



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

ATUALIDADES

ALGUNS ASPECTOS HERÉTICOS DA LEI ANTITRUSTE (LEI 8.884/94)

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Tal é a componente cultural básica brasileira, essa maceração da latinidade ao calor dos trópicos, que as regras da conduta social, por exemplo, se pautam por alterações bruscas e radicais numa ciclotimia exacerbada que dificilmente encontra vias moderadoras.

Passamos anos sob a absoluta omissão da ordem jurídica no trato dos crimes econômicos, os chamados delitos das classes mais altas e, quando enfim veio editada a “lei do colarinho branco” (Lei 7.492) a sua severidade era tamanha que, a título de ilustração, o ilícito de possuir uma conta bancária não declarada no exterior (indistinto, irrisório, que seja o valor envolvido) (art. 22), passou a ter um tratamento processual penal mais rigoroso que aquele que, em certa época concedeu-se ao próprio homicídio, que ao assassinato de uma pessoa, pois aqui se primário fosse o réu, apelaria da sentença condenatória em liberdade (“Lei Fleury”, no que alterou o art. 594 do CPP) e lá no delito econômico já é recolhido à prisão o réu condenado em 1.ª instância mesmo que “primário e de bons antecedentes” (art. 31).

Pois vemos esse fenômeno agora espelhado nos termos da Lei 8.884 de 11.6.94, 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 proprie-

dades técnicas, falseia na indispensável valoração jurídica de seus conceitos, e acaba afrontando essenciais princípios da ordem constitucional.

As heresias já começam sob o Tít. II, que passa a tratar das infrações da ordem econômica.

De início já há certa ambigüidade no art. 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.

Ora, o art. 18, adiante, afirma que: “a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste (*sic*) abuso de direção, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e...”

Bem, aqui sim, adotando os critérios assentados em direito (no Brasil na Lei 6.404, a única moderna no trato societário em espécie) fica expressado que, para aplicação, ao caso ocorrido, do *disregard of legal entity* há que ter ocorrido, por parte do agente, (e aí observe-se já a má redação do dispositivo) das pessoas físicas que “falam” pelo ente jurídico (os “presentantes” da pessoa jurídica, como queria Pontes de Miranda), 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 abusivo de direitos.

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

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

Pondere-se então, que há aí uma falha na lei, que mais clara deveria ser no seu dispositivo do art. 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 art. 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 novidade 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 (que não terá

agido contra a lei, nem contra os estatutos, nem com excesso de poderes, etc.) 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 legal da responsabilidade objetiva, pelo risco, pois que baseado, na ordem jurídica brasileira, o princípio geral da responsabilidade na ocorrência de culpa (art. 159 do CC), e inócua necessariamente aí, por suposto, a culpa do administrador, só podemos entender como havendo na hipótese a criação de uma responsabilidade pelo risco.

E sobra perguntar se há uma correta valoração jurídica, ou mesmo uma adequada inserção no subsistema da responsabilidade objetiva, existente, por exceção, na ordem brasileira, de uma hipótese que não se cuide de atividade de risco (como as de transportes, as de unidades nucleares, etc.) mas de uma comuníssima gestão empresarial.

Não é difícil concluir que há um engano ou um desvio de critérios por parte do legislador ao imputar tal tipo de responsabilização, desprezando a pesquisa de culpa, para os gestores de dezenas de milhares de empresas existentes no país.

Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra ordem econômica expressa no *caput* do art. 20: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestadas, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados".

Esta-se aí definindo tipologicamente certas ações como ilícitos. Ilícitos civis, naturalmente. Ora, o ilícito civil no princípio básico da lei brasileira (art. 159 do CC) assenta-se na culpa, naquele dispositivo definida (v. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 7.^a ed., I/366 e Bevilacqua, *Código Civil*, Ed. Histórica, I/426).

Não tem cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei Complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais, na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta injurídica punível e não de criação de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva.

