

Atualidades

POLÍTICA ECONÔMICA, LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA E APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

OTAVIO YAZBEK

I — Introdução. II — Considerações preliminares sobre o antitruste nos Estados Unidos. III — A evolução da legislação concorrencial no Brasil e a Lei 4.137/62. IV — A perspectiva do Estado implementador de políticas públicas. V — Política econômica. VI — A política econômica brasileira na década de 1970 — Os PNDs. VII — As bases da Lei 6.404/76. VIII — A legislação acionária brasileira e o chamado “preço da concentração”. IX — O renascer do direito da concorrência. X — Por um direito do desenvolvimento. XI — Referências bibliográficas.

I — Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise das relações entre direito societário e direito concorrencial. Seu pano de fundo é a problemática mais larga da política econômica. A discussão central deste estudo diz respeito à compreensão das condições materiais de aplicação da legislação antitruste no Brasil, sendo tomada tal legislação como integrante do conjunto de políticas públicas implementadas pelo Estado moderno no exercício das suas funções.

Para tal, deve-se partir de alguns dados fundamentais, brevemente referidos a seguir. Vale iniciar por algumas considerações acerca das razões da política antitruste norte-americana (posto que esta é uma das principais referências, para o tratamento da matéria no Brasil, ainda que não a única). Estas considerações serão seguidas por algumas notas para a definição, também em caráter preliminar, do conceito de “política econômica” adotado neste trabalho.

II — Considerações preliminares sobre o antitruste nos Estados Unidos

Em uma breve generalização, pode-se afirmar que o desenvolvimento do sistema antitruste nos Estados Unidos, paradigma da maior parte das legislações que vieram a tratar da matéria, decorre do processo de formação do capitalismo naquele país. Não que as análises sobre o assunto não apresentem divergências, muito pelo contrário (Salgado, 1997, 12 e ss.). A despeito, porém, de tais divergências (abrindo mão, portanto, de maiores refinamentos teóricos) pode-se discorrer acerca de alguns lineamentos interessantes para uma análise comparativa entre o caso norte-americano e o caso brasileiro.

Usualmente, o ano de 1890, quando foi promulgado o *Sherman Act*, é tomado como marco inicial da política antitruste nos Estados Unidos. O assunto já gerava polêmicas há mais de uma década, havendo tornado premente uma questão verdadeira-

mente ontológica, quanto à manutenção do próprio liberalismo norte-americano, que privilegiava a concorrência como idéia associada à de livre iniciativa. Tal sistema vinha sendo ameaçado, àquela época, parecendo eminentemente a sucessão por um novo modelo econômico, marcado pela acentuada concentração dos agentes econômicos.¹

O processo de concentração industrial nos Estados Unidos inicia-se como decorrência do aquecimento da economia norte-americana, na segunda metade da década de 1860, em razão das contingências próprias de uma economia em crescimento acelerado, com grande necessidade de inversão de capitais. Pode-se, então, verificar a ascensão deste novo modelo de capitalismo, a colocar-se no lugar do modelo liberal individualista que tradicionalmente norteava a prática econômica naquele país.

Durante os anos seguintes, o processo de concentração industrial foi se acentuando, na medida em que se tornava cada vez mais difícil o ingresso de novas empresas nos mercados existentes. A concentração era estimulada, ainda, pela necessidade de defesa contra os riscos decorrentes das práticas de concorrência predatória que vinham sendo levadas a efeito por diversos setores.² Quase que concomitantemente o-

lufam os mecanismos institucionais de concentração, que passaram de meros *gentlemen agreements*, em um primeiro momento, a formas mais complexas, como os *trusts*, capazes de outorgar maiores garantias nas relações internas.

A este processo começaram a reagir, ainda na década de 1860, diversos grupos, como os consumidores, agricultores e pequenos e médios empresários. Tal mobilização, fundada nos princípios do modelo do capitalismo tradicional norte-americano e na consideração do poder dos *trustes* como fonte de diversos males, a pouco e pouco foi ganhando peso político, em um processo que culminou com a promulgação do *Sherman Act*, cujo regime foi aprimorado no correr deste século com o *Clayton Act*, de 1914, ano da criação da *Federal Trade Commission*, e com outros diplomas posteriores.

Ainda hoje, muitos dos conflitos de ordem teórica e política, referentes à necessidade de implementação de uma prática antitruste, permanecem vivos. Se naquela época, porém, tratava-se de implantar ou não mecanismos de controle, hoje as questões dizem respeito a formas de interpretação e parâmetros de aplicação da legislação concorrencial.

De qualquer maneira, pode-se afirmar, ainda que genericamente, que os diplomas norte-americanos de controle da concorrência integram-se à estrutura própria do capitalismo naquele país. Tais diplomas legais, cujas formas de aplicação foram bastante aprimoradas neste século, atendem a necessidades reais, estando imbricados no processo de formação econômica e no ideário político norte-americanos.

III — A evolução da legislação concorrencial no Brasil e a Lei 4.137/62

No Brasil, o antitruste tem raízes muito diversas daquelas que teve nos Estados

público, como o de energia elétrica (Paula Andréa Forgione, 1998, 71).

1. Como bem esclarece Martin J. Sklar, "The antitrust debates, then, were about basics: Were the central principles of the American political tradition compatible with anything other than small-producer, competitive capitalism? In particular, could they be reconciled with corporate capitalism and administered markets? If large scale industry in the form of corporate enterprise was the progressive outcome of socioeconomic evolution, were traditional American political principles compatible with progress? In essence, could corporate capitalism and the American liberal tradition be mutually adapted the one to the other?" (1995, 34).

