

DIREITO CONCORRENCIAL E DIREITO SOCIETÁRIO: UMA PROPOSTA TRANSDISCIPLINAR

*Marcos Vinício Chein Feres¹,
Maíra Fajardo Linhares Pereira²*

Resumo: O artigo faz uma breve análise dos interesses tutelados por dois ramos do direito, o societário e o concorrencial. Defende, ao contrário, do pensamento dominante, que os interesses e objetivos são os mesmos e que este reconhecimento é fundamental para uma melhor aplicação do direito. Em sua justificação apresenta alguns conceitos compartilhados por ambos como poder, concentração, controle, mas com concepções diferentes. Defende, no entanto, que se deve buscar a fusão destes conceitos e que isto é possível começando por uma interpretação que além de ser sistemática e transdisciplinar, reconheça também a importância de ser conciliada com os objetivos da política e da economia locais.

Palavras-chave: Direito Societário. Direito Concorrencial. Transdisciplinaridade. Fusão de conceitos.

1. Introdução

Esse trabalho surgiu de uma necessidade de se tratar o direito societário e o direito concorrencial como estruturas normativas integradas para a solução de conflitos jurídicos empresariais e econômicos. A pergunta que orientou o trabalho foi sobre a possibilidade de fusão dos interesses destes ramos do direito com o objetivo de serem mais bem aplicados. Apesar de ser focalizado nestes dois ramos e seus conceitos, o trabalho buscou também não esquecer a relação existente entre eles e outras ciências, como a economia e a política.

Na primeira parte aborda-se a divisão existente não só entre as diversas ciências, mas também dentro delas. Divisão criada para facilitar o estudo, mas que se levada a extremos pode acabar tendo um efeito contrário. E este pode ser o problema entre o direito societário e o direito concorrencial

¹ Professor adjunto II de Direito Econômico e Constitucional da Faculdade de Direito da UFJF ; Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG.

² Professora substituta de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF, Mestranda em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ.

considerados, muitas vezes, como ramos do direito defensores de interesses inconciliáveis.

A segunda parte trata especialmente dos interesses de cada um destes ramos e de conceitos importantes compartilhados por eles, mas que recebem tratamentos diferentes e interpretações diferentes, o que dificulta a criação, a aplicação e o estudo do direito.

A terceira e última parte defende que na verdade os interesses do direito societário e concorrencial não são apenas conciliáveis, mas são os mesmos, tendo por paradigma a transdisciplinaridade, e que o reconhecimento deste fato contribuirá para uma melhor aplicação do direito.

Tal análise é relevante, pois os ramos do direito aqui tratados têm recebido uma maior atenção nos últimos anos por estarem relacionados com as mudanças de política econômica pelas quais o Brasil e o mundo têm passado. O desenvolvimento social e econômico do Brasil pode tomar rumos diferentes dependendo do modo como são criadas e aplicadas as normas destes ramos do direito.

2. Conceitos, direito e territórios

A necessidade de organização do ordenamento jurídