

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES NA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Mauro Grinberg

I. Introdução:

1. O presente trabalho tem por finalidade o estudo da responsabilidade - pessoal e exclusiva - dos administradores pelos atos praticados pelas sociedades e que as sujeitam às sanções da legislação de defesa da concorrência; além da finalidade, é, obviamente, limitação.

2. Estabelece o artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente”.

3. A aplicação de multa contra empresas como penalidade para a prática de abusos do poder econômico - preferindo-se aqui utilizar a expressão “abuso do poder econômico”, constante do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal, em vez da expressão “infração da ordem econômica”, constante do artigo 20 da Lei nº 8.884, de 1994, tendo ambas o mesmo significado, cujo exame, de qualquer sorte, escapa ao objetivo do presente trabalho - já vem dos

artigos 43 e 44, alínea “c”, da Lei nº 4.137, de 1962, dispositivos que foram expressamente mantidos pelo artigo 23 da Lei nº 8.158, de 1991.

4. Todavia, a aplicação de multa contra administrador constitui novidade, sendo objeto do presente trabalho o exame dessa novidade, prevista no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994, sendo certo que o mencionado inciso II é aplicável nas hipóteses dos incisos I e III do mesmo artigo; até o advento desta lei, os administradores só tinham responsabilidade dentro da responsabilidade geral dos administradores.

5. Com efeito, o inciso I refere-se às empresas, de fins obviamente lucrativos, relativamente às quais a multa deve ser aplicada em função do faturamento; já o inciso III refere-se às entidades não lucrativas, relativamente às quais não pode ser aplicada multa em função do faturamento, sendo substituído tal critério por outro.

6. Nas duas hipóteses, porém, o administrador pode estar sujeito à aplicação de multa, não se podendo imaginar que o fato do inciso II prever a responsabilidade do administrador, ele não se aplique à hipótese do inciso III, por lhe ser superveniente; efetivamente, da mesma forma que a numeração de artigos em uma lei não indica preponderância de um sobre outro, a numeração de incisos em um artigo também não estabelece hierarquia entre eles.

7. Assim, expõe MAYR GODOY que o inciso “é a forma de abrir um espaço no artigo ou no parágrafo para aí introduzir uma explicitação do assunto em pauta”¹.

8. Na mesma linha, o ítem 9.2.2.3 do Manual de Redação da Presidência da República, de 1991, deixa claro que “os incisos são utilizados como elementos discriminativos de artigo se o assunto nele tratado não puder ser condensado no próprio artigo ou não se mostrar adequado a constituir parágrafo” (página 194).

9. Entende-se, conseqüentemente, que o inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994, refere-se às hipóteses dos incisos I e III do mesmo artigo; mas, tratando os incisos I e III de hipóteses distintas, devem ter tratamento separado.

II. Responsabilidade dos Administradores de Empresas de Fins Lucrativos:

10. Anteriormente à edição da Lei nº 8.884, de 1994, a responsabilidade dos administradores de empresas de fins lucrativos, mesmo perante o direito da concorrência empresarial, era decorrente da legislação geral societária e bem assim das normas que regem a responsabilidade civil em geral.

¹ “Técnica Constituinte e Técnica Legislativa”, edição LEUD, São Paulo, 1987, página 138.

11. Assim, com relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelece o artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919: “Os sócios-gerentes ou os que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

12. EGBERTO LACERDA TEIXEIRA explica: “O abuso ou excesso de poderes, em sua configuração lata, abrange os casos de o gerente praticar atos estranhos ao objeto da sociedade ou praticá-los com inobservância dos preceitos legais ou estatutários. Seria o caso, por exemplo, na primeira hipótese, de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maqunária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel. Ocorreria a segunda hipótese se, em determinada empresa, o contrato social exigisse, em certas operações, assinatura de dois diretores ou a audiência prévia da assembléia geral, e o gerente por si só, sem a co-assinatura de outro diretor ou consulta à assembléia, assumisse obrigações de grande vulto para a sociedade”².

13. Este artigo tem sido analisado principalmente, por um lado, quando a sociedade procura eximir-se da responsabilidade por ato praticado por sócio-gerente que tenha agido com excesso de mandato (ou poderes) ou em violação do contrato ou da lei, e, por outro lado, quando um credor não consegue cobrar seu crédito da sociedade e quer fazê-lo do sócio-gerente que teria agido com excesso de mandato (ou poderes) ou em violação do contrato ou da lei.

14. Igualmente no que diz respeito à responsabilidade decorrente da aplicação da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, é certo que, até o advento da Lei nº 8.884, de 1994, também o órgão aplicador poderia impor subsidiariamente aos sócios-gerentes de sociedade insolvente as penas aplicáveis à sociedade, se encontrado motivo que pudesse ser caracterizado como excesso de mandato (ou poderes) ou violação do contrato ou da lei.

15. Não há registro de que o órgão aplicador da lei tenha feito qualquer tentativa de atingir os sócios-gerentes de sociedade insolvente, mas é óbvio que essa possibilidade existiu - e ainda existe para as infrações cujos processos permanecem em fase de apuração embora tenham sido praticadas antes do advento da Lei nº 8.884, de 1994 -, mas sempre dependente da prova do excesso de mandato (ou poderes) ou da violação do contrato ou da lei pelo sócio-gerente em especial.

² “Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada”, edição Max Limonad, São Paulo, 1956, página 104.

16. Utilizando o exemplo fornecido por EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, acima referido, seria o caso “de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maquinária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel” e, neste ato, praticar abuso do poder econômico; poderia o órgão aplicador da lei responsabilizar o sócio-gerente que assim agiu, na hipótese de, tendo sido aplicada a multa, esta não tiver sido paga em decorrência de insolvência da sociedade.

17. Nas sociedades por ações, estabelece o artigo 158 da Lei nº 6.404, de 1976:

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições e poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto”.

18. Explica J.C. SAMPAIO DE LACERDA: “Tratando-se de prejuízos oriundos de atos praticados pelo administrador, dentro de suas atribuições ou poderes, somente são reparáveis mediante a prova de sua culpa ou dolo. Na hipótese, porém, em que os prejuízos decorrem de atos, operações ou omissões praticados pelos administradores, mas com violação da lei ou do estatuto, prescinde-se da prova de culpa do administrador. Nessa última hipótese a lei presume culpa do administrador, mas uma presunção iuris tantum, porque poderá ele provar que a violação da lei ou do estatuto resultara de circunstâncias especialíssimas, por ele não provocadas ou relativamente às quais não poderia ele ter nenhuma influência, ou que os prejuízos verificados ocorreriam em qualquer hipótese. A única coisa que o prejudicado terá de provar é o prejuízo e o nexo de causalidade entre o ato violador da lei ou do estatuto e o prejuízo sofrido”³.

19. Da mesma forma que nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, este artigo tem sido analisado, principalmente, por um lado, quando a sociedade procura eximir-se da responsabilidade por ato praticado por administrador com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto, e, por outro lado, quando um credor não consegue cobrar seu crédito da sociedade e quer fazê-lo do administrador que teria agido com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto.

³ “Comentário à Lei das Sociedades Anônimas”, 3º Volume, edição Saraiva, São Paulo, 1976, página 206).

20. Da mesma forma que nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, não há registro de que o órgão aplicador da lei tenha feito qualquer tentativa de atingir administradores de sociedade insolvente, mas é óbvio que essa possibilidade existiu - e ainda existe para as infrações cujos processos permanecem em fase de apuração, embora tenham sido praticadas antes do advento da Lei nº 8.884, de 1994 -, mas sempre dependente da prova da culpa ou dolo ou da violação da lei ou do estatuto.

21. Utilizando o exemplo fornecido por EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, acima referido para a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, agora para a sociedade por ações, seria o caso “de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente (administrador) obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maquinária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel” e, neste caso, praticar abuso do poder econômico; poderia o órgão aplicador da lei responsabilizar o administrador que assim agiu. na hipótese de, tendo sido aplicada a multa, esta não tiver sido paga em decorrência de insolvência da sociedade.

22. Há uma novidade, contudo, com o advento da Lei nº 8.884, de 1994, cujo artigo 23 - sobretudo o respectivo inciso III - já foi acima transcrito e se constitui no objeto deste trabalho, conforme acima explicitado.

23. Explica JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “Além da punição dirigida à empresa, haverá também a punição do administrador, quando este, direta ou indiretamente, for responsável pela infração cometida por empresa. E a penalidade imposta será de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador, ou seja, deverá ser paga por ele”⁴.

24. Prossegue JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “A multa aplicável ao administrador deverá fixar-se em 10 a 50% do valor que for aplicado à empresa. E deverá ser paga com recursos pessoais do administrador, que sentirá, assim, uma repercussão direta em seu patrimônio pessoal”⁵.

25. Em sentido mais liberal, expõe FÁBIO ULHOA COELHO: “Diz a lei que a sanção será da exclusiva e pessoal responsabilidade do administrador. Essa disposição, contudo, não impede a previsão, no contrato celebrado entre o administrador e a sociedade empresária, de cláusula de cobertura da penalidade. Isto é, embora perante o CADE seja o administrador o responsável pelo pagamento da multa, ele poderá em regresso ressarcir-se da empresa, se prevista essa condição em instrumento contratual”⁶.

⁴ “Lei de Proteção da Concorrência”, edição Forense, Rio de Janeiro, 1995, página 104.

⁵ Obra citada, página 106.

⁶ “Direito Antitruste Brasileiro”, edição Saraiva, São Paulo, 1995, página 89.

26. Prossegue FÁBIO ULHOA COELHO: “Em se tratando de sociedade anônima, também é lícito prever-se no estatuto tal responsabilidade pela legalização em regresso dos administradores apenados com base na legislação antitruste. Caso inexistir previsão orçamentária, a própria Assembléia Geral que deliberar sobre a remuneração dos administradores poderá consignar o pagamento”⁷.

27. Continua FÁBIO ULHOA COELHO: “Interessa, por outro lado, à própria empresa o ressarcimento ao administrador da multa fundada na legislação antitruste. Com efeito, a perspectiva da severíssima punição, estabelecida na lei, poderia eventualmente inibir uma maior agressividade na competição empresarial, tendo em vista que os administradores, uma vez apenados pelo CADE, não teriam como diluir as repercussões econômicas de tal responsabilização, nem mesmo teriam como delas se precaverem. Já, a empresa pode, a prazo médio que seja, simplesmente repassar aos preços de seus produtos e serviços o valor da multa infligida, inclusive a de responsabilidade de seus administradores”⁸.

28. Finaliza FÁBIO ULHOA COELHO: “Atende, portanto, ao interesse de ambas as partes - empresário e administrador - o ressarcimento pela empresa de eventuais multas aplicadas pelo CADE com base no art. 23, II, da lei antitruste”⁹.

29. Para solucionar os problemas acima colocados, não podemos nos socorrer da legislação estrangeira, até porque ela não prevê a situação estabelecida pelo artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994.

30. Já a divergência entre os dois únicos autores conhecidos a enfrentar o problema merece exame, até porque os casos práticos poderão surgir a qualquer momento, podendo ser ventilada a suspeita de que até agora o órgão aplicador da lei não aplicou o dispositivo em exame exatamente em decorrência da dificuldade de interpretação aqui exibida.

31. De início, deve ser destacado, que o dispositivo em exame não prevê que a multa seja aplicada ao administrador por excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo - hipóteses previstas no artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, e no artigo 158 e respectivos incisos I e II da Lei nº 6.404, de 1976, acima transcritos -; ao contrário, fala em “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa”, independentemente de ter havido excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo.

⁷ obra e página citadas.

⁸ obra e página citadas.

⁹ obra e página citadas.

32. O primeiro ponto a ser examinado é o da possibilidade de convivência - possibilidade, sim, porque a inconveniência pode resultar na recomendação de revogação - entre a legislação societária e o dispositivo sob exame, sendo que a resposta só pode ser positiva, ou seja, o dispositivo sob exame não colide com a legislação societária.