2. Talvez o exemplo mais clássico seja o das estradas de ferro (cf. Martin J. Sklar, 1988, 127 e ss., a partir do caso *United States v. Trans Missouri Freight Association*). De um modo geral, o processo referido levou a uma grande transformação das feições da atividade empresarial nos Estados Unidos, "com a diminuição do número de empresas e convergência do poder em mãos de poucos agentes econômicos", envolvendo mesmo setores de interesse

Unidos. Com efeito, a industrialização brasileira é um processo tardio e em boa parte induzido. A conformação das estruturas de mercado deriva, dentre outros fatores econômicos e sociais, do fato de que a indústria no Brasil esteve, desde seu início, ligada aos capitais decorrentes das atividades de monocultura exportadora, desde então prevalecendo, portanto, altos índices de concentração econômica (Salomão Filho, 1997, 44). Tal concentração *ab initio*, porém, não se afigurava necessariamente como um mal.

Surge o antitruste no Brasil, na verdade, tendo em vista não tanto o controle das atividades dos agentes detentores de poder econômico, mas antes um marcado caráter nacionalista, posto que os grandes grupos internacionais eram considerados como a maior fonte de perigo para a nascente e ainda muito frágil indústria brasileira. Tal peculiaridade, coerente com as tendências nacionalistas presentes na vida política e econômica brasileira desde os anos 1940, individualiza, de nascedouro, o regime das primeiras leis brasileiras dedicadas à matéria.³

As preocupações acima referidas consolidaram-se em um número bastante grande de diplomas legais esparsos. De uma forma ou de outra, porém, estas normas encontravam guarida, por interpretações mais ou menos extensivas, no art. 148 da Constituição Federal de 1946, bem claro ao estatuir que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Com base neste dispositivo foi elaborado o primeiro diploma voltado especificamente para a repressão ao abuso do poder econômico: a Lei 4.137, de 1962. Fruto do Projeto de n. 122, de 1948, de autoria

do então deputado Agamemnon Magalhães, que foi objeto de acalorados debates no Congresso Nacional, em razão não apenas dos interesses envolvidos, como também das concepções diversas de desenvolvimento e de sistema de mercado.⁴

Considerando as inovações nele trazidas, é natural que o texto de lei aprovado fosse criticado em diversos pontos. Em alguns momentos, tais críticas representavam uma mais ou menos justa preocupação quanto à incorporação de inovações trazidas pelo novo diploma ao sistema jurídico nacional (em especial quanto à estrutura e poderes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE). Havia também, na referida lei, falhas técnicas, das quais a mais alardeada dizia respeito justamente à falta de uma conceituação do que seria “abuso do poder econômico”. A despeito destas críticas, algumas inegavelmente procedentes, tratava-se de um diploma legal formalmente adequado, coerente com o desenvolvimento da matéria em outros países (Carvalho, 1986, 15).

Ocorre porém que, na prática, a Lei 4.137/62 e as estruturas por ela criadas nunca chegaram a ter plena eficácia. Os números são eloquentes: até 1975, o CADE julgara apenas 11 processos, havendo declarado em apenas um deles a existência de abuso do poder econômico; até 1983, foram instaurados apenas 75 processos; por vezes o Conselho passou mais de dois anos sem, sequer, a mera instalação de reunião plenária (Forgione, 1998, 116; Carvalho, 1986, 21).

As razões para tal inoperância são de diversas ordens. Podem ser identificados alguns indícios, por exemplo, na pouca aceitação e nas ressalvas impostas à aplicação da Lei 4.137/62 pelo Poder Judiciário, ou nas seguidas reformas que alteraram as es-

4. Já àquela época era claro a possibilidade de utilização estratégica da legislação antitruste, tendo em vista “fins que atendam ao interesse nacional e ao interesse público”, como destacava o então Ministro Nelson Hungria (*apud* Paula Andréa Forgione, 1998, 119).

3. Cf. Paula Andréa Forgione, 1998, 108 e ss.

truturas administrativas e prerrogativas do CADE colocando-o sob a égide de órgãos diversos da administração pública federal ou mesmo restringindo suas competências.⁵

Como bem esclarece um antigo Procurador-Geral do CADE, a destacar os seguidos percalços para a implantação de uma política antitruste no Brasil, “na verdade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi apenas tolerado como um mal cuja extirpação geraria críticas perfeitamente evitáveis. Os mais notórios corifeus do movimento de 31 de março sempre o acolheram com desconfiança, sobretudo à vista dos vastos poderes de que a sua missão legal exigia estivesse investido. Um órgão dessa envergadura, armado para atuar num sistema econômico de feição autenticamente capitalista, teria de ser, necessariamente, a menina dos olhos de um governo verdadeiramente interessado na defesa da livre competição” (Carvalho, 1986, 16 e ss.). E, após críticas ainda mais incisivas, encerra o referido autor, asseverando que “(...) a lei do CADE é prestável, não está obsoleta e o Conselho só não funcionou a plena carga porque os governos revolucionários não o quiseram. Como antes se disse, o órgão foi propositadamente desestimulado, mal suprido de verbas e só não foi desativado por puro respeito humano” (Carvalho, 1986, 19).

Em síntese, pode-se afirmar que a Lei 4.137/62, “sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade (...) não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência” (Forgione, 1998, 131).

O reconhecimento deste fato é bastante significativo, mesmo para a análise das atuais possibilidades e limites da legislação antitruste no Brasil. Há uma necessária relação entre política econômica e política de concorrência. Sem embargo, pode-se afirmar que o destino da Lei de 1962 foi sela-

do pela assunção de políticas governamentais francamente favoráveis à concentração empresarial.⁶ Tais questões serão aprofundadas mais adiante, após o estabelecimento de alguns parâmetros necessários à plena compreensão do peso das políticas públicas na conformação das modernas ordens jurídicas.

