação da teoria em comento.

Diante disto, a questão que fica é a seguinte: será possível, no nosso sistema de direito escrito, ignorar a existência e a autonomia, legalmente reconhecidas, da pessoa jurídica, sem amparo do ordenamento jurídico vigente?

Já vimos que, em diversas situações, o nosso direito excepciona a autonomia existencial e patrimonial da pessoa jurídica, ou melhor, excepciona a limitação da responsabilidade, precisamente para evitar o perecimento de direitos.

Já assinalou-se, também, que nesses casos não há a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que entende-se que é o direito quem define as hipóteses de limitação de responsabilidade. Se ele próprio excepciona essa limitação, em dadas situações, não se pode afirmar que ele esteja ignorando ou desconsiderando a pessoa jurídica que ele mesmo criou. Deste modo, o exemplo mais evidente está nas formas societárias em que os sócios respondem ilimitadamente. Ninguém dirá que, por isso, se esteja desconsiderando a existência ou a autonomia da pessoa jurídica.

Noutras situações, a legislação atribuiu responsabilidade a determinada pessoa pela prática de certos atos ilícitos por ela praticados, com abuso de sua condição ou cargo. Também não há aqui caso de desconsideração.

Em resumo, quando o ordenamento jurídico já fornece a solução legal, não é preciso ultrapassar ou desconsiderar nenhuma forma jurídica, bastando aplicar o remédio legal apresentado pela legislação.

A discussão acerca da aplicação da teoria em tela COELHO (1989) fica restrita às hipóteses em que não haja uma solução legislada específica para os eventuais desvios de função da pessoa jurídica.

No ordenamento brasileiro, a solução para esses desvios de função da pessoa jurídica deve ser buscada, de forma expressa e implícita, no próprio ordenamento jurídico. Nos setores onde vige a reserva absoluta de lei, não há lugar para a desconsideração. Nesses setores, a sanção para eventuais desvios de função da pessoa jurídica deve estar expressa em lei.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI n° 8.884/94)

3.1 O ARTIGO 18 E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Dentro do universo da Lei n.º 8.884/94, a desconsideração da personalidade jurídica está prevista no artigo 18, que dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

Artigo 18 – A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Neste sentido, KOURY (1995), em sua tese de doutorado de título “A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresa” afirma que a função do instituto pessoa jurídica de demarcar os riscos empresariais, através do reconhecimento da sua existência como distinta da existência de seus membros, que objetiva principalmente estimular o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir, assim, para o desenvolvimento social, não é evidentemente ilegítima; toda via, a utilização desta situação pode ter, em alguns casos, esse caráter. Com efeito, todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. Esse desvio de

função consiste da falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada.

Um dos meios freqüentemente utilizados pelo ordenamento jurídico para reagir ao desvio de função desse instituto é exatamente a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica, através da qual supera-se a forma da pessoa jurídica, desvalorizando-se a distinção entre ela e os seus componentes, no caso particular, ou seja, sem negar sua personalidade de maneira geral.

A bem da verdade, a distinção entre a pessoa jurídica da sociedade e a dos sócios que a compõem foi estabelecida pelo legislador com a finalidade legítima de dar maior segurança ao investidor, para que ele pudesse lutar por alcançar as finalidades econômicas da sociedade. Este constitui o fim lícito da distinção estabelecida em nossa legislação. Se, contudo, os sócios se esconderem por detrás do manto da personalidade jurídica da empresa para causar danos à terceiros, é de ver-se que a figura da personalidade jurídica estará sendo usada como desvio de sua finalidade, logo, com abuso.

A fim de evitar esse desvio de função, para evitar fraudes ou prática de atos ilegais sob a couraça da personalidade jurídica, a Lei n.º 8.884/94 recepcionou a já conhecida Doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Cabe frisar que, tanto a lei antitruste quanto a de proteção ao consumidor se utilizam do futuro do verbo “poder” com a finalidade de indicar obrigatoriedade. Isto quer dizer, que não fica ao arbítrio do juiz desconsiderar, ou não, a personalidade jurídica. Ele estará obrigado a desconsiderá-la se se deparar diante das situações descritas pela lei.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1996) aborda o tema afirmando que o responsável por infração da ordem econômica é sempre o homem, pessoa física que age representando a empresa, na qualidade de sócio, administrador ou dirigente. Nesses casos, leva-se em conta a

personalidade jurídica, o que implica, nos termos da lei, a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes e administradores.