33. Com efeito, não se aplica aqui a hipótese do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

34. Como obviamente não se trata de revogação expressa nem de regulação especial da mesma matéria, resta para exame apenas a compatibilidade (ou incompatibilidade) entre as duas normas colhendo-se a explicação de VICENTE RAO: “Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer umas e outras, umas a par de outras, não ocorrerá revogação alguma”¹⁰.

35. A legislação societária trata da responsabilidade dos administradores por excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo; o dispositivo sob exame veio acrescentar uma outra responsabilidade, a do “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa”, sendo certo que, como são responsabilidades distintas, é flagrante a compatibilidade (e conseqüentemente a possibilidade de convivência) entre o dispositivo sob exame e a legislação societária.

36. Resolvida essa questão, deve-se examinar a posição de FÁBIO ULHOA COELHO - e os perigos dela decorrentes - segundo a qual pode a sociedade assumir a obrigação do seu administrador que seja condenado pelo órgão de aplicação da lei a pagar multa, na qualidade exclusiva de administrador, que a lei estabelece ser pessoal e exclusiva, e conseqüentemente intransferível, do administrador.

37. Essa solução tem o poder de gerar problemas tributários de enorme vulto que, apesar de estarem fora do âmbito do presente estudo, podem ser simplesmente exemplificados: se a sociedade pagar, eventualmente não poderá incluir tal pagamento na despesa dedutível do lucro, já que por lei a despesa não é dela; se a sociedade pagar ao administrador uma despesa que não é rendimento desse administrador, a hipótese poderá ser de distribuição disfarçada de lucros ou de pagamento indevido (conforme se trate de administrador sócio ou não sócio), uma vez que não se trata de rendimento nem de despesa da sociedade.

¹⁰ “O Direito e a Vida dos Direitos”, 1º Volume, Tomo II, edição Resenha Universitária, São Paulo, 1976, página 298.

38. Essa interpretação, todavia, ainda leva a mais perigos, pois pode ocorrer a hipótese da sociedade ser levada à insolvência ou simplesmente ser extinta, sendo que, neste caso, não haverá sociedade para pagar a dívida do administrador.

39. Acrescente-se que o dispositivo sob exame é de 1994 e muitas relações de sociedades com administradores são a ele anteriores; além disso, mesmo após o advento do dispositivo sob exame, não se tem conhecimento de que a matéria tenha sido objeto dos acertos entre sociedades e administradores.

40. O que se observa, enfim, é que pode haver um verdadeiro, embora eventual, barril de pólvora, não se sabendo quem tem o poder de desencadear a fagulha e a que distância se encontra; contra tal possibilidade de explosão, conta-se apenas com o bom senso dos integrantes do órgão aplicador da lei.

41. Em contraposição, todavia, pode-se apresentar a teoria do órgão, pela qual o administrador não representa a sociedade, mas é dela um órgão, ou seja, quando age o administrador em nome da sociedade, é em verdade a própria sociedade que age, necessitando do administrador porque não pode agir sem a sua (dele administrador) intervenção física.

42. Não se pretende aqui fazer exposição detalhada a respeito da aplicação da chamada “teoria do órgão”, mas apenas uma brevíssima digressão (assumindo a sua aplicabilidade de modo praticamente axiomático).

43. Explica EGBERTO LACERDA TEIXEIRA: “Professa-se, hoje em dia, a convicção de que os diretores, gerentes ou administradores das sociedades de índole capitalista são, na verdade, órgãos da sociedade. Como órgãos da sociedade, os administradores não representarão os interesses particulares dos sócios, ou de certo grupo de sócios, e sim o interesse da empresa”¹¹.

44. Explica, por sua vez, CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO: “Quando a sociedade age por intermédio de seus administradores, é ela mesma quem pratica o ato jurídico; os gerentes, frente a terceiros, são a própria sociedade. Ora, se os administradores constituem parte integrante da sociedade - ou ela própria - evidentemente não se pode falar na figura da representação, visto como não há duas pessoas, mas apenas uma”¹².