IV — A perspectiva do Estado implementador de políticas públicas

Impõe-se, neste momento, ao lado das considerações históricas, a consideração de alguns fundamentos, mais genéricos, de direito econômico. Tal análise não advém da mera necessidade de um enquadramento da questão da concorrência nos quadros teóricos do direito econômico. Decorre do fato do direito econômico representar, na verdade, “um novo método de análise, substancial e crítica” que, tendo em vista o “comprometimento econômico do direito” impõe o estudo da “sua utilidade funcional” (Grau, 1997, 166). É, neste sentido, um mirante privilegiado, para a observação da dinâmica dos sistemas jurídicos, como mais adiante se verá.

Parece-nos impossível considerar o moderno direito da concorrência isolado da perspectiva mais ampla do moderno Estado implementador de políticas públicas, sob pena de ficarmos adstritos a um direito concorrencial distante das reais necessidades econômicas e sociais, pretensamente puro e, pior do que isto, de todo ineficaz.

A mera consideração da experiência brasileira de controle da concorrência mos-

6. Paula Andréa Forgione argumenta, contra esta interpretação, com o caso da União Européia, onde coexistem políticas concentracionistas e um sistema atuante de controle da concorrência e do abuso do poder econômico (1998, 126). A nosso ver, tal argumento parece-nos falho ao deixar de lado marcadas especificidades históricas. O caso brasileiro é bastante diferente daquele da União Européia. Esta última, ademais, é uma experiência inovadora, fruto de longas negociações e planejamento.

5. Cf. Lúcia Helena Salgado, 1997, 176 e ss.

tra a impossibilidade de desvincular tal matéria das linhas mestras que norteiam o regime do Estado intervencionista, que é, antes de mais nada, o Estado chamado pelas necessidades de preservação e reprodução do sistema capitalista, a implementar políticas públicas.⁷

A regulamentação e o controle da concorrência, na medida em que partem da consideração das limitações do modelo de Estado absentista, integram-se, inegavelmente, como uma das múltiplas facetas do Estado intervencionista. A política adotada para a concorrência — e trata-se, sem qualquer dúvida, de uma “política”, a despeito dos postulados pretensamente “purificadores” dos economistas neoclássicos e seus seguidores (Salomão Filho, 1997, 30, nota 23) — faz parte de uma mais complexa e mais ampla (nos fins como nos meios utilizados), política econômica.

Este trabalho pretende comprovar como a política econômica “modela” a aplicação da legislação antitruste, analisando, em especial, a experiência brasileira. Para tal, faz-se necessária uma definição (forçosamente estipulativa, ante a multiplicidade de sentidos e contextos possíveis) de política econômica. Será este o ponto de partida.

V — Política econômica

Pode-se definir política econômica, em princípio e de acordo com um dos principais cultores do direito econômico no Brasil, como “o conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivo econômico” (Souza, 1994, 25). De maneira mais sistemática, Fábio Nusdeo identifica, den-

tro da chamada “economia normativa”, duas divisões fundamentais: a doutrina econômica e a política econômica (1997, 195 e ss.).

Seguindo, ainda, a linha expositiva de Fábio Nusdeo, cabe ao campo da doutrina econômica a discussão acerca dos fundamentos dos sistemas econômicos, visando a crítica e reestruturação de tais sistemas de modo a assegurar determinados valores, tidos como essenciais. O campo da política econômica, por sua vez, representa “a face mais detalhista e pragmática” das doutrinas econômicas. A interrelação existente entre os dois campos em que se divide a economia normativa é clara — enquanto cabe às diversas doutrinas econômicas a análise e crítica dos sistemas econômicos, cabe às políticas econômicas, tomando os dados da realidade (dados fornecidos pelas próprias doutrinas econômicas, suas interpretações e análises), efetuar as “recomendações” que se destinam a “alterar parcelas ou detalhes dos sistemas” (1997, 102).

Decorre do exposto mais acima uma definição preliminar de política econômica. Decorre ainda, da questão das relações entre doutrinas e políticas econômicas, um esboço da relação, no caso brasileiro, entre os modelos teóricos de desenvolvimento e as políticas que deles decorriam, esboço que é o verdadeiro pano de fundo de toda a argumentação adiante apresentada.

VI — A política econômica brasileira na década de 1970 — Os PNDs

Desde a segunda metade dos anos 1940 o desenvolvimento tornou-se a preocupação central das políticas públicas no Brasil, verdadeiro núcleo irradiador. O problema da superação e das condições para a superação da condição de país subdesenvolvido foi cogitado de diversas formas, por vezes contraditórias, no período que vai de 1945 a 1980, havendo uma miríade de posições intermediárias entre os extremos, identificados nas perspectivas liberal e marxizante. Por consequência, a política em-

7. A atividade de implementação de políticas públicas, como bem esclarece Eros Roberto Grau, pressupõe uma “bem marcada separação entre Estado e sociedade”, sendo, portanto, manifestação de intervencionismo estatal na medida em que com a expressão “políticas públicas” designamos, globalmente, “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (1991, 20).

presarial assumia diferentes feições, acompanhando as concepções adotadas a cada momento, restando, porém, como verdadeiro tema recorrente, a consideração da necessidade de transformação das formas de organização e exercício da atividade empresarial no país.

Uma das linhas gerais caracterizadoras da política econômica em fins da década de 1960 e início da década de 1970, é a ênfase dada à questão da transformação do modelo de atividade empresarial no Brasil. As medidas a serem tomadas visavam, fundamentalmente, o incentivo da “grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficiente para competir com as empresas estrangeiras” (Salomão Filho, 1997, 45).

Tais preocupações podem ser reconhecidas, com a feição própria que se lhes imprimirá mais adiante, em especial, nas obras de alguns economistas da geração que subiu ao poder em 1964. Pode-se, em tais obras, identificar uma mesma linha de política econômica, fundada em certos referenciais que, a despeito de determinadas mudanças de orientação significativas, persistiram quase que durante toda a década de 1970.

Tais interpretações e tendências encontram-se corporificadas nos chamados Planos Nacionais de Desenvolvimento, o I e o II PNDs, havendo atingido seu ponto de maior prestígio entre, mais ou menos, 1970 e 1976. O I Plano Nacional de Desenvolvimento, que teve suas diretrizes e prioridades aprovadas pela Lei 5.727, de 4.11.1971, permaneceu em vigência por três exercícios consecutivos, de 1972 a 1974. O II Plano Nacional de Desenvolvimento teve suas diretrizes e prioridades aprovadas pela Lei 6.151, de 4.12.1974, havendo sido fixada sua vigência, inicialmente, para os exercícios de 1975 a 1979. Os dois PNDs, basicamente, estipulam objetivos e elencam determinadas “realizações nacionais”, definindo também os instrumentos de política econômica hábeis para a consecução das metas pretendidas.

De um modo geral, pode-se depreender do disposto nos Planos, que os atos de concentração industrial deveriam assumir papel de destaque no processo de desenvolvimento então esboçado. Assim, a citada Lei 6.151, de 4.12.1974, instituidora do II PND preconiza em seu capítulo IV, itens 3 e 4, quanto à “(...) política de fusões e incorporações, com estímulos financeiros (o FMRI e o PMRC, no BNDE) e fiscais (COFIE), nos setores em que a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro (...) Formação de conglomerados nacionais, realizando a integração financeira, financeiro-industrial, financeiro-serviços, assim como outras fórmulas, de maneira flexível, em alternativas de liderança financeira, liderança industrial ou supervisão por empresa controladora *holding*. O objetivo central deve ser a maior produtividade no uso dos recursos, pela fluidez intersetorial das aplicações, e a garantia da estrutura financeira sólida”. Tais disposições consolidaram-se na adoção de políticas de incentivo e financiamento à atividade industrial (também no que tange à política fiscal), havendo permanecido em vigor com o término do II PND, acelerado por uma série de fatores, internos e externos (Belluzzo e Coutinho, 1984, 160).

Para uma melhor compreensão dos percalços pelos quais passou a instituição de uma efetiva política antitruste no Brasil não basta referir apenas o contido nos PNDs. Ao contrário, é necessário compreender as concepções que embasaram tais Planos, os fundamentos teóricos do modelo de desenvolvimento adotado a partir da segunda metade dos anos 1960. Apenas assim pode-se compreender o caráter “estratégico” do descaso pela implementação de uma política antitruste àquela época (a despeito da inconstitucionalidade de tal postura).

O modelo então vigente, de um modo geral, partia do reconhecimento da necessidade de superação de problemas que acompanharam desde o seu tardio nasce-

douro as estruturas empresariais brasileiras. Dentre os vários pontos merecedores de atenção, de ordem jurídico-institucional, organizacional ou econômica, merecia destaque a questão das dificuldades de formação do capital nos países subdesenvolvidos.

Este ponto de partida foi desenvolvido a partir de diversos pontos de vista distintos. Mário Henrique Simonsen, por exemplo, em um estudo bastante famoso àquela época, defende que, dada a tradição do exercício de atividade econômica por sociedade familiar e fechada, o problema central da economia brasileira reside mais na restrição ao seu crescimento pela impossibilidade de coesão de capitais de origens diversas que propriamente na formação inicial de seu capital (1972, 119).

As necessidades de formação e coesão do capital produtivo, o estímulo à concentração deste capital foram os moventes do modelo econômico dominante a partir da segunda metade dos anos 1960, que estimula a captação de poupanças no mercado de valores mobiliários e o uso de formas institucionais para a reunião desta poupança pública. Sintomaticamente, derivam daí a lei que rege o mercado de valores mobiliários — Lei 6.385/76 — e a Lei das Sociedades Anônimas — Lei 6.404/76.

Da mesma forma que, a partir destas preocupações, foi criado o Sistema Financeiro Nacional, por outra vertente, julgou-se necessário implementar a concentração industrial, passo necessário para a criação de economias de escala. Parece lógico que, na implementação da política econômica, fossem deixados de lado, ao menos estratégica e temporariamente, os instrumentos de controle das concentrações econômicas e do abuso do poder econômico, tendendo os principais defensores do novo modelo a reduzir a importância ou pelo menos mudar o foco das políticas antitruste (Simonsen, 1972, 115 e ss.).

Ganham destaque políticas estratégicas favoráveis à realização de fusões e incorporações e à criação de grandes conglomerados. Vale aqui referir os diversos in-

centivos, sobretudo de ordem fiscal, criados durante os anos 1970, visando levar à prática de atos desta natureza (Pécora, 1972, 25; Carvalhosa, 1977, 166; e Simonsen, 1972, 123 e 127 e ss.), merecendo destaque, em especial, o Decreto-lei 1.346, de 25.9.1974. A opção por um modelo de macroempresa nacional supera as preocupações com concorrência e controle do abuso de poder econômico, conforme já referido.⁸

VII — As bases da Lei 6.404/76

A Lei 6.404, de 15.12.1976, talvez seja um dos mais claros reflexos das concepções do II PND encontráveis na legislação brasileira. Não que esta consideração prejudique o reconhecimento de seu rigor e dos inúmeros méritos que neste diploma podem-se encontrar, mas importa reconhecer tal vinculação, situar a lei dentro do quadro de uma dada “experiência jurídica”. No dizer dos autores do Anteprojeto que deu origem ao diploma, constantes de uma série de artigos publicados no *Jornal do Brasil* entre 31.8.1975 e 21.9.1975, este tinha como objetivo precípuo a criação de um modelo de sociedade por ações adequa-