Parece contudo inesgotável a impropriedade do legislador nesse trato da ordem econômica e suas infrações. Pois na composição tipológica daqueles ilícitos resolveu compreender atos que tenham por objeto certos efeitos nocivos ao saudável fluxo econômico, então listados, mas ainda atos que não propriamente objetivem o alcance daquelas situações de incorreto desbalanceamento da economia mas que “possam produzir” tais efeitos “ainda que não sejam alcançados”.

Entende-se portanto no texto legal que qualquer ato da empresa — ainda que desprovido de culpa, como vimos — que na verdade não prejudique a livre concorrência, mas que poderia eventualmente tê-lo feito, qualifica um ilícito contra a ordem econômica.

E, certamente, invertendo toda a concepção do ato ilícito, e pervertendo a técnica mais comezinha da formação dos tipos legais, defere ao abstrato, vago, nebuloso e perigoso parâmetro da “possibilidade” de produção de algum daqueles efeitos tidos como deletérios, a verificação da ocorrência da infração legal.

Não temos ciência, no quadro legal brasileiro nem nos chamados crimes de perigo (arts. 250 e ss. do CP), de alguma norma tipológica tão em aberto, deixando à apreciação perigosamente ampla do seu aplicador, sobre o que enfim caracteriza na fastispécie a possível ocorrência dos eventos em causa. E, ainda, antes do curso judicial teremos aí um aplicador administrativo da lei com tal amplitude discricionária de caracterização do delito, em um procedimento legal criado, (arts. 39 e ss.) de teor sumário.

Ademais, uma das seqüelas que, acarretadas, (ou que as ações da empresa “possam” acarretar), traduzem a infração, é a do inc. III, “aumentar arbitrariamente os lucros”, o que de novo revela a simpatia desse legislador pelo repouso em conceitos vagos e subjetivos na qualificação dos delitos civis que ele cria. Afinal, o que é um aumento arbitrário? Ou ainda, até que proporção o aumento nos lucros se revela arbitrário?

No art. 21 a lei fixa uma lista, apenas exemplificativa, já que em gênero todas as condutas amoldadas no tipo do art. 21 se caracterizam como tal ilícito, de infrações à ordem econômica. E, certo é reconhecer, na sua quase totalidade, são hipóteses bem claras e definidas de delitos econômicos, como as conhecidas manobras desviosas de fixação de preço, “cartelização” (incs. I e II).

Mas, há capitulações, como a do inc. XXIV, que tipifica como conduta delituosa “impor preços excessivos”, deferindo a alguém, norma em branco que é, a definição do que seriam preços excessivos, observando-se sempre que, na particularidade dos procedimentos severos ensejáveis com base nessa lei, antes do seu aplicador judicial, dotado do preparo completo e da temperança inerentes à ação jurisdicional, vai surgir o julgador administrativo, do Cade, com tal amplitude conceitual para, “vendo” ali um delito econômico, aplicar pesadas sanções.

Pois é muito severa mesmo a Lei 8.884 também ao prever as sanções contra essas infrações à ordem econômica.

No n. I do art. 23 estipula ela a multa "de 1 a 30% do faturamento bruto" do último exercício da empresa, "excluídos" os impostos, possibilitando-se aí, pelo evidente exagero de critérios do legislador, que empresas que operem com margens brutas reduzidas sofram verdadeira constrição, perda patrimonial efetiva, muito além dos limites dos ganhos que teria supostamente obtido em razão, mas não só, da eventual conduta indevida.

Mas, há mais exageros de apenamento. O inc. IV, *a* prevê ainda o gravame de "recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator", o que representa afronta óbvia aos direitos de propriedade industrial, realmente não se concebendo que delitos econômicos sejam apenados para além das multas e constrições administrativas, a um ponto tal que se invada o campo essencial dos direitos legítimos.