45. Explica, também por sua vez, PONTES DE MIRANDA: “Os sócios gerentes e os que deram o nome à firma aparecem, aos terceiros, como outorgados de poderes. Toda outorga tem limites. Mas a situação em que se acham, pela gestão (...), faz supor-se que operam de acordo com o contrato e a lei.

¹¹ Obra citada, página 99.

¹² “A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada”, Volume I, edição Forense, Rio de Janeiro, 1958, página 293.

Vinculam a sociedade, e não a si mesmos (...), se praticam atos em nome da sociedade”¹³.

46. Prossegue PONTES DE MIRANDA: “Os sócios gerentes são órgãos, e não mandatários: não representam, apresentam a sociedade”¹⁴.

47. De acordo com esse entendimento, não é possível responsabilizar um administrador - já que, agindo em nome da sociedade, ele é, em verdade, a própria sociedade presente -, a não ser por atos praticados com excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo; ocorre, neste caso, a aplicação da legislação societária geral e não do dispositivo sob exame.

48. Deve-se, em adição, analisar o vínculo entre a sociedade e seu administrador, explicando ALBERTO XAVIER: “O conceito técnico-jurídico de administração é, pois, um conceito formal, na medida em que o seu traço essencial está no exercício de poderes que produzam efeitos para com terceiros, ou seja, no exercício de poderes de representação. Quer isto dizer que a aceitação estrita de administração não se basta com a gestão, exige além disso a representação”¹⁵.

49. Prossegue ALBERTO XAVIER: “A representação que é privativa dos administradores é uma representação orgânica, no sentido de que lhe advém da investidura num cargo (...) que reveste a natureza jurídica de órgão da sociedade, ou seja, de centro de manifestação de vontade da pessoa jurídica”¹⁶.

50. Finaliza ALBERTO XAVIER: “O contrato de administração tem, pois, como conteúdo, uma prestação de serviço, que se traduz no exercício de uma forma peculiar de trabalho - que é precisamente a gestão e representação de empresas - e que envolve um tipo peculiar de remuneração”¹⁷.

51. Ora, se o administrador tem poderes de gestão e representação (na verdade apresentação), tem com a sociedade um contrato de prestação de serviços, recebe uma remuneração particularizada por essa condição, difícil fica compatibilizar o dispositivo sob exame com essa situação do administrador.

52. Pode-se criar exemplos: uma determinada sociedade tem uma rede de distribuição de seus produtos por meio de distribuidores independentes, sem exclusividade territorial; resolve, em dado momento, dar privilégios de preços a um em detrimento de outro distribuidor, sem que para isso haja um critério

¹³ “Tratado de Direito Privado”, Tomo 49, edição Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, página 405

¹⁴ obra e página citadas.

¹⁵ “Administradores de Sociedades”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, páginas 20/21.

¹⁶ obra citada, página 21.

¹⁷ obra citada, página 23.

lógico (baseado, conforme o caso, em quantidades ou outros padrões auferíveis objetivamente).

53. Levado esse comportamento ao órgão aplicador da lei, este pode entender que a prática constitua abuso do poder econômico, aplicando assim multa à sociedade e outra multa ao administrador; se os poderes que o administrador utilizou foram os poderes normais da administração, a sua condenação pode resultar num abalo ao bom senso.

54. Mais ainda, os abusos do poder econômico resultam sempre de circunstâncias do mercado e da atividade econômica, que obviamente são mutáveis; no exemplo dado, a consideração do comportamento como abuso do poder econômico pode ser positiva para indústria de um determinado produto e negativo para indústria de outro produto; ainda no exemplo dado, a consideração do comportamento como abuso do poder econômico, levando em consideração a mesma indústria, pode ser positiva para uma determinada região geográfica (país, estado, cidade e até mesmo parte de cidade) e negativa para outra.

55. Não se tem por objetivo aqui fazer a análise do direito da concorrência empresarial, mas é preciso explicar que, no exame de cada caso, para a verificação da existência ou não de abuso do poder econômico, é preciso antes verificar qual o chamado mercado relevante.

56. Cumpre lembrar que a Lei nº 8.884, de 1994, faz referência expressa a mercado relevante (sem contudo defini-lo), lembrando-se aqui o artigo 20, inciso II - que trata como infração da ordem econômica o ato de “dominar mercado relevante de bens ou serviços” - e o parágrafo 2º do artigo 20 - que, para esclarecer o que é posição dominante como infração da ordem econômica, fala de “parcela substancial do mercado relevante”.

57. SERGIO VARELLA BRUNA acentua a importância da conceituação: “Na análise do problema concorrencial, como se vê, importa verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado apartado dos demais, ou seja, qual o mercado que deve ser considerado relevante, para fins da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência”¹⁸.

58. BENJAMIN SHIEBER, resumindo a experiência da jurisprudência norte-americana, diz: “O mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos - levando em consideração o preço, a finalidade e a quantidade deles”¹⁹.

¹⁸ “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, página 77.

¹⁹ “Abusos do Poder Econômico”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, página 47.

59. Pode parecer elementar, e o é em sua conceituação básica; todavia, quando se desce ao exame casuístico, aflora a complicação; explica BENJAMIN SHIEBER: “A regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro para determinar se os dois são do mesmo mercado, parece-nos necessária para evitar o absurdo de que cada produto fabricado constituiria um mercado, v.g., cada marca de refrigerante ou cada marca de cigarro. Mas, frisamos que a regra deve ser usada levando-se em consideração o fim precípua da lei antitruste, que é sustentar a concorrência. Para alcançar esse fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro produto, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral”²⁰.

60. Finaliza BENJAMIN SHIEBER: “Na dúvida, deve optar-se pela decisão que proporcionar ao público os benefícios da concorrência, porque este é o espírito orientador da lei antitruste”²¹.

61. Como se pode observar, é nesse verdadeiro emaranhado de conceitos e idéias (e até estatísticas) que deve ser aplicado o direito da concorrência empresarial; para saber se um determinado comportamento empresarial constitui abuso do poder econômico, é preciso levar em consideração fatores diversos, tais como comportamento dos compradores (este varia conforme o tempo e a localização), capacidade técnica de substituição de um produto por outro, possibilidade econômica dessa substituição, etc.

62. Dentro desse sistema complexo, parece exagerado exigir-se de um administrador que, em cada ato empresarial, em cada posição tomada no mercado, faça a análise de mercado que muitas vezes leva vários meses para ser feita por órgãos especializados e altamente sofisticados.

63. É possível argumentar que a aplicação do Direito não pode ficar sujeita a tais raciocínios de ordem puramente prática; deve ser lembrado, todavia, que o direito da concorrência empresarial, formulado basicamente no direito anglo-saxão, não prescinde da aplicação da chamada regra da razão, que nada mais é do que o simples e popular bom senso.

64. BENJAMIN SHIEBER menciona a posição do Juiz PECKHAM, da Suprema Corte, segundo o qual, “sem uma interpretação limitada das palavras da lei, o Sherman Act estaria coibindo quase todos os contratos entre empresas”²².

²⁰ obra citada página 49.

²¹ obra citada, página 49.

²² obra citada, página 74.

65. O mesmo ocorre, aliás, com todas as leis de defesa da concorrência; é preciso conviver com o dilema que contrapõe, de um lado, o empresário que quer (e na verdade precisa) sempre crescer, e, de outro lado, a sua concorrência que não pode (nem deve) ser eliminada.

66. Essa posição é marcada por BENJAMIN SHIEBER (lembrando que se trata de escrito publicado em 1966, quando a primeira lei brasileira de repressão ao abuso do poder econômico, a Lei nº 4.137, de 1962, estava no seu primórdio): “Portanto, opinamos que as mesmas razões, que levaram os intérpretes norte-americanos a adotar a regra da razão na aplicação do Sherman Act, devem levar os intérpretes brasileiros da Lei n 4.137, o CADE e os tribunais, à mesma conclusão”²³.