8. “A base produtivo-tecnológica da indústria da etapa de industrialização que concluiu-se nos anos 70, calçada nas indústrias metal-mecânica, química, petroquímica e elétrica exigia grandes unidades produtivas, investimentos de grande porte e longa maturação, aquisição de tecnologia estrangeira, geração de economias via barateamento de custos diretos e escalas de produção elevadas, dentre os principais fatores. Implicavam a organização da indústria em oligopólios (ou mesmo monopólios) (...) Em resumo, as políticas públicas que organizaram os mercados e regularam a concorrência capitalista definindo regras de entrada, de *pricing*, de coordenação de condutas, de diversificação e diferenciação de produtos foram *extremamente funcionais* ao padrão de desenvolvimento que se completou nos anos 70, ao compor o arcabouço institucional próprio à industrialização por substituição de importações. Nesse ambiente, as regras antitruste não poderiam desempenhar nenhuma função, pois advogavam um mercado competitivo em que a concorrência via preços e a atomização da oferta eram características marcantes” (Lúcia Helena Salgado, 1997, 178 e 179-e).

do “à organização e ao funcionamento da grande empresa privada, requerida pelo estágio atual da economia brasileira”, integrando o conjunto mais amplo de medidas que tinham por escopo a realização de “reformas institucionais indispensáveis ao fortalecimento da empresa privada nacional” (*apud* Lamy Filho e Pedreira, 1997, 139).

Pode-se destacar, neste “novo modelo” de companhia, alguns pontos em que as normas de direito societário afrontam os interesses próprios do direito concorrencial. Nestes pontos, em especial, as normas constantes do diploma societário têm por efeito a redução do chamado “preço da concentração”, daí podendo-se afirmar que a Lei das S/A, de fato, estimula as concentrações industriais. De acordo com Calixto Salomão Filho, é possível identificar, em princípio, três pontos, abaixo referidos, em que se manifesta nitidamente a opção concentracionista do direito societário brasileiro (1997, 234 e ss.).

VIII — A legislação acionária brasileira e o chamado “preço da concentração”

No que diz respeito à formação do preço da concentração no direito societário brasileiro, em primeiro lugar, merece destaque na estrutura da lei vigente, a questão da proporção entre o capital votante da sociedade e o seu capital total. O § 2º do art. 15 da Lei 6.404/76 dispõe que “o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrições no exercício desse direito não pode ultrapassar 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas”.

Na exposição justificativa do Projeto de Lei das S/A, esclareceram os profs. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira que o aumento da proporção das ações sem direito a voto na totalidade do capital social fundara-se nas seguintes razões: “a) a orientação geral do Projeto, de ampliar a liberdade do empresário privado nacional na organização da estrutura de capitalização de sua empresa; b) o objetivo de facilitar o

controle, por empresários brasileiros, de companhias com capital distribuído no mercado; c) a conveniência de evitar a distribuição, na fase inicial de abertura do capital de companhias pequenas e médias, de duas espécies de ações, em volume insuficiente para que atinjam razoável grau de liquidez” (*apud* Lamy Filho e Pedreira, 1997, 226 e 227). Os efeitos práticos da disposição contida no § 2º do art. 15 da Lei das S/A residem justamente na maior facilidade (e menor onerosidade) para a aquisição do poder de controle.

O segundo elemento a definir o “preço da concentração” diz respeito à distribuição interna de poder na sociedade, residindo no papel predominante exercido pelo acionista controlador na definição dos destinos sociais. Quanto aos fundamentos da configuração final do papel do acionista controlador, esclarece Calixto Salomão Filho que “o sistema legal de repartição de poderes levou em conta tal realidade (*o caráter predominantemente familiar da empresa brasileira e a composição do controle*). Não se tentou criar uma contratendência, mas sim regulamentar a realidade existente. Pode-se, com efeito, criticar o legislador brasileiro pela falta de idealismo, mas não pela ausência de realismo. O sistema foi elaborado em torno da figura do acionista controlador, verdadeiro centro decisório da sociedade. Inclui a distribuição de competências e a construção orgânica da sociedade são elaboradas com base na presunção de existência de um sócio soberano” (1997, 236). É dentro deste quadro que se pode compreender o papel do Conselho de Administração, como órgão “representativo exclusivamente dos interesses dos acionistas e por eles exclusivamente composto”, ao qual “foram atribuídas algumas das competências mais importantes, como a fixação da orientação dos negócios sociais (art. 142, inc. I) e a nomeação, destituição e fixação das atribuições dos diretores (art. 142, inc. II). Através do Conselho de Administração atribui-se ao acionista controle da possibilidade de pessoalmente ou através de fiduciários admi-

nistrar diretamente os negócios sociais” (1997, 236 e 237).

Também a forma pela qual é regulamentada a responsabilidade do controlador influencia a definição do “preço da concentração”. Neste particular, e a despeito das responsabilidades formalmente atribuídas ao acionista controlador na Lei das S/A, também surgem diversos percalços.

Estas responsabilidades do acionista controlador constam expressamente do art. 117 da Lei 6.404/76, de acordo com o qual “o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”. No § 1º do referido artigo estão relacionados os atos considerados como de abuso de poder. Tal estatuição, porém, apesar da boa impressão que causou a alguns autores,⁹ sempre foi de escassíssima eficácia prática.¹⁰

Além dos elementos determinantes de um “baixo preço de concentração”, já acima

9. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro esclarecem, quanto ao art. 117: “O *caput* deste artigo preceitua que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Rompe-se, com essa inovação, a normal irresponsabilidade dos acionistas pelo atos danosos praticados pela companhia. De certa forma e sob certas circunstâncias, abre-se uma brecha na concepção tradicional da absoluta separação patrimonial entre acionista e sociedade. Com efeito, as responsabilidades que a lei comina ao acionista controlador não se traduzem apenas em sanções morais; antes, induzem a extensão da reparação do dano à massa patrimonial do acionista controlador. Concretizam-se mediante a vocação dos bens particulares dele para a garantia do cumprimento de certos deveres e obrigações que, de outro modo, restariam descumpridos. Não será exagero vislumbrar-se, na espécie, o chamado levantamento do véu societário (*lifting of the corporate veil*) ou a *disregard doctrine* da praxe americana, ainda que de forma atenuada e restrita às hipóteses extremas de abuso do poder” (1979, 298).