O artigo 18 da Lei de Proteção da Concorrência pode ser dividido em duas partes.

Num primeiro momento, ocorrendo infração da ordem econômica, a desconsideração deverá efetivar-se, se houve, por parte do responsável, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Numa segunda situação, em caso de haver infração da ordem econômica, deverá ser aplicada desconsideração se verificarem situações jurídicas objetivas, tais como, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Cumpra observar que a expressão infração da ordem econômica possui larga abrangência, para compreender todas aquelas situações em que as atitudes adotadas por uma empresa contribuem para o desregramento do mercado.

Nesta parte há de se fazer uma crítica. No Brasil, as regras da conduta social se pautam por alterações bruscas e radicais numa dicotomia exagerada que dificilmente encontra vias moderadoras.

Passou-se anos sob absoluta omissão da ordem jurídica no trato dos crimes econômicos, os chamados delitos das classes mais altas e, quando enfim veio editada a Lei n.º 7.492 (Lei do Colarinho Branco) a sua severidade era tamanha que, a título de ilustração, o ilícito de possuir uma conta bancária não declarada no exterior passou a ter um tratamento processual penal mais rigoroso do que já concedeu-se ao próprio homicídio, pois aqui se primário fosse o réu, apelar a sentença condenatória em liberdade, ao passo que lá no delito econômico já é recolhido à prisão o réu condenado em primeiro grau de jurisdição mesmo que primário de bons antecedentes.

Tem-se esse fenômeno espelhado agora nos termos da Lei n.º 8.884/94, a lei antitruste. No seguimento de tantas reclamações sobre falta de provisões que enquadrassem certos comportamentos antieconômicos de alguns empresários, veio promulgada uma legislação que, pretendendo ser severa, extrapola, se excede, perde as propriedades técnicas, falseia na indispensável valoração jurídica de seus conceitos, e acaba afrontando essenciais princípios da ordem constitucional.

As heresias começam com o título II da norma em comento, que passa a tratar das infrações da ordem econômica.

De início já há certa ambigüidade no artigo 16 sobre a abrangência, no pólo passivo da responsabilização, do conceito de infração à ordem econômica: "Art. 16 – As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores solidariamente."

Mais adiante o artigo 18 afirma que a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direção, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Bem, aqui sim, adotando os critérios assentados em direito fica expressado que, para aplicação, ao caso ocorrido, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica há que ter ocorrido, por parte do agente, das pessoas físicas que "falam" pelo ente jurídico, algo de ofensivo à lei diretamente ou aos estatutos ou ao contrato social ou a um ato jurídico ou contrato, ou ainda algo de excessivo a seus poderes, ou abuso de direitos.

Pois enfim os efeitos gravosos da decisão ou comportamento empresarial ofensivo à economia somente se estenderiam para além dos limites da própria pessoa jurídica se essa decisão ou atitude estivesse arrimada nos vícios ou nos defeitos acima nomeados da pessoa responsável.

E então o artigo 16 decerto deveria, por uma questão de clareza legislativa, deixar expresso que as diversas formas de infração... implicam a responsabilidade... e seus dirigentes ou administradores, solidariamente, nestes últimos casos desde que na ocorrência comprovada das hipóteses referidas no artigo 18.

Poderá, então, que há aí uma falha na lei, que mais clara deveria ser no seu artigo 16, mas nada que não se supra com a interpretação sistemática dos dois dispositivos.

Mas, nesse específico ponto, não é aí que reside a heresia da lei antitruste. Acontece que aquele artigo 18 vai adiante do assim transcrito e afirma que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa responsável “também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Fica até difícil entender que o legislador tenha se assentado nessa estranha padronagem axiológica, onde a má gestão determine uma circunstância que qualifique extensões de responsabilidades para lá do círculo dos agentes nominais.

Enfim, os atos ilegais, antiestatutários, os abusos de direito são valorados em igual teor de nocividade que a simples má administração, que inviabilize a empresa, pois que em qualquer dessas hipóteses os administradores ficam envolvidos nas seqüelas das infrações, pela empresa, à ordem econômica.

Se a empresa então, à total revelia daquele administrador houve por ter algum procedimento capitulado como infração à ordem econômica, e se ela por incompetência ou infelicidade gerencial encerra suas atividades ou deixa de operar, fica o dito administrador inocente que seja, envolvido solidariamente nas seqüelas legais daquele ilícito comercial.

Parece haver aí, por meios um tanto vagos, a criação de uma outra hipótese de responsabilidade objetiva, pelo risco, pois que baseado, na ordem jurídica brasileira, o princípio geral da responsabilidade na ocorrência de culpa, e incorrente necessariamente aí,

por suposto, a culpa do administrador, só posso entender como havendo na hipótese a criação de uma responsabilidade pelo risco.

CONCLUSÃO

Por tudo aquilo que foi trazido nesse artigo, não se pode deixar de dizer que as pessoas jurídicas são agrupamentos de indivíduos, com um mesmo objetivo, para o qual a legislação confere personalidade, isso é, são instituições que atuam no mundo jurídico com personalidade diversa das pessoas físicas que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações.

Observe-se que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica trata de ignorar a pessoa jurídica, sempre em situações específicas, entrando em sua estrutura formal, com o objetivo de evitar que tal instituto seja utilizado para acobertar a prática de simulações, fraudes e outros delitos praticados pelos sócios que a compõe, como também para resolver todos aqueles casos em que o apego à forma societária ortodoxa levaria a soluções contrárias à sua função, bem como aos princípios firmados no ordenamento jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei que trouxe ao ordenamento jurídico a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que, até então, se encontrava somente no terreno da jurisprudência. O artigo 28 da Lei nº 8.078/90 foi o responsável por estabelecer as regras para a aplicação da teoria em comento aos casos concretos.

Por sua vez, a Lei nº 8.884/94 não fez por menos, regulamentando expressamente em seu artigo 18, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos casos submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Sendo assim, importante reiterar que somente a impossibilidade do credor receber o crédito, não poderá ser motivo para a caracterização do instituto, pois há instituições que o ato

da sociedade não ultrapassou os limites do objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva.

Outro aspecto a ser considerado é a extensão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica que depende da análise do caso concreto. Na maioria das vezes, atinge o patrimônio do sócio na proporção do dano causado em determinada operação comercial, em outras, constatada a ilicitude da própria sociedade, a sua aplicação poderá atingir o patrimônio dos sócios em todas as operações engendradas pela empresa.

A jurisprudência atual vale-se das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor e da Lei Antitruste, aplicadas, portanto, a outros campos do Direito desde que, obviamente, não contrária a harmonia legal e legítima do texto de lei pertinente, adotando-se, inclusive, a título de argumentação, o disposto no Projeto de Lei do Novo Código Civil.

Não é tarefa fácil, pois, de um lado, reforça-se a preocupação de se proteger os direitos da personalidade jurídica, como forma de que ela efetivamente venha a atender ao fim para o qual foi criada e cumpra a sua função econômico-social diante da ordem econômica constitucional em vigor, de outro, está a preocupação de que essa proteção à personalidade jurídica não venha a ser utilizada como obstáculo ao justo ressarcimento do lesado.

Não há qualquer dúvida de que em determinadas situações pode-se encontrar argumentos mais fortes em prol da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mormente quando for comprovado ato ilegal, fraudulento, emulativo, ou ainda, nos dizeres do Código Civil, houver abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. A desconsideração da personalidade jurídica, como técnica excepcional de modificação de centro de imputação, deve ser de aplicação restrita, como exceção à regra geral da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro, e ser aplicada nos casos concretos só quando ausentes os pressupostos da validade e licitude da personalização.

O que não é admissível é confundir a responsabilidade de sócio, administrador, e principalmente de ex-sócio, ex –administrador, por infrações ou adimplemento de obrigações por atos ou omissões que não lhe podem ser imputados..

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARO, Luciano. *Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, vol. 5, pág. 168.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, volume I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Aux source Du droit*. Lepouvoir, l'ordre et La liberté, Caen, Centre de philosophie juridique et politique, 1986, p.128.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, vol. 13, 1995, pág. 79.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*, volume I. 8. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Simone Gomes. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, vol. 11, pág. 7.

SAVIGNY. Friedrich Karl von. *Traté de Troit Romain*. Trad. Gueneoux, Paris, 1845.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Revista dos Tribunais. Volume 1. Porto Alegre, 1999.