

O regime da concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento econômico na doutrina contemporânea ao advento da Lei das Sociedades Anônimas de 1976.

Merger regimen as an economic development strategy in doctrine contemporary to 1976 Companies Act appearing.

Bruno Menegat¹

Ricardo Antonio Lucas Camargo²

RESUMO

O presente artigo discute a concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento adotada no período do regime castrense no Brasil, a partir do exame de seis doutrinadores contemporâneos à elaboração da Lei das Sociedades por Ações, de 1976, em face da cláusula referente à repressão ao abuso do poder econômico presente na Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, artigo 160, inciso V, reproduzida no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, bem como o conflito aparente entre os incisos I e V do artigo 160 da Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, e da Lei da Repressão ao Abuso do Poder Econômico com a Lei das Sociedades por Ações.

Palavras-chave: concorrência; concentração empresarial; desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

This article argues merger as a development strategy during Brazilian military Government after an inquiry on six authors contemporaries to elaboration of the Companies Act of 1976, facing the repression of the unfair use of economic power inside the First Ammendment of 1969, article one hundred and sixty, item fifth, reproduced in paragraph fourth of article one hundred and seventy-three of the Constitution of 1988, as well as the apparent conflict between items first and fifth of article one hundred and sixty of the First Ammendment and between the Repression of the Unfair Use of Economic Power Act and the Companies Act.

¹ Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

Keywords: competition; merger; economic development

SUMÁRIO

Introdução. 1) A evolução do tratamento jurídico da concentração empresarial. 2) A alteração da Lei das Sociedades por Ações e o fenômeno da concentração empresarial. 3) Inovações apontadas pela doutrina na Lei 6.404, de 1976. 4) O abalo dos dogmas tradicionais do Direito na percepção da doutrina examinada a partir da compreensão da estratégia de desenvolvimento econômico. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Como aponta com grande lucidez o jurista Alfredo Lamy Filho, a perpetuação das normas e instituições jurídicas almejadas com vistas à cristalização nos Códigos hoje em dia tem se tornado um ideal cada vez mais distante. Essas céleres mudanças devem-se às gigantescas alterações que a vida moderna nos impõe. Ao contrário do que pode parecer, tais considerações não são demasiadamente atuais, pois já em 1914 Francesco Carnelutti dissertou sobre esse tema em “A Morte do Direito”, livro que mostra o descompasso entre as normas vigentes e a realidade. Diante disso, o mundo contemporâneo deve-se mostrar como um período de provação do Direito, cabendo aos juristas a tarefa de analisar e harmonizar coerentemente essas alterações da vida em sociedade com os sistemas jurídicos. Nenhum outro ramo do Direito sofreu tanto com as metamorfoses trazidas pela modernidade, no seu entender, como o Direito Comercial, que, por sua incipiência técnica, seria inferior ao Direito Civil, apesar de se caracterizar, precisamente por ser mais recente, muito mais liberdade de interpretação do que este ³.

A concepção tradicional dos ramos do Direito voltados ao exame dos negócios jurídicos, a que os franceses costumam denominar “droit des affaires”, construída principalmente a partir dos pressupostos do liberalismo clássico, tinha a concorrência entre os agentes econômicos como um fato natural num mercado em que várias pequenas unidades, agindo livremente, encontrariam um ponto de equilíbrio a partir da igual capacidade de resistência entre ofertantes e procurantes. Os Códigos se apresentariam como monumentos que disciplinariam as relações sociais, com vocação de perenidade, por exprimirem, no dizer de seus entusiastas, a própria expressão da “natureza das coisas”, de tal sorte que tudo o que

³ LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 7-8.

tivesse de ocorrer, em termos de transformações sociais, far-se-ia mantendo os pilares em que se esteavam. De outra parte, prestigiava-se o Legislativo, tendo em vista a maior abstração e generalidade dos atos deles provenientes, convertendo-se em cânone jurídico a máxima rousseauiana da “lei como expressão da vontade geral”, destinada a fazer valer os pilares em que se lastreava o Código Civil francês de 1804, ou seja, o contrato como sagrada expressão da liberdade individual, valendo como lei entre as partes e a propriedade privada como um direito absoluto, cujo exercício dizia respeito exclusivamente à vontade livre do respectivo titular. Para um jurista ser considerado digno deste nome, haveria de considerar como a mais nobre das províncias do Direito o Privado, cuja pedra de toque é a autonomia da vontade individual, expressão da sagrada liberdade, que somente teria o seu limite natural na liberdade de outro indivíduo. Tudo o que se travasse em termos negociais – a regra de ouro consagrada pelo artigo 928 do Código Civil brasileiro de 1916 – somente diria respeito às partes que o celebraram. Estabeleceu-se uma espécie de senso comum entre os profissionais do Direito quanto a qualquer proposta hermenêutica que se afastasse um pouco que fosse de tal concepção merecer ser rechaçada em função de se afastar de um verdadeiro dogma de fé. Aliás, não é por menos que, ainda hoje, quando se pretenda apontar um erro numa proposição erguida por uma pessoa que emita um discurso sobre o Direito, seja a ela lançada a qualificação de “heresia jurídica”.

Exatamente por conta deste dado, vem a ser interessante verificar algumas das manifestações doutrinárias contemporâneas ao advento da Lei 6.404, de 1976, no que tange à fidelidade a este padrão hermenêutico. Da vasta produção do período, escolheram-se seis autores, todos estudiosos da área empresarial, embora provenientes tanto de diferentes áreas – temos aqui representantes do Direito Econômico, do Direito Comercial e do Direito Internacional Privado – como de linhas doutrinárias distintas. A partir dos textos selecionados, identificar-se-á o fato econômico “concentração” como conteúdo da norma jurídica, bem como as conseqüências que esta a ele imputou ao longo do tempo. Em seguida, contextualizar-se-á o advento da Lei 6.404, de 1976, no período em que a “concentração” foi adotada a concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento, sobretudo para o “enfrentamento da concorrência internacional”. Logo após, individualizar-se-ão as inovações apontadas pelos autores escolhidos, relacionando-as justamente ao processo concentracionista. Por último, apontar-se-ão os abalos por eles identificados nos conceitos tradicionais do Direito.

1) A evolução do tratamento jurídico da concentração.

Para o saudoso professor Washington Albino, a “concentração de empresas” foi um fenômeno típico da economia de mercado que também não encontrou apoio no direito liberal. Essa verdadeira “fatalidade” da economia passava despercebida ao sistema jurídico vigente, que acusava de fraudulenta e de tentativa de criar concorrências desleais. Com o apogeu do capitalismo, gradativamente mudou-se a visão jurídica do tema, tendo como principal impulsionador o reconhecimento da existência do Poder Privado Econômico, aquele em que as empresas, por sua robustez financeira e o contínuo domínio das inovações tecnológicas, passam a moldar também as decisões econômicas do poder público (o Poder Público Econômico), ditando a edição de leis e pressionando novas determinações de acordo com seus interesses. É nesse quadro complexo que o problema da “concentração” está ambientado⁴.

Antes de aparecer nas Constituições brasileiras, o problema das “concentrações” era tratado rudimentarmente pelos juristas, partindo do pressuposto da concorrência desleal. Foi nas Cartas de 1934 e 1937 que o tema surgiu pela primeira vez. Com forte inspiração no fascismo italiano e no famoso *Sherman Act* americano, aparece pela primeira vez no Brasil a responsabilidade do Estado de proteger a “economia popular”. A especificação dos termos da proibição das “concentrações” vem no Decreto-Lei 869, de 1938, redigido pelo grande criminalista Nelson Hungria⁵.

Essa visão mais voltada ao caráter criminal das “concentrações” passou a mudar com o Decreto-lei 7.666, de 1945, elaborado pelo então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, revogada três meses depois de sua publicação em virtude de campanha sustentada pelo titular de uma grande cadeia de jornais, que se sentia particularmente prejudicado pelo diploma em questão. Foi, contudo, dado o passo inicial à contemplação da matéria na Constituição de 1946, onde o termo “crime contra a economia popular” foi substituído por “abuso do poder econômico”. Em outras palavras, a adoção desses termos mais amplos e genéricos possibilitou

⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 121-2.

⁵ WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 57; SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 126; GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, 1977, p. 68.

uma percepção mais ampla e aprofundada sobre o caráter nocivo das “concentrações”⁶. Na Constituição promulgada em 1967, o tema perdeu mais espaço, caindo de um artigo inteiro nas Cartas anteriores para somente um inciso no título “Da Ordem Social e Econômica”. Na Emenda de 1969 acrescentou-se a esse título “o desenvolvimento nacional e a justiça social”, sendo, portanto, somente consideradas como abuso do poder econômico as concentrações que ferissem tal proposição.

Essas mudanças gradativas propiciaram uma maior abrangência para o que poderia ser considerado como “fins de domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros”, como estava promulgado e mantido desde a Carta de 1937 e o que simplesmente não se enquadraria em tal formulação. Para definir em que condições os expedientes de “concentração” deixavam de ser abuso, a Lei 4.137, de 1962, criou o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Com o movimento militar de 1964, passou-se a incentivar a “concentração de empresas” no Brasil, espelhando o novo posicionamento dos Estados Unidos, mesmo que, segundo muitos economistas, tal posicionamento não traduzisse a melhor saída para o Brasil na situação em que se encontrava. A concessão de auxílios fiscais e creditícios a determinadas empresas em detrimento de outras, a chamada “Lei do Plano” trouxe à tona o problema que as outras Constituições tentaram sanar, a saber, a tutela da concorrência. O enfrentamento da concorrência no plano internacional era visto como algo a ser alcançado menos pela atuação repressiva do Poder Público em relação às condutas anticoncorrenciais e muito mais em termos de criação de grandes empresas, da mesma dimensão das que vinham ofertando no mundo todo, inclusive no Brasil, os produtos e serviços mais procurados no mercado. Para disciplinar a concessão dos estímulos aos expedientes concentracionistas, foi criada pela Portaria DB-275/71 a COFIE (Comissão Especial de Fusão e Incorporação de Empresas)⁷.

Outro motivo alegado pelas empresas para a “concentração” é o de que as inovações tecnológicas, base da atual indústria mundial, requerem grandes investimentos, sendo que as únicas entidades que podem bancá-las são as empresas de grande porte. Para tais operações é necessário um tipo de organização complexa ao nível das grandes empresas, e o meio mais

⁶ GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, 1977, p. 68; SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 123-4.

⁷ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 96; BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 57.

adequado tem sido as Sociedades Anônimas, por possuírem, basicamente, dois aspectos fundamentais: a limitação de responsabilidade, que faz com que o acionista não perca mais do que seu investimento feito na empresa e a possibilidade de obtenção de financiamento junto ao público sem a necessidade de que cada um dos participantes do capital da sociedade tenha de entrar em contato direto com os demais. Para uma economia em massa, que exija uma economia de massa, que exija produção em massa para consumo em massa, a S.A. representa o instrumento insubstituível numa “economia aberta”, entendida como tal aquela que não seria baseada principalmente na respectiva direção central pelo Estado, embora bem longe do ideal do *laissez faire* ⁸.

Antes de se examinar a evolução do regime das concentrações, cabe examinar como elas se vêm a dar sob o aspecto fáctico, bem como as modalidades que podem assumir. De acordo com o Professor Bulgarelli, historicamente, observam-se duas fases de concentração: a primária, em que empresas mais fracas são absorvidas por outras maiores ou de mesmo porte que se fusionam, e a secundária, em que surge a aliança ou controle de empresas sobre outras, por problemas fiscais ou gigantismos e desdobram-se fatalmente em cisões. Distinguem-se três tipos jurídicos do fenômeno da concentração: a copenetração, compreendendo a fusão e a incorporação, onde desaparece a autonomia formal; a associação, feita através da união de empresas, sobre tudo por via contratual; além da integração, feita por grupos societários através de participação acionária⁹.

Quando se entra no Direito Comparado, um problema que surge é a definição e as diferenças entre *holding* e subsidiárias. No Direito italiano *holding* é a empresa que possui a maioria dos votos em assembleia geral, ou aquela que esteja controlando outra empresa por via contratual. Já na Inglaterra *holding* é aquela que possui cinquenta por cento do capital social de uma empresa, definição esta que gerou muitas controvérsias, pois se poderia atribuir controle a quem somente tivesse ações preferenciais sem voto. A doutrina alemã, que inspira a nova lei, desde 1937, salienta a vinculação necessária entre a gestão e a responsabilidade, criando para o gestor o dever de indenizar o prejuízo decorrente de sua atuação na sociedade. Em outras palavras, não confere propriedade sem responsabilidade¹⁰.

⁸ LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 9.

⁹ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 95.

¹⁰ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 55-6.

Passando para o Direito Nacional, verificamos a existência de algumas disposições legais sobre empresas coligadas que surgiram inicialmente no Direito do Trabalho, na legislação de abusos do poder econômico, no Direito Tributário, na legislação bancária, além da CLT, que foi o primeiro diploma brasileiro a estabelecer a corresponsabilidade da *holding* e da empresa subsidiária no tocante aos ônus trabalhistas, no parágrafo 2º do seu artigo 2º. O Regulamento do Imposto de Renda também estabeleceu normas especiais para as empresas controladas, não permitindo a dedução como despesas operacionais para determinação do lucro tributável de *royalties* pagos pela situada no Brasil ao controlador, além de estabelecer a distribuição de dividendos da subsidiária à *holding* ¹¹.

Diferentemente do *holding*, os consórcios são instituições autorizadas a operar no mercado financeiro e de capitais que podem formar, por contrato registrado no Banco Central, para fins de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado. Podem, obviamente, tornarem-se caso de investigação criminal, pois tais consórcios podem se formar para proporcionar a aquisição de bens móveis por meio de licitações, de prestação de dinheiro, etc. Não têm, entretanto, personalidade jurídica, porque a própria lei vem a excluí-la, expressamente. Os conglomerados, forma mais em voga de coalizão, são a forma moderna das antigas de associação, consistem em uma união monetária de pessoas jurídicas para lucro comum em uma ou mais operações de comércio. Entretanto, os conglomerados atualmente transformaram-se em um agrupamento de empresas economicamente fortes visando realizações de grandes empreendimentos. Ora, pelos conglomerados pode-se atingir a mesma finalidade do trust, resultando daí a pioneira preocupação do Departamento de Justiça dos EUA para conter tais conglomerados.

Os *trusts* são expedientes que contrariam a política governamental de defesa da produção e da liberdade de iniciativa privada, principalmente pela formação de grupos em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos devedores. Qualquer tipo de coalizão empresária, para ter validade legal, deve passar pelo CADE, que decidirá se tal fato é um *trust* ou não. Segundo Benjamin Shieber, os sinais característicos do *trust* são a extensão do grupo econômico, a ligação financeira ou administrativa e sua tendência à expansão¹².

¹¹ WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 57.

¹² GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, 1977, p. 70; SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 128.

Em relação ao processo de fusão, incorporação e cisão, havia reclamos de que fosse ágil e flexível, sem formalidades excessivas e muitas vezes custosas que poderiam impedir sua utilização na prática ressaltando-se que essa flexibilidade não deveria ser de molde a permitir que tanto os acionistas minoritários como os majoritários pudessem ser prejudicados¹³. Como se pode ver, a preocupação por parte de quem manifestava tais reclamos se punha muito mais em termos do equilíbrio das relações no seio da companhia do que, propriamente, em termos da possibilidade de tais operações, de algum modo, virem a afetar o próprio equilíbrio das relações de mercado.

O incentivo à “concentração” foi regulamentado pelo Decreto-lei 1.181, de 1971, dando consecução ao I Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado pela Lei 5.727, de 1971, referindo-se “incentivos fiscais de imposto de renda à fusão e à incorporação de empresas, conjugando-as a aberturas de capital”, levando, pela primeira vez, a questão para um lado tributário. Indo ainda mais longe, a Lei 6.151, de 1974, instituiu o II Plano Nacional de Desenvolvimento, que no capítulo de estratégias econômicas, relata: “utilização, para a aceleração do desenvolvimento de [...] políticas de fusão e incorporações na indústria na infraestrutura, na comercialização urbana, no sistema financeiro [...] compartilhando com tais orientações políticas de distribuição de renda.” Desse modo, essa concessão de crédito, estabelecida pelo Presidente da República de acordo com o art. 55 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, tirou o poder do CADE, órgão que caiu no marasmo¹⁴. Por fim, o mesmo II Plano Nacional de Desenvolvimento enfatizou a importância crescente dos grupos de empresas ao propor a criação de fortes estruturas empresariais através da formação de conglomerados nacionais¹⁵.

Em suma, o direito brasileiro já reprimiu, consentiu e estimulou a “concentração de empresas”, cada posicionamento com seu respectivo regimento jurídico. Para conciliar essas contradições, há um princípio, o da “economicidade” – haurido por Washington Peluso Albino de Souza em Max Weber, mencionado, hoje, expressamente pelo artigo 70 da

¹³ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 98.

¹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 132-3; BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 66.

¹⁵ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 96; WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 57-8; GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, 1977, p. 71; BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 56.