10. Fábio Konder Comparato destaca, após quase dois decênios de vigência da Lei 6.404/76, a inocuidade de tais disposições “pela inexistência de um aparelhamento de sanções adequadas. Pela lei acionária, o controlador que abusa de seu poder incorre apenas em responsabilidade por perdas e danos. É de se perguntar como seria fixada essa indenização e quem teria legitimidade para fazer atuar em juízo essa responsabilidade” (1995, 36).

alinhavados, há outros dispositivos da Lei das S/A que, se não estimulam diretamente a concentração industrial, pelo menos fornecem instrumental para, sendo necessário ou interessante (e neste ponto devem ser considerados os benefícios fiscais concedidos nos anos 1970 para favorecer a prática de atos de concentração), realizá-la.¹¹

Outros exemplos claros desta vocação concentracionista de nosso direito societário encontram-se, por exemplo, no caso dos grupos societários de fato (ou seja, grupos formados com base em relações de controle ou coligação acionária), nas frágeis formas de defesa instituídas para a tutela dos interesses dos chamados “acionistas externos”.¹²

As garantias formais estabelecidas em favor dos minoritários são, de modo geral, de difícil concretização, expressas na lei com alto grau de generalidade (é o caso, p. ex., das responsabilidades outorgadas aos controladores ou à companhia controladora, respectivamente nos arts. 245 e 246 da Lei Acionária). Com efeito, como bem demonstram Teixeira e Guerreiro, tais dispositivos sequer dizem respeito diretamente aos interesses dos acionistas minoritários, fazendo referência apenas a um genérico interesse da companhia (1979, 708 e ss.).

A situação é distinta nos grupos de sociedades formados por convenção. Porém, mesmo nestes últimos casos é neces-

11. Neste sentido, podemos compreender as disposições referentes a incorporações (art. 227), fusões (art. 228), aos chamados grupos societários de fato (Cap. XX) e aos grupos societários de direito (Cap. XXI). Mesmo os acordos de acionistas, regulados pioneiramente pela Lei 6.404/76, são de grande importância para a estruturação de grupos empresariais e criação de *joint ventures*.

12. Acionistas externos são os acionistas minoritários das sociedades integrantes de grupo societário, que não se beneficiam da mesma forma que os controladores dos efeitos da concentração econômica, tendo, ainda, os riscos decorrentes de sua situação bastante acentuados. A defesa dos minoritários em casos desta ordem acabou assumindo uma natureza eminentemente casuística e necessariamente relacionada com as limitações estabelecidas ao arbítrio dos controladores.

sário destacar, a situação pouco peculiar dos acionistas minoritários que, não havendo exercido o direito de recesso que lhes assiste por força do parágrafo único do art. 270, passam a ter seus direitos submetidos às disposições e limites da convenção grupal (art. 276). Tais minoritários, a rigor, apenas podem insubordinar-se em caso de realização de atos contrários a tal convenção (§ 3º do art. 276).

O mesmo ocorre com os credores sociais. Neste ponto, porém, a situação afigura-se mais dramática. Tanto no caso dos grupos de direito, quanto no dos grupos de fato ou mesmo da subsidiária integral, como bem demonstra Comparato (1977, 348 e ss.), a Lei 6.404/76 não contempla qualquer garantia aos credores das sociedades agrupadas, negando mesmo a criação de uma responsabilidade subsidiária da sociedade de comando pelas dívidas que incumbem às suas subordinadas.¹³

Os aspectos acima referidos não são, naturalmente, suficientes para o estímulo de práticas concentracionistas. São, porém, bastante sintomáticos, sobretudo quando considerados ao lado dos diversos mecanismos de estímulo às fusões, incorporações e demais atos de concentração econômica, já acima brevemente referidos. Tratava-se de uma orientação genérica, a influenciar

toda a legislação empresarial elaborada no período.

IX — O renascer do direito da concorrência

Com o passar do tempo e a substituição do modelo de desenvolvimento vigente até a metade da década de 1970 (e considerando que é muito difícil falar em um “modelo de desenvolvimento” próprio da década de 1980, havendo este conturbado período, a chamada “década perdida”, sido marcado muito mais por políticas conjunturais, geralmente destinadas à estabilização econômica), começam a mudar algumas posturas perante a legislação antitruste no Brasil.

A partir de fins da década de 1980 começam a ser aplicadas no Brasil políticas de matiz liberalizante, atendendo a algumas tendências mundiais. Dentre tais opções encontra-se a política de abertura do mercado brasileiro. A propalada desregulamentação das práticas econômicas exigia, em um aparente paradoxo, a reativação das “esquecidas” práticas de controle da concorrência.¹⁴

A reforma institucional do setor inicia-se com o advento da Lei 8.158/91, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico, dentre outras medidas. São já neste momento, sensíveis as modificações de postura dos órgãos públicos, do setor empresarial privado e do próprio Poder Judiciário, a despeito de alguns justificados receios quanto à possibilidade de utilização indevida das atividades de controle da concorrência e de abuso do poder econômico pelo Governo Federal, em especial para medidas de retaliação de qualquer ordem (Forgione, 1998, 133).

O processo de revalorização do antitruste culmina em 1994, com a promulgação da Lei 8.884/94, que aperfeiçoa o tra-

13. É interessante destacar que mesmo a responsabilidade solidária perante credores é matéria que, àquela época, parecia impor-se em matéria de grupos de sociedades, como bem demonstra Guy Keutgen, ao esclarecer que “A défaut du cadre législatif adéquat, la jurisprudence s’est employée dans certains cas, assez limités, à rétablir la réalité des faits en prouvant qu’au-delà de la personnalité morale des sociétés groupées existait une communauté d’intérêts économiques susceptible d’entamer l’autonomie formelle des sociétés en cause. Cette approche a été tentée essentiellement lorsque le maintien dans son intégralité de l’autonomie patrimoniale des entreprises groupées pouvait porter un préjudice grave aux intérêts des créanciers. Dans cette perspective, la jurisprudence française a cherché à établir une solidarité passive entre la société dominante et la société affiliée ou, en cas de faillite, à étendre la responsabilité de cette dernière à la société contrôlaire” (1973, 99).