E ainda, e com maior teor de absurdo, o inc. V comporta também como penalidades: "a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

É custoso acreditar que o legislador tenha chegado a tal extremo de destemperança, deferindo à autoridade o poder de praticamente extinguir a sociedade acusada, ou de reduzi-la e criar outra, ou de aportar patrimônio a uma terceira (conforme a cisão seja com encerramento da empresa original ou não, ou com versão em sociedade preexistente), de mudar o controle societário dela, invadindo o patrimônio alheio, deferindo bens de uns para outros,

alienando bens da empresa por iniciativa direta, sem o requisito do processo executório, e atos desse teor, notando-se que ainda insatisfeito, permite-se conferir, ao término, um "cheque em branco" pois que autoriza também "qualquer outro ato ou providência" necessários (a critério de quem?) à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

São tão extensas e tão básicas as afrontas constitucionais dessas penalidades administrativas que seria cansativo enumerá-las todas.

Já o n. XIX do art. 5.º da Carta fica ferido, no que assegura ele que quaisquer associações só podem ser dissolvidas por sentença definitiva e mesmo suspensas por decisão judicial, impossível assim que se delegue ao Cade tal força.

A incrível disseminação das patentes de invenção do faltoso encontra barreira no inc. XIX daquele artigo constitucional.

De outra parte, ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (entende-se processo judicial, é claro) como o assegura o inc. LIV, prejudicado pois que o Cade possa vender ativos, ou transferir controles societários como o quer a lei atual.

Ao fixar (art. 28) a prescrição quinquenal para as infrações da ordem econômica, a lei determina (§ 1.º) que o prazo prescricional se interrompe por "qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica."

Temos também por inconstitucional essa regra, pois conflitante com os princípios do Código Civil (art. 72) na matéria, e a lei civil é tida com força de lei complementar pela sua natureza.

Assim é que as causas de interrupção da perda do direito de agir são, na lei civil, todas elas centradas ou em atos judiciais (citação, protesto etc.) ou em ato do próprio devedor, no sentido de reconhecer o débito.

A estranha Lei 8.884 pretende que por ato do credor (“qualquer ato administrativo”), seja interrompida a prescrição, valendo entender que por quaisquer ações da administração ficarão pendentes as responsabilidades do eventual infrator, e isso indefinidamente, dispensadas providências judiciais para tal.

Normal é que se fixem, como o faz a lei, bases do necessário procedimento administrativo, iniciado junto à Secretaria de Defesa Econômica e depois julgado no Cade. O que é todavia muito estranho, e também de constitucionalidade duvidosa, é que a lei autorize ao Secretário de Defesa Econômica ou ao Conselheiro Relator do procedimento no Cade (art. 52) a prática de uma “medida preventiva” contra o autuado, “quando houver indício ou fundado receio” de que aquele “direta ou indiretamente cause ou possa causar” ao mercado, dano grave ou lesão irreparável, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Já é questionável a pertinência constitucional dessa estranha medida cautelar administrativa, que comete ao administrador o poder de, sem sequer ir à Juízo, realizar restrições patrimoniais financeiras e operacionais ao autuado.

Nem a legislação fiscal, classicamente tão severa no cuidado com os créditos tributários e a exação no cumprimento dos deveres dos contribuintes, chegou, no Brasil, a tais extremos, inconcebível que, sem alguma prestação jurisdicional, prévia que seja, tenha o fisco acesso ou ingerência no patrimônio ou na gestão dos contribuintes.

Além disso, o critério tipológico do legislador é de todo inaceitável aos estudiosos do direito, assim como ao que se preocupa com a preservação dos direitos básicos e com a contenção dos poderes do príncipe na ordenação administrativa. Pois convenha-se, não é sequer razoável que se cometa a aquele poder cautelar enorme ao administrador quando haja indício ou “fundado receio”

de que o acusado mesmo indiretamente “possa causar” ao mercado aquelas lesões graves.

A ocorrência é claramente vaga, ambígua, imprecisa e, pois, permissiva de um viés interpretativo amplo pelo administrador, tudo, vimos, autorizando uma grave e contundente medida cautelar.

É fácil figurar a infinita possibilidade que se permite inferir, de uma qualquer atitude, como possível indiretamente de causar ao mercado dano de difícil reparação.

A norma legal em tela é, ainda aí, insustentável.

Diante dessa inédita severidade da Lei 8.884, e mesmo de sua abusividade face à ordem jurídica na qual se insere, não estranha que ao emoldurar a maneira de execução judicial das decisões do Cade o legislador tenha igualmente atropelado normas asseguradoras básicas.

Se é natural e conseqüente que a decisão final administrativa seja título executivo extrajudicial (art. 60) e que à decisão impositiva de obrigação de fazer se confira seja tornada de efeitos práticos compulsórios, se possível, pela ordem judicial (art. 62 e § 1.º), (ainda que neste último caso as regras próprias do CPC já assim disponham, desnecessária a repetição da Lei 8.884), outras das disposições neste capítulo não se coadunam com o bom direito.

A voracidade punitiva do legislador pretende que (art. 62, § 2.º) a indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa, o que decerto não será verdade jurídica no caso de multa compensatória, que com aquela se confunde pois que tem matriz indenizatória também, como é de jurisprudência assente.

De outro lado pretende-se, no confuso art. 65, que: “ações ou procedimentos judiciais contra o Cade não desconstituam o título executivo ou suspendam a execução se não garantido

o juízo no valor das multas aplicadas e se não caucionado o juízo de forma a garantir o cumprimento da decisão final nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

É razoável e normal que haja necessidade de garantia do juízo para que seja sobrestada a execução e seu título correspondente — documento de dívida líquida e certa que é — mas quer-se entender que a fúria do legislador não o tenha levado a pedir a penhora em cobertura do valor envolvido e mais uma caução — pelo absurdo que tal representaria — bem como não se concebe que multas diárias (as do art. 67?) — penas compensatórias não são, nos termos da lei — seriam necessariamente acobertadas, pois que se são suasórias, “astreintes” consoante nosso direito não são valores líquidos e certos integrantes do título sem sentença que as plascite e confirme.

De novo insustentável é o princípio do art. 66, onde mesmo garantido o juízo e a execução em termos reais, autoriza-se o juiz a antecipar as decisões condenatórias e interventivas, suprimindo-se o, *due course of process* aviltando-se o art. 5.º LV da CF.

A Lei 8.884 veio no contexto de uma fase que se pretende mais séria na concepção das relações econômicas no país, e que se emblematizou, nesse primeiro passo, na edição das normas do

“Plano Real” com tudo o que ali representa de criação mesmo de uma nova “cultura” de raízes cumulativamente monetárias, financeiras e econômicas na circulação de bens e serviços.

Daí com certeza verter-se para um trato bem grave aos comportamentos tão viciados, egoístas e essencialmente decorrentes com a coletividade, de certa e importante parcela dos agentes econômicos.

Contudo, se há quem não possa perder o equilíbrio e o senso jurídico é o legislador, aquele que se investe do mandato popular para estratificar nos comandos da lei — com sua universalidade, sua eficácia geral, sua coerção plascitada pela voz da sociedade — os ditames de direitos e deveres que se imbricam no convívio humano.

Aqui, no caso da Lei 8.884, parece, infelizmente, que o legislador perdeu às vezes o passo e o prumo, e sob o fito meritório de severamente tratar os assaques à ordem econômica, acaba por abrir o flanco a freqüentes injuridicidades, inconstitucionalidades, autênticas heresias à ordem jurídica.

Vai ser o caso de o Poder Judiciário ser convocado a estabelecer a necessária temperança na aplicação concreta desses comandos, de modo a que a luta contra os desvios egoístas dos agentes econômicos não se perversa em sérias ofensas a garantias e direitos fundamentais.