Constituição de 1988 e considerado pelo Supremo Tribunal Federal uma das dimensões da “razoabilidade” -, pelo qual se define a linha de maior vantagem na aplicação da política econômica, sem que se torne oportunismo autoritário. Portanto, é importante verificar em quais situações e quais as intenções dos governantes que promulgam os planos econômicos. O direito, fatalmente, acaba moldando-se a essas novas visões¹⁶, sem que isto implique, por óbvio, substituição dos órgãos constitucionalmente legitimados a editar as normas.

É a partir daí que se entenderá a gênese da alteração da lei das sociedades por ações em 1976.

2) A alteração da lei das sociedades por ações e o fenômeno da concentração empresarial.

Arnoldo Wald resenha juristas e economistas, Ripert à frente, que definem a criação de sociedades por ações como algo essencial para se compreender o capitalismo. Nogaró chega a afirmar que foi graças às sociedades por ações que pode tornar-se possível a primeira Revolução Industrial. Enfatizando essa ideia, Marshall divide o capitalismo em três fases: comercial, industrial e de grupos, este último que, institucionalizado, surge após a Segunda Guerra Mundial¹⁷, como forma de fortalecer as economias nacionais diante do poder das empresas altamente concentradas além da proteção contra as empresas multinacionais. Somente após 1945 que as empresas, na visão dos Códigos, passaram de simples “atividades organizadas para o fim de produção de lucro” para o reconhecimento da condição de verdadeiro instrumento de criação de riquezas, de emprego e de poder, ou seja, a célula-base de toda economia de mercado, sendo também papel delas a satisfação dos hábitos de massa, criados a partir da segunda Revolução Industrial. Desta feita, o aclamado liberalismo de Smith deu lugar à volta do Estado para participar ativamente da economia.¹⁸

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 133.

¹⁷ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 54-5; LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 9.

¹⁸ LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 8 e 11; WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 53-4; BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 56.

Na década de 50, foram alteradas, senão todas, certamente as mais importantes leis de sociedades anônimas no Ocidente. A esse propósito, veja-se a lei francesa de 1966, que, já em 1972 havia sofrido dezesseis alterações, ou a Lei 19.500, do mesmo ano de 1972, da Argentina, a qual foi tão criticada que chegou a receber três versões complementares.

A Lei das Sociedades por Ações brasileira era admiravelmente bem feita, se observarmos o período que editada - 1940 -, permitindo aos empresários, assessores, investidores e instituições de serviço construir soluções para os novos problemas que invariavelmente surgiam à margem de uma disciplina legal que somente admite a adoção de títulos de crédito como tais expressamente definidos por ato legislativo. A nova legislação buscou a absorção de operações nascidas do pragmatismo do direito anglo-saxão, trazendo-as para a disciplina legislativa exigida no âmbito da tradição continental¹⁹.

Um mundo em que os principais atores eram os grandes conglomerados – principalmente multinacionais - exigia, para o enfrentamento da concorrência, uma grande quantidade de capitais, que somente seria possível mediante o recurso ou ao Estado ou à captação mais maciça da poupança popular. Como, em contexto de Guerra Fria, como era o da época, a primeira alternativa não soaria simpática a quantos pretendiam um alinhamento automático à Organização do Tratado do Atlântico Norte, preocupados com tudo o que pudesse representar alguma ligação com instituições próprias de regimes influenciados pela União Soviética, vinha a preferência pela segunda alternativa, a captação maciça da poupança popular para criar-se um setor privado pujante, o que implicava imprimir um maior dinamismo a sociedades em que pouco importasse a pessoa dos respectivos sócios e, antes, a respectiva saúde financeira, com a capacidade de expandir-se diminuindo os riscos do empreendimento. Para tanto, as sociedades anônimas, por suas características, vinham a apresentar-se como o instrumento ideal²⁰. Contudo, ao mesmo tempo em que havia uma série de exigências formais que desencorajavam a opção por este tipo societário – das quais a menor não era a exigência de um número mínimo de sete sócios para que se pudesse validamente constituir -, havia questões que não encontravam resposta, como a da possibilidade do deslocamento do poder de comando nas assembleias gerais, determinados

¹⁹ LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 12-3

²⁰ GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, 1977, p. 67; LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 9; SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 131.

pelos acordos de acionistas – cujas validade e eficácia eram discutíveis, a despeito de muito comuns nas empresas estrangeiras -, o crescimento da importância do administrador, a própria disciplina do uso de informações privilegiadas, todas aptas a se mostrarem fortemente desencorajadoras à atuação no mercado de capitais. Não havia a preocupação com as sociedades coligadas e os grupos de sociedades. Tal fato aconteceu porque, na época, o Brasil era dominado por sociedades fechadas e na qual poucas eram as grandes empresas nacionais nas quais pudessem surgir problemas entre a maioria e a minoria. O Direito Comercial vigente tentava reger as relações empresariais com base nos mesmos princípios aplicáveis aos conflitos entre pessoas físicas, consagrando, portanto, a vontade dos majoritários e a irresponsabilidade do acionista pelo voto²¹. Muitas vezes, a própria compreensão dos conceitos de “maioria” e “minoria” nas companhias se mostrava inadequada, já que não é a maioria do capital social contábil que assegura, como nas sociedades de pessoas, o comando, mas sim a maioria do capital votante, isto é, a maioria das ações a que seja dado o direito de voto pela lei societária. A despeito, pois, da evidente projeção das operações para além dos interesses dos celebrantes dos negócios que as materializavam, uma hermenêutica de cunho privatista, à falta de norma especial, somente admitiria o respectivo questionamento por terceiros em hipóteses de simulação maliciosa ou fraude contra credores; aplicar-se-ia, pois, o regime geral dos negócios jurídicos pelo qual as partes poderiam ajustar livremente o que desejassem, desde que fossem capazes, o objeto lícito e a forma prescrita ou não proibida por lei, sem necessidade de prestar contas a quem quer fosse que do negócio não participasse. Ao longo do tempo impôs-se a *disclosure* nas empresas, conferindo informação ao acionista, divulgação das relações entre as várias companhias interligadas e a igualdade de tratamento a todos os investidores²². A transparência deixa, pois, de ser exigência aplicável exclusivamente à coisa pública, passando a se colocar em relação a situações que envolvam a possibilidade de se atingir o interesse coletivo, ainda que por decorrência das operações entre particulares. Embora, como regra geral, sejam elas tratadas, no âmbito da companhia, como dizendo respeito às partes interessadas, quando haja repercussões nos interesses exteriores às disputas entre “maioria”, “minoria”, “administradores”, o dogma privatista, em sua pureza, vem a se

²¹ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 55.

²² BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 64; LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, abr/jun 1976, p. 14.

tornar insuficiente para a oferta dos dados necessários para solucionar os problemas daí decorrentes.

A crença do fortalecimento do mercado de capitais como imprescindível ao desenvolvimento nacional, à época, vinha acompanhada da percepção de que “o progresso, a automação, as facilidades de transporte e de comunicação, dentro do País e no exterior, a rápida obsolescência dos produtos ensejaram o gigantismo econômico e a diversificação que, por sua vez, diminuem os riscos existentes num mundo em constante transformação”²³. Com efeito, a necessidade de conquistar novos mercados impunha a reposição mais célere dos produtos, o que exigia investimento maciço em tecnologia, para atender, no tempo necessário, à demanda do mercado. Por outro lado, a diversificação de atividades, seja em relação a produtos e serviços de natureza diversa, que nada tenham que ver entre si, seja em relação à titularidade do controle de empresas que se voltem à atuação em diferentes etapas da elaboração de um mesmo bem, viria como uma forma de redução da dependência em relação a possíveis fornecedores, tornando, ipso facto, praticamente desnecessária a atuação destes no mercado e, ainda, permitiria compensar os prejuízos de uma empresa do grupo com os lucros de outra que o integrasse²⁴.

Problemas cruciais da economia de mercado, como o funcionamento das multinacionais e a reforma da empresa, no ver de Alfredo Lamy Filho, não se enquadrariam dentro do âmbito da Lei das S.A. Com efeito, esta última teria que vir juntamente com uma reforma sócio-político-econômica e a primeira encontraria seu campo natural de disciplina no Estatuto do capital estrangeiro ²⁵. Entretanto, quando a multinacional é sociedade anônima, ela submete-se ao regime da Lei alusiva a este tipo societário. Ora, essas empresas não devem praticar atos desleais ou abusivos na economia do país em que atuam e onde, embora ofertem empregos e realizem negociações que “possibilitam aumento de arrecadação e circulação de riquezas”, por vezes vem a se tornar uma grande dificuldade delas exigir o atendimento a qualquer dever previsto em caráter geral para empresas nacionais congêneres. Não resta, de qualquer sorte, dúvida sobre o forte abalo sofrido pelas concepções nacionalistas, defendidas

²³ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 53-4

²⁴ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 96.

²⁵ LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, p. 7-17, abr/jun 1976, p. 10.

desde a primeira metade do século XIX por Friedrich List²⁶, diante da crença das grandes virtudes decorrentes do aporte de capital estrangeiro para a economia nacional.

Entendido o contexto do advento da Lei 6.404, de 1976, vamos verificar em que consistiram as inovações nela contidas.

3) Inovações apontadas pela doutrina na Lei 6.404, de 1976.

Para adequar-se à realidade brasileira, a Lei 6.404 conferiu *status* jurídico para o “acionista controlador”, passando a exigir caráter de lealdade à empresa e à comunidade, deu importância ao computador, apesar de ainda permitir a “ação escritural”, fixou legislação para o abuso de voto, retirou a necessidade mínima de sete sócios além do oferecimento público de compra e venda de ações. Dentre tantas inovações, fica evidente a dificuldade de sua absorção pelo empresário. Entretanto, a lei deixa como facultativo para os antigos empresários essas inovações, que seriam incorporadas naturalmente com o tempo. Portanto, a Lei deixa de lado a rigidez das estruturas padronizadas e restringe-se ao necessário para preservar a funcionalidade do modelo adotado. Para conter o abuso dos acionistas majoritários, a Lei institucionalizou as Assembleias Gerais, que faz com que os administradores prestem contas a todos os acionistas, mas principalmente aos minoritários, pois é de suas poupanças que se alimenta o setor empresarial.

Preocupada com a possível compra de outras empresas pelas multinacionais, a Lei instituiu em seu art. 252 a proibição de haver subsidiária integral por parte das empresas estrangeiras. Note-se que, para Luiz Olavo Baptista, precisamente porque as empresas multi e transnacionais atuariam aproveitando-se da estrutura da sociedade anônima, não se justificaria uma omissão na lei respectiva²⁷.

Uma exigência adotada pela nova Lei foi a do protocolo de fusão, em seu art. 224, a exemplo das legislações francesa, alemã e argentina, medida que se insere entre aquelas destinadas a informação dos acionistas que veio substituir a expressão vaga da lei de 1940 “apresentação para a assembleia geral uma base de operação”. Introduziu também a fusão como instituto distinto da incorporação, processada em sociedades não controladas e aquelas

²⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 131.

²⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 65.

agrupadas, apesar de não ter adotado o direito de recesso para o acionista que discordasse de tal operação, como na legislação espanhola e italiana²⁸.

A Lei distingue no art. 229 quatro tipos de cisão: a cisão pura, em que uma sociedade divide seu patrimônio entre várias novas e se extingue, a cisão-absorção, em que a sociedade divide seu patrimônio entre sociedades existentes e desaparece, a falsa cisão *apport partiel d'actif* em que a sociedade transfere parte de seu patrimônio permanecendo e a cisão-holding, em que a sociedade reparte seu patrimônio constituídas para esse fim, permanecendo como sociedade holding. Na cisão com extinção da companhia, caberá aos administradores promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do patrimônio, consoante o parágrafo quarto do art. 229²⁹.