67. Apenas à guisa de esclarecimento, no Brasil a regra da razão tem sido utilizada com propriedade pelo órgão aplicador da lei.

68. Entretanto, dentro do quadro apresentado, ante a possibilidade de aplicação literal da lei, essa análise pelo administrador, se exigida, deve ser feita sob pena de ter ele que ser responsável por multas altíssimas, inviabilizadoras até de sua capacidade; se se leva em conta que a multa da empresa vai de 1 a 30% do faturamento bruto anual e que a multa do administrador vai de 10 a 50% da multa aplicada contra a empresa, é fácil constar que a multa aplicável ao administrador pode chegar a 15% do faturamento bruto anual da empresa.

69. Essa cifra enorme muitas vezes constitui valor igual ao de vários anos de trabalho de um administrador; apenas isso leva em conta a agressão perpetrada pelo legislador ao bom senso (no mínimo ao bom senso) ao editar a lei.

70. Isso resulta, obviamente, na necessidade de extraordinário cuidado interpretativo, para que a aplicação da lei não resulte em absurdo; não se pretende aqui fazer estudo sobre a interpretação das normas jurídicas, lembrando apenas que a interpretação sistemática é a que deve unir os pontos aparentemente desunidos.

71. Explica JUAREZ FREITAS: “A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”²⁴.

72. GENARO R. CARRIÓ, ao falar da textura “aberta” das palavras, explica que “el uso puede estar, a ese respecto, totalmente `abierto´. Es decir, no

²³ obra citada, página 82.

²⁴ “A Interpretação Sistemática do Direito”, edição Malheiros, São Paulo, 1995, página 54.

decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones”²⁵.

73. Assim, tanto o texto quanto as palavras do dispositivo sob exame, tendo sua textura aberta, devem sofrer a análise interpretativa sistemática em consonância com a legislação societária.

74. Conseqüentemente, a responsabilidade de administradores - de sociedades condenadas pelo órgão de aplicação da lei de repressão aos abusos do poder econômico -, prevista no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994, só deve ser aplicada dentro dos parâmetros traçados pela legislação societária, ou seja, quando houver excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, dolo ou culpa.

75. Efetivamente, mediante a aplicação, por um lado, da regra da razão e, por outro lado, da interpretação sistemática, o que se tem é o quadro em que, se entendido o dispositivo sob exame em sua literalidade, a atividade negocial poderá sofrer enorme abalo; não é possível, por outro lado, desconsiderar o dispositivo sob exame, pois lei existe e deve ser cumprida.

76. Desta forma, o que o dispositivo sob exame fez foi trazer para o direito da concorrência empresarial a responsabilidade de administradores que já existia no direito societário, explicitando que tal responsabilidade também é verificada no direito da concorrência empresarial.

III. Responsabilidade de Administradores de Sociedades Sem Fins Lucrativos:

77. Viu-se acima que o inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994, é aplicável tanto à hipótese do inciso I quanto à hipótese do inciso III do mesmo artigo, o que significa que não apenas administradores de empresas com fins lucrativos - que têm faturamento - quanto administradores de entidades sem fins lucrativos - que não têm faturamento -, podem sofrer multas pessoais decorrentes da prática de abusos do poder econômico.

78. Apenas para evitar dúvidas, entidades sem fins lucrativos também podem, em tese, praticar abusos do poder econômico, como, por exemplo, no caso de entidades empresariais que obrigam seus associados a comportamentos negociais concertados.

79. A diferença está na forma de aplicação da multa que, com relação às empresas mencionadas no inciso I, constitui uma porcentagem do faturamento enquanto que, com relação às sociedades mencionadas no inciso III, o critério é uma quantificação objetiva, com mínimo e máximo estabelecidos na lei.

²⁵ “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, edição Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 35.

80. As conclusões a que se chegou com relação aos administradores de empresas de fins lucrativos são aplicáveis às entidades de fins não lucrativos, com exceção da fundamentação legal que, em vez da legislação societária, é a legislação civil, na parte em que trata da responsabilidade civil.