

Espaço Discente

A LEI A VONTADE DO ESTADO

FREDERICO SIMIONATO

A lei deve atender quais interesses? Esta parece ser uma pergunta que demonstra como a democracia dificilmente se ajusta à vontade geral. Se a vontade da lei não tem relação alguma com a vontade do legislador, é evidente que o Estado não se materializa na lei, e vice-versa. Se fosse assim, qualquer decisão estatal teria validade, o que não é verdade, ainda mais pelo controle que faz sobre a constitucionalidade das leis, e das questões formais.¹

No julgado se decidiu corretamente que “sem desprezar o elemento histórico, que pode ter relevo principalmente quando se cuide de modificação em texto de lei, importa, em verdade, como reiteradamente se tem afirmado, não o que o legislador quis dizer, mas o que efetivamente fez” e “o julgador há de se preocupar com a *mens legis*, sem, contudo, desprezar a fonte, a *mens legislatoris*”.

Ora, a Lei 7.958/89 consagrava interesses determinados retirando a incorporação, fusão e cisão como hipóteses ensejadoras do recesso (art. 137). Com ela não se levou em consideração toda uma realidade empresarial de um país como o Brasil, bem como da repercussão social que as medi-

das jurídicas provocam na sociedade.² Conforme analisamos, esta ainda é a tônica do Estado brasileiro, que editou a Lei 9.457/97 para viabilizar economicamente a privatização do sistema Telebrás,³ suprimindo direito dos acionistas minoritários, e modificando a estrutura do recesso na cisão.

O que foi notado quando da edição da Lei 7.958/89 foi a péssima técnica legislativa para a revogação dos artigos respectivos.⁴ Tanto é verdade que o art. 230 da Lei das S/A não foi alterado pela Lei de 1989, sendo que ele tratava diretamente da figura do recesso. O art. 230, na antiga redação, estabelecida que “o acionista dissidente da

2. “A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado. O princípio sobre o qual se funda a representação política é a antítese exata do princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses, no qual o representante, devendo perseguir os interesses particulares do representado, está sujeito a um mandato vinculado” (Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia*, Rio de Janeiro, 1997, p. 24). O Parlamento leva consigo a característica de um órgão autônomo que, na verdade, não representa ninguém, a não ser a nação. Na formação do Estado liberal J. Locke falava que o poder do legislativo, nos seus limites extremos, limita-se ao bem público da sociedade.

3. Cf. “A privatização no Brasil”, *RDM* 112/93-96.

4. Foi decisivo para esta matéria o artigo do Prof. Mauro Rodrigues Penteado, “A Lei 7.958 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua”, *RDM* 77/29 e ss.

1. “As opiniões e intenções subjetivas do legislador, dos redatores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação não têm relevo. Por isso é a partir dela apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada” (Karl Larens, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, F. C. Gulbenkian, 1997, p. 41).

deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, tem direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações". Este aspecto também foi objeto do Acórdão em questão. Ora, como se pretende retirar o direito de recesso, somente por força do art. 137, sem revogar o art. 230 da Lei da S/A? O legislador de 1997, por outro lado, alterou o referido art. 230, que passou a ter a seguinte redação "nos casos de incorporação ou fusão, o prazo para o exercício do direito de retirada, previsto no art. 137, II, será contado a partir da publicação da ata que aprovar o protocolo ou justificação, mas o pagamento do preço do reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se".

Mas, a situação ainda continua bastante discutível. Os acionistas que se acharem prejudicados com a Lei 9.457/97 podem se insurgir contra ela. Isto porque a referida Lei, no que diz respeito à cisão, teve um único objetivo: a privatização. Ora, mais uma vez o direito de recesso se circunscreve a uma situação específica. A fusão, incorporação e a cisão são institutos e meios de reorganização financeira que se complementam no meio empresarial, e a separação que a Lei 9.457/97 fez quanto ao direito de recesso, art. 137, II, *a-b*, contraria o princípio da igualdade nas decisões dos órgãos sociais, em prejuízo para o acionista. A comprovação disto é que o art. 231 da Lei das S/A determina que "a incorporação, fusão ou cisão da companhia emissora de debêntures em circulação dependerá de prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembléia especialmente convocada com esse fim. *Será dispensada a aprovação pela assembléia se for assegurado aos debenturistas que o desejarem, durante o prazo mínimo de seis meses a contar da data da publicação das atas das assembléias relativas à operação, o resgate das debêntures de que forem titulares* (§ 1º). No caso do § 1º, a sociedade cindida e as sociedades que absorvem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente

pelo resgate das debêntures". Ora, a Lei mantém toda a proteção para os debenturistas, que são meros credores, mas relega os acionistas minoritários.

É bem verdade que o excessivo número de casos que permitem o recesso acaba por deixar a empresa sem meios de efetuar medidas que possibilitem, inclusive, o seu financiamento, o que pode ocasionar problemas na condução dos negócios. Mas, cada ordenamento jurídico, no tocante às sociedades por ações, procura equilibrar estas hipóteses, sem deixar o acionista minoritário entregue às decisões prejudiciais. Outra hipótese é a diluição da participação acionária, que pode ocorrer com o aumento de capital (art. 170). No direito comparado podem ser encontradas legislações que restringem ao máximo os casos que permitem o recesso, isto em razão da perspectiva institucional das grandes companhias, e da importância do mercado acionário em alguns países. Noutros, como no Brasil, há casos e mais casos que permitem o recesso, situação esta que mostra a feição contratual das companhias, e a restrita importância do seu mercado de valores mobiliários.