No tocante à proteção dos acionistas na fusão, incorporação ou cisão, a lei avançou bastante em relação a legislação anterior. Consagrou, com o advento do protocolo e da justificação propostos em assembleia geral, medidas informativas aos acionistas. Para os abstenentes e ausentes concedeu prazo máximo de trinta dias contando a partir da publicação da ata da assembleia para sua retirada. A situação do reembolso de acionistas dissidentes é muito dificultosa por causa da “dança de artigos”, não fica claro se o critério de reembolso é estatutário ou se garante sempre o valor do patrimônio líquido das ações de acordo com o último balanço, exigindo, para tanto, um balanço especial³⁰. De qualquer sorte, em todos os procedimentos em questão, a forma é da substância do ato, justamente para que não se perca o controle da formação dos centros de poder econômico, cuja força, eventualmente, poderia vir a se converter em algo paralelo ao próprio Estado.

Na nova Lei das S.A., há dois capítulos dedicados a sociedades coligadas, o vinte e o vinte um. Tal mudança deve-se, principalmente, ao fenômeno das concentrações. Também é devido à própria mudança de perspectiva do Direito, que, após a Revolução Industrial, tornou-se muito mais exigente com as empresas. Para o acionista controlador criou-se na nova lei a

²⁸ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 97.

²⁹ BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 100.

³⁰ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 64; BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr/jun 1977, p. 100-1.

responsabilidade pelos danos ou abuso do poder nas empresas controladas³¹. Ou seja: o legislador cobra responsabilidades do acionista controlador e, conseqüentemente, da sociedade controladora ou dominante, responsabilidade essa que constitui a ideia-mestra de vários capítulos da nova lei³². É de se notar que o artigo 117 desta define como hipóteses de responsabilidade do acionista controlador algumas condutas que, a rigor, não chegam a ter um indivíduo determinado como lesado diretamente, como é o caso do “orientar a companhia de modo a prejudicar a economia nacional”.

O Capítulo vinte da Lei das S.A. trata das empresas que, embora mantendo entre si vínculos societários, não se organizam sob a forma de grupos e que, assim sendo, obedecem aos princípios aplicáveis às sociedades isoladas. Há distinção entre sociedades coligadas e controladas, entendendo-se que coligadas são as sociedades em que uma empresa participa em dez por cento ou mais do capital da outra, sem a controlar, enquanto que controlada é a empresa na qual a controladora, direta ou indiretamente, é titular de direito de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. O acordo dos acionistas, previsto no art. 118, também pode atribuir a quem não tenha a maioria das ações, com direito de voto, a possibilidade de eleger a maioria dos administradores ou de impor ou vetar certos tipos de deliberações. Quer dizer, eventualmente, o controlador pode não ser o indivíduo titular da maioria do capital votante, mas sim os que compuserem, no momento da Assembleia Geral, a maioria do capital votante. O artigo enfatiza é que não basta que exista o controle, é ainda necessário que haja direitos de sócio que assegurem de modo permanente o controle.

Diferentemente da lei de 1940, omissa a respeito, a nova lei proíbe terminantemente a participação recíproca, ou seja, participações acionárias entre uma companhia e sua coligada ou controlada. O objetivo é evidente: evitar que emergjam dúvidas sobre a real composição do capital, bem como sobre os lucros efetivamente produzidos pela empresa, dado que interessa tanto aos demais acionistas quanto aos credores e mesmo à coletividade dos possíveis investidores e ao Fisco. Entretanto, nada foi legislado sobre participação recíproca indireta. Por outro lado, esse tipo de participação é permitido quando uma das empresas adquire as ações da outra para permanência em tesouraria, desde que seja até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal e sem diminuição do capital social por doação. A permanência das

³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, out/dez 1978, p. 64.

³² WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 59.

ações da controladora ou da coligada em tesourariam ou o seu recebimento em doação, visa à venda futura, de tal sorte que somente se admite para o fim de constituir uma fonte a mais de financiamento, garantida a integridade do capital. Tanto assim o é que, ocorrendo a participação recíproca, as ações do capital da controladora de propriedade da controlada terão suspenso o seu direito a voto. Quanto a participação decorrer de incorporação, fusão ou cisão ou aquisição de controle, deve constar nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as empresas a ser eliminada no prazo de um ano³³.

A nova Lei também teve preocupação com a responsabilidade dos administradores. Não poderá haver, por parte dos administradores, sejam eles de empresas coligadas, controladas ou controladoras, o favorecimento de outra sociedade em detrimento da que administram, devendo as operações entre as sociedades ser de caráter estritamente comutativo. Por outro lado, com a imposição da *disclosure* no artigo 155 da Lei 6.404, de 1976, estabelecendo, pela igual possibilidade de acesso à informação ocr parte de todos os investidores, procurou-se coibir a formação de uma situação de privilégios nos mercados, especialmente no que toca à atuação do *insider trading*³⁴. Estas restrições aqui tomam em consideração as posições de poder que, realmente, se instauram, quer no seio da companhia, quer em face do próprio mercado, traduzindo a ideia de que, embora necessário, o poder, quando não limitado, tenderia a degenerar em arbítrio, despotismo, absorvendo-se, no âmbito do Direito Societário, noção há muito conhecida pelos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

No capítulo vinte-um há o estabelecimento em lei dos grupos, sociedades vinculadas umas às outras em virtude de assembleias gerais de todas as integrantes com a finalidade de combinar recursos ou esforços para um objetivo comum. O grupo pode ter administração própria, mas terá de demonstrar movimentações financeiras de todo o grupo. De qualquer sorte, ainda que não se estabelecesse aprioristicamente que qualquer ato de concentração teria um caráter eminentemente abusivo, era chamada a atenção para a necessidade de se ingressar em um regime de arbítrio no que toca ao evolver da política econômica desenvolvimentista: “a concessão de estímulos fiscais e creditícios a determinadas empresas, mesmo de áreas prioritárias, pode trazer sérios prejuízos às empresas concorrentes e não beneficiadas. Estas devem encontrar o modo de se defenderem e de impedirem discriminações que lhes sejam

³³ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977 p. 61.

³⁴ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 55.

prejudiciais. Do mesmo modo, os cidadãos comuns hão de ter assegurados os caminhos pelos quais a aceitação dada nas prioridades e diretrizes da Lei do Plano não venham a exigir de sua parte sacrifícios que não possam suportar”³⁵.

Verificadas as inovações e a própria filosofia da Lei 6.404, de 1976, cabe identificar em que consistiram as percepções comuns aos textos examinados no presente artigo.

4) O abalo dos dogmas tradicionais do direito na percepção da doutrina examinada a partir da compreensão da estratégia de desenvolvimento econômico.

Traços comuns aos textos examinados e discutidos ao longo do semestre: (1) contemporâneos à elaboração ou aos primeiros anos de vigência da Lei 6.404, de 1976; (2) tomaram, todos, para a compreensão da filosofia da nova disciplina jurídica societária, a respectiva contextualização na política de desenvolvimento do período, conferindo relevância jurídica mesmo aos Planos de Desenvolvimento; (3) revelaram um certo pessimismo quanto à possibilidade de uma atuação mais efetiva do CADE, diante da filosofia do regime, segundo a qual a concorrência teria de ser pensada muito mais em termos de grandes corporações a disputarem o mercado entre si do que em termos atomizados; (4) deram por superada a concepção econômica liberal pura, independentemente de terem posição crítica ou favorável à filosofia adotada pelo Governo de então acerca do desenvolvimento; (5) manifestam a preocupação com o declínio do papel do jurista em face da ascensão do tecnocrata..

A atribuição de relevância hermenêutica à Lei do Plano em um contexto econômico capitalista, marcado, no âmbito político, por uma hostilidade a tudo o que desse a menor idéia de uma aproximação com o que quer que lembrasse o “comunismo” ou sequer o “socialismo”, independentemente de qualquer simpatia ou antipatia dos autores consultados, vem a introduzir um dado de reconhecimento da superação de dogmas próprios do Direito liberal como uma imposição da própria realidade, no sentido de se firmarem juridicamente os objetivos econômicos, quaisquer que sejam eles, fugindo, num certo sentido, das exigências que os sectarismos estabelecem, quanto ao serem proibidas, sob pena de profanação, cogitações que fujam aos dogmas que lastreiem a ideologia liberal pura. Trata-se, antes, de

³⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978, p. 129; WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, out/dez 1977, p. 64.

reconhecer a Lei do Plano como presente no cenário jurídico e de procurar descobrir o papel que nele ela ostentaria, especialmente fora de um contexto de “planejamento centralizado”.

Por outro lado, para que as medidas pudessem firmar-se juridicamente, verificou-se que o cânone hermenêutico de cunho estritamente gramatical não seria suficiente, dado que somente tomando como base a Lei do Plano de então se poderia, efetivamente, identificar qual a finalidade da legislação, a fim de se evitarem, mesmo, exegeses que a tornassem incompatível com a Constituição, no que dizia respeito à repressão ao abuso do poder econômico.

A visão da concorrência entre grandes corporações, muito mais do que em termos atomizados, aponta para uma compreensão de uma possibilidade de se fortalecerem os demais agentes ao invés de se proceder a uma atuação coercitiva sobre os expedientes que se pudessem mostrar abusivos. A atuação do CADE, a se manter tal filosofia, tenderia a arredar-se cada vez mais do próprio modelo da Federal Trade Commission. Entretanto, o equilíbrio que se esperava estabelecer pela formação dos grandes conglomerados nacionais em face das transnacionais não se verificou, de tal sorte que a revitalização do CADE enquanto órgão responsável pela repressão – atuação coercitiva – ao abuso do poder econômico se tornou imperativa.

Ainda, o fenômeno da concentração, objeto de valorações tanto positivas como negativas por parte do Direito, vem a colocar em xeque, por mais que se pretenda a tomada de partido em prol da livre empresa, a idéia da “mão invisível” de Adam Smith, que pressupõe, justamente, pequenas unidades atuando em concorrência, permitindo ao consumidor determinar-se quanto ao vendedor do qual adquirirá o bem apto a satisfazer-lhe a necessidade. Quer dizer, houve o reconhecimento inequívoco de que não se estaria diante de uma lei da “natureza”, mas sim de uma verificação válida para determinado contexto histórico. É interessante, contudo, observar que as formulações de Smith vieram a ser retomadas e, em certo sentido, radicalizadas após a queda do Muro de Berlim, em 1989, uma vez que, se ao ver deste autor, ainda se admitiria a atuação do Estado em setor que, por motivos de segurança ou de não se mostrar lucrativo, não pudesse ser explorado em regime de livre concorrência pela iniciativa privada, o que se fez foi buscar tornar as atividades prestadas pelo Estado atrativas ao capital privado, algo de que ainda não se cogitava na década de 70 do século XX. Ao tempo em que entrou em vigor a Lei 6.404, o debate entre os doutrinadores que foram trazidos à balha não era voltado a discutir se o Estado teria ou não de se retrair em relação ao domínio econômico, mas sim qual seria o melhor caminho para o enfrentamento da

concorrência nos âmbitos interno e internacional, para os efeitos de se definir uma estratégia de desenvolvimento econômico. Não se punha, pois, em questão se era o maior ou menor intervencionismo no domínio econômico o caminho para o desenvolvimento, mas sim se era pela adoção do princípio homeopático da cura pelos semelhantes, de estimular a concorrência a partir da formação de grandes conglomerados ou se era o caso de se adotar a concepção repressiva, nos moldes do *Sherman Act* e da lei 4.137, de 1962. Punha-se, ainda, em questão até que ponto se poderia falar nos temperamentos do inciso I do artigo 160 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, por parte do inciso V do mesmo artigo.