14. Cf. Confederação Nacional da Indústria (1994, 1).

tamento legislativo da matéria e fortalece, novamente, o CADE. Dentre as mudanças ocorridas temos, do ponto de vista institucional, a transformação do CADE em autarquia federal, com uma dotação orçamentária própria, sendo criada, uma procuradoria especializada. Neste mesmo sentido, a Lei 8.884/94 consagra uma série de instrumentos garantidores da eficácia da atuação do CADE, podendo-se destacar, p. ex., e apenas enumerando alguns pontos relevantes (em especial considerando a natureza das referências anteriormente feitas à legislação acionária), a responsabilidade solidária da empresa e dos seus administradores em casos de infração da ordem econômica (art. 16), a solidariedade entre as empresas integrante de um mesmo grupo econômico (art. 17) e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (art. 18).

É bem verdade que a aplicação deste diploma ainda traz diversas controvérsias, dada a sua relativa novidade e a conseqüente indefinição técnica de muitos dos conceitos de que se faz uso. Em razão destes aspectos pode-se afirmar que o direito antitruste brasileiro encontra-se ainda em construção, muitas das possibilidades restando ainda quase que inexploradas.

Dentre estas possibilidades encontra-se o uso de instrumentos próprios do direito societário, instrumentais para o chamado "controle das estruturas". Com efeito, a despeito da inegável falta de "neutralidade" do direito societário brasileiro quanto a objetivos concorrenciais, tal ramo dispõe de importantes instrumentos interpretativos, que permitem o controle de alguns dos mecanismos pelos quais são exercidas as relações de poder na empresa, em favor, portanto, de fins peculiares à política concorrencial (Salomão Filho, 1997, 233).

É necessário ressaltar, porém, que uma vez reconhecida a falta de idoneidade da legislação acionária no que tange aos objetivos concorrenciais, conforme acima analisado, caberá sempre aos órgãos de defesa da concorrência a tarefa de elaboração de "critérios interpretativos que incluam no

controle das concentrações e cooperações entre empresas o maior número possível de hipóteses" devendo atuar tais órgãos "com muito mais vigor" (Salomão Filho, 1997, 239). Nem por isso resta descartada, dentro das novas pretensões e modelos econômicos, a aplicação instrumental do direito societário para os fins que hoje ordenam, em boa parte, a política econômica nacional. O que cumpre deixar claro, na verdade, é que tais preocupações, albergadas pelo sistema jurídico nacional, devem dinamizar a produção e aplicação do direito de maneira uniforme.

X — Por um direito do desenvolvimento

De todo o acima exposto, restou, à guisa de conclusão, uma concepção da política de controle da concorrência necessária e historicamente vinculada à política econômica. Pode-se afirmar que tal vinculação, mesmo existindo em outros países, dado o caráter acima referido do moderno Estado implementador de políticas públicas, assume, no Brasil, uma posição bastante própria — a de um direito do desenvolvimento.

Roger Granger (*apud* Carvalhosa, 1973, 244 e ss.) distingue um direito econômico, peculiar dos países desenvolvidos de um "direito do desenvolvimento", próprio dos países subdesenvolvidos. Direito econômico e direito do desenvolvimento diferenciam-se pelos seus conteúdos (o direito do desenvolvimento tem por fim último, mais abrangente que os fins do direito econômico, fazer evoluir também a "mentalidade social") e pela importância relativa que, a cada caso, assumem as matérias pelas duas disciplinas abarcadas. É o direito do desenvolvimento um direito "ecléctico", posto que utiliza, conforme as necessidades, categorias pertencentes tanto ao direito público como ao direito privado, sendo "inovador" por "combinar" as técnicas jurídicas tradicionais tendo em vista a resolução dos problemas específicos que se pretende resolver.

Tal definição de direito do desenvolvimento, a despeito de bem pouco peculiar,

apresenta elementos de interesse para a análise que se empreende neste momento. De fato, a despeito da grande dificuldade de falar-se, hoje, em um ramo especial do direito daquela maneira denominado (até porque a análise de Granger data de fins dos 1950), pode-se fazer referência a um direito do desenvolvimento em outro sentido.

Faz-se necessário, então, tomar uma definição dentre as tantas possíveis de desenvolvimento. De acordo com Washington Peluso Albino de Souza, o conceito de desenvolvimento encontra-se fundamentado "no sentido dinâmico de modificação do *status quo*, na direção de configurações diferentes das atuais". De acordo com o referido professor, os conceitos de crescimento e desenvolvimento diferem por haver, no primeiro caso, aumento meramente quantitativo, sem rompimento dos padrões de relações vigentes. Já no processo de desenvolvimento "rompe-se tal equilíbrio", modificando-se as proporções existentes (1994, 317).

Considerando a complexidade da idéia de desenvolvimento e sua abrangência, torna-se difícil a simples assimilação do direito do desenvolvimento ao direito econômico, este último tomado, aqui, como disciplina autônoma. Em rigor deve-se mesmo, até por motivos históricos, afastar a concepção do direito do desenvolvimento como ramo autônomo.

Não obstante, pode-se reconhecer um "direito do desenvolvimento" na medida em que as "normas contidas em todos os ramos do direito, em especial as do direito econômico, estão voltadas à consecução daquele ideal" (Grau, 1981, 13). Seria, pois, o direito do desenvolvimento decorrente de uma consideração mais larga e finalista do fenômeno jurídico. Neste conceito, e sobretudo ante as experiências atípicas com que se defrontam os operadores do direito nas sociedades em desenvolvimento, pode-se retomar a posição defendida por Granger.¹⁵

Ora, o direito antitruste, em diversos modelos nacionais hoje em vigor, permanece necessariamente vinculado às políticas industriais implantadas ou que se pretende implantar (Salomão Filho, 1997, 179). Assim ocorre, hoje, também no Brasil.¹⁶

A subordinação das práticas de controle da concorrência à política econômica (ou seja, a sua concepção como associada a "políticas de governo", e não como elemento integrante da "política de Estado"¹⁷) é coerente com o disposto na Constituição Federal de 1988, onde a "livre concorrência" é um dos princípios da ordem econômica (inc. IV do art. 170), ao lado, porém, de outros princípios que podem, a cada caso, com ele chocar-se, tais como a "função social da propriedade" (inc. III) e a "defesa do consumi-

como um verdadeiro novo ramo jurídico, assim diferencia o direito econômico do direito do desenvolvimento: "Il diritto dell'economia riguarda essenzialmente i dati statistici e l'elevazione del prodotto nazionale lordo e ha finalità meramente quantitative; è l'insieme di norme indirizzate ad aumentare la produzione nazionale e a dare all'economia del paese l'espansione necessaria. Al contrario, il diritto dello sviluppo ha finalità sociali e umane più ampie. È il diritto dell'economia umanizzato e democratico. È diretto tanto allo Stato, quanto ai privati, essendo uno strumento di creazione e pianificazione (...)" (1994, 188).

16. Basta considerar alguns julgamentos bastante recentes do CADE. Caso bastante típico, neste sentido, é o julgamento do AC 58/95, em que figuram como requerentes a Cia. Cervejaria Brahma, a Miller Brewing Company e a Miller Brewing M 1855, Inc. Da análise dos múltiplos pontos em que há discordância entre os votos do presidente do CADE, Gesner de Oliveira e do relator, Conselheiro Renault de Freitas Castro decorre, quase que necessariamente, a conclusão de que o embate conceitual levado a efeito tem origem em concepções diversas quanto às necessidades da indústria no país e quanto à inserção do Brasil em uma economia mundializada (no mesmo sentido, o AC 83/96, em que figuram como requerentes a Cia. Antarctica Paulista, a Anheuser Bush International Inc. e a Anheuser Bush International Holding Inc.).

17. Daí o pertinente questionamento de Magali Klajmic sobre "até que ponto metas traçadas por políticas de governo, variáveis para o atendimento das mudanças conjunturais, devem, ou podem, influenciar decisões do CADE, guardião do eficiente funcionamento do mercado" (1996, 69).

15. É importante destacar que o "direito do desenvolvimento" não se confunde com o direito econômico. Arnoldo Wald, que trata daquele primeiro

dor" (inc. V). Como se sabe, a decisão, em caso de necessidade de escolha na aplicação de princípios conflitantes é fruto de opção verdadeiramente política (Grau, 1991, 116). Para Washington Peluso Albino de Souza, impõe-se, no caso, o critério da economicidade como "instrumento de interpretação e decisão" (1994, 29).

Ademais, cumpre destacar que mesmo a Lei 8.884/94 reflete esta compreensão do papel das atividades de controle da concorrência, como pode-se notar a partir da consideração do disposto nos §§ 1º e 2º do seu art. 54. Com efeito, dentre as condições para a autorização da prática dos atos que são submetidos ao CADE, o referido § 1º refere, em seu inc. I, "propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico". Já o § 2º do art. 54 faz referência a "motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum".

O conteúdo das decisões em matéria concorrencial continua a ser, pois, em larga medida, político. Para que, ao menos, seja evitado o flagrante desrespeito a estruturas jurídicas formalmente válidas e em pleno vigor, impõe-se um elemento capaz de nortear tais decisões, outorgando-lhes uma certa organicidade.¹⁸ Daí a importância da compreensão/interpretação do direito dentro de uma perspectiva mais ampla, destinada a integrar as tendências contraditórias próprias do processo de desenvolvimento econômico, cuja dinâmica nem sempre corresponde às estruturas formais do modelo do direito moderno.

18. Tarefa das mais complexas, como esclarece Magali Klajmic, que reconhece "não só a necessidade de um grau de flexibilização entre as questões estruturais do mercado, políticas de governo específicas para os setores e a aplicação das normas que regem a matéria concorrencial, bem como também a dificuldade do reconhecimento deste ponto ótimo, sem perder o sentido da autonomia que o CADE deve preservar" (1996, 69).

XI — Referências bibliográficas

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello e COUTINHO, Luciano G. "Política econômica, inflexões e crise: 1974-1981", in BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello e COUTINHO, Renata (orgs.), *Desenvolvimento Capitalista no Brasil — Ensaio sobre a Crise*, São Paulo, Brasiliense, 1984.

CARVALHO, Elbruz Moreira de. *Abuso do Poder Econômico*, Rio de Janeiro, Barrister's, 1986.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1973.

_____. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas — Seu Modelo Econômico*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, Ed. RT, 1977.

_____. "A reforma da empresa", in *Direito Empresarial — Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1995.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Política de Defesa da Concorrência*, Rio de Janeiro, 1994.

FORGIONE, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Ed. RT, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, Ed. RT, 1991.

_____. *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981.

KEUTGEN, Guy. *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*, Louvain, Vander, 1973.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A — Pressupostos, Elaboração, Modificações*, v. I, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

KLAJMIC, Magali. "Defesa da concorrência: política de Estado e interface com políticas de governo", in *Revista de Direito Econômico* 22, CADE, Brasília, jan.-mar. 1996.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia — Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1997.

PÉCORÁ, José Flávio. "Legislação e política governamental no processo de fusões e incorporações", in *Simpósio sobre Fusões e Incorporações*, São Paulo, Mestre Jou, 1972.