Mesmo que toda Lei das S/A tenha o objetivo de trazer novos institutos para o desenvolvimento deste mercado acionário, é somente o desenvolvimento econômico e a alteração da direção dos investimentos da economia pública que possibilitam, realmente, este crescimento.⁵ Isto fica ainda

5. "Por isso, na apreciação do seu sistema, assim como de cada um de seus dispositivos e soluções, um dos principais critérios de julgamento há de ser a sua funcionalidade, no quadro da realidade brasileira atual, como instrumento para atingir seu objetivo maior — de criar um mercado primário de ações", e "Com efeito, o objeto da interpretação é a busca da vontade da lei, do conteúdo histórico, seja pelo dado cronológico da antinomia emergente, não deixa margens a dúvidas. Em conclusão: a Lei 7.958, de 1989, pode ser alvo de críticas quanto à técnica adotada, e, mesmo, quanto ao seu mérito (a nosso ver, críticas procedentes) mas é lei; e enquanto não revogada, terá de ser cumprida: *legem habemus*" (Alfredo Lamy e José Luiz B. Pedreira, *A Lei das S/A*, Renovar, 1992, pp. 156 e 567).

mais evidente com as reformas parciais da Lei da S/A, amparadas num legalismo absurdo, e que dá azo também para tantas medidas abusivas.⁶ Então, o que se coloca é a revisão de casos que permitem o recesso. Mas, esta revisão somente pode ter efetividade se estiver de acordo com a realidade de uma prática empresarial bem sedimentada, e que seja o reflexo de todo um sistema jurídico e econômico. Não é com uma lei, a Lei de 1989, que se altera uma perspectiva jurídica, sem qualquer ligação com a realidade da fenomenologia societária.

Por sua vez, o que não se leva em consideração é a companhia fechada. É evidente que o sistema societário estaria completo se o mercado acionário brasileiro estivesse desenvolvido, com várias empresas participando. Mas não é isto que ocorre. Há apenas alguns títulos que são negociados, e outros muitas vezes não alcançam valores mínimos para negociação, prejudicando os minoritários, no caso da fusão, incorporação e cisão. O reembolso dos valores das ações pelo direito de recesso é uma garantia para o acionista dissidente. Se o mercado acionário brasileiro é inexpressivo, não é relegando os minoritários ou preferencialistas que se alterará esta situação, mas exatamente o contrário. Outro aspecto que se nota na prática empresarial brasileira é a quantidade de companhias fechadas. Nestas, a disciplina poderá provocar prejuízo excessivo para acionistas dissidentes que não conseguirem alcançar valores corretos para suas ações, o que levará ao enriquecimento dos controladores ou novos acionistas. Mesmo que o estatuto determine *quorum* elevado para algumas deliberações da assembléia, não evitará prejuízos em casos específicos.

O julgado acertou em não dar validade à Lei 7.958/89. O que se coloca neste momento é a Lei 9.457/97. Se ela for apli-

cada em todos os casos de reorganização empresarial, certamente, será um instrumento para viabilizar medidas administrativas que podem prejudicar vários acionistas em todo o Brasil, para o ganho de uma elite de controladores, que cada vez mais se une, em volta do poder das companhias, formando conglomerados econômicos e impondo sua vontade na condução dos negócios empresariais. O julgado foi preciso quando determinou que “o princípio da *eficácia jurídica* recomenda que as regras básicas estabelecidas na Constituição da República, que dispõem sobre o exercício do poder e servem para regular as relações na ordem privada, entre os cidadãos, ou entre instituições privadas e seus associados, com a mesma aplicação dos princípios básicos que estruturam o Estado, tais o de igualdade, o da moralidade, o respeito, a boa-fé e o direito da minoria, dentre outros”.

Com efeito, entende-se que “deve nomeadamente ter-se em conta que o sistema não formula de modo adequado o valor em questão e que, por isso, seja sempre necessário um controle teleológico — pelo menos implícito — quanto a saber se a premissa maior ou o conceito mais vasto tomados ao sistema comunicam plena e acertadamente o conteúdo valorativo significativo”.⁷

Tudo isto é importante para a eficácia jurídica, tanto que “o escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei há de ser considerado juridicamente determinante, tem de ser estabelecido atendendo à intenção de regulação e às idéias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas”.⁸

7. C. Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, F. C. Gulbenkian, 1996, p. 187.

8. Karl Larens, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 448.

6. Como as insenções e incentivos que alguns Estados fornecem para a instalação de grandes conglomerados empresariais.

Com efeito, o que o julgado fez foi sufragar a solução que a melhor doutrina já defendia desde a edição da Lei 7.958/89. Este caso mostra como o legislador pode cometer equívocos, o que é prejudicial para a democracia. A reforma da Lei das S/A deve sempre e necessariamente ser precedida de discussões doutrinárias, políticas e empresariais, e que reflitam o momento histórico do país e seus objetivos, sem esquecer a vontade geral desta mesma sociedade. Se a disciplinação das companhias continuar protegendo um único interesse, é evidente que o sistema societário brasilei-

ro continuará atendendo vontades segmentadas, como recentemente o foi nas privatizações, no sistema financeiro etc. O que se nota de tudo isto é a ruptura de um conceito, o conceito normativo, que se prende àquele positivismo incongruente, que vê na lei, e somente na lei, a fonte de todo o poder e da supremacia de interesses, permitindo que cada governo se intitule senhor do Estado como se este pudesse ser apropriado. O caso em questão, e que mereceu o julgamento do STJ, ultrapassa a questão econômica, e chega mesmo a alcançar a noção de Estado.