A preocupação com o desalojamento do jurista pelo tecnocrata vem também a se colocar como a tentativa de se substituir referenciais valorativos passíveis de consenso por referenciais veritativos, que, justamente por não serem passíveis de consenso, mas de verificação, viria a colocar em xeque vários dentre os valores próprios da civilização ocidental, dentre eles, conquistas do liberalismo político, tais como a necessidade de o ser humano ser protegido pela ordem jurídica pelo simples fato de ser um ser humano, e não em razão do eventual papel que possa desempenhar na economia. Havia, pois, uma preocupação em que não se fosse relegar, independentemente das simpatias ou antipatias pelo regime de então, ao terreno do puro arbítrio a adoção das medidas de política econômica. Por outras palavras, já se percebia que o arcabouço conceitual do Direito Comercial, também para a compreensão dos problemas jurídicos decorrentes da concentração enquanto estratégia de desenvolvimento, embora necessário, não se mostrava suficiente, sendo, antes, mister trabalhar com o arcabouço do ramo do Direito cujo objeto é precisamente a formulação e execução das medidas de política econômica, com os pressupostos de validade e eficácia destas mesmas medidas, ou seja, o Direito Econômico. O tratamento da política econômica enquanto terreno reservado ao tecnocrata, pois, vinha a ser objeto de questionamento por juristas das mais diversas orientações, com o que não caberia erguer, como muitas vezes se faz em meios marcados pelo sectarismo, a interdição de discutir um dogma de fé sob pena de se “caracterizar a subversão dos valores sagrados e dar força ao inimigo”. Embora as metáforas médicas devam ser recebidas com parcimônia em se tratando das humanidades – justamente porque, em se tratando das relações humanas, identificar a solução adequada, que indique qual o relacionamento “sadio” depende de referenciais valorativos e não veritativos -, cabe aqui recordar a necessidade de se conhecer a intimidade das situações, no mínimo, para se saber quando se está diante de um quadro sadio ou de doença e, em se tratando deste último, de qual moléstia efetivamente se trata, dado que a tendência do ser humano em

prescrever terapêuticas somente deve ter vazão, sob pena de se incidir em imprudência, diante de um diagnóstico preciso –tal foi a preocupação de todos os autores consultados, que identificaram, em sua unanimidade, a presença de interesses juridicamente protegidos que poderiam ser afetados pelas medidas que então se adotavam.

Foram estudados nos textos em exame os argumentos e dificuldades inerentes à concentração e à concorrência em geral. Não se verificaram as características de setores particulares, como o das instituições financeiras, gêneros alimentícios ou comunicação social, com o que as proposições que, em caráter geral, fundamentaram a edição da Lei 6.404, de 1976, e também as que fundamentaram a edição da legislação antitruste valeriam para todos os setores, cujas empresas realizaram operações concentracionistas ou delas se defenderam a partir destas mesmas premissas. A preocupação com o próprio futuro do órgão de defesa da concorrência, no sentido de se saber qual o papel que lhe estaria reservado em face do ordenamento jurídico que então se implementava, talvez impusesse o exame dos temas a ele concernentes em caráter mais genérico.

CONCLUSÃO

A partir dos textos examinados, percebeu-se que o fato econômico “concentração de empresas” recebeu todas as valorações postas pelo Direito para a conduta: ora “permitido” como expressão da autonomia da vontade, ora “proibido” como lesivo à ordem pública, ora “estimulado”, como estratégia de desenvolvimento.

Nesta última hipótese, reconheceu-se que a concorrência não se estabelecia em caráter atomístico, governado pela “mão-invisível”, como se supunha nos séculos XVIII-XIX, tendo-se optado por esta estratégia como meio de se obterem os capitais necessários para uma economia de escala sem se recorrer à estatização da economia.

Presente, no entanto, a possibilidade de o abuso nos expedientes concentracionistas conduzir às situações caracterizadoras, de acordo com a Constituição, do abuso do poder econômico, foram estabelecidos procedimentos voltados a assegurar tanto a transparência de tais operações como a proteção dos interesses juridicamente relevantes passíveis de por elas ser afetados.

A preocupação com a construção de um arcabouço conceitual adequado à compreensão dos problemas versados na legislação correspondente, a atribuição de valor

jurídico, no mínimo, enquanto suporte interpretativo, à Lei do Plano em pleno regime capitalista, e com o evitar que o fascínio pela tecnocracia degenerasse em arbítrio foi uma preocupação constante nos doutrinadores examinados, independentemente das posições pessoais sob o ponto de vista filosófico-político, o que leva a uma reflexão sobre uma tendência atual à tentativa de proscrição de conceitos ao argumento de que evados de “ideologia”, como se as cosmovisões não merecessem, todas elas, ser conhecidas, independentemente da concordância com elas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo; “Concentração de Empresas”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 264, p. 55-66, out/dez 1978.

BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedades anônimas na lei nova das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, p. 95-102, abr/jun 1977.

GIL, Otto; “As sociedades ‘holdings’, os ‘trusts’ e os ‘conglomerados’, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico”; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, p. 67-71, 1977.

LAMY FILHO, Alfredo. Pressupostos e objetivos da reforma da lei das sociedades por ações; Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 255, p. 7-17, abr/jun 1976.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas; Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, p. 121-134, out/dez 1978.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 73, n. 260, p. 53-64, out/dez 1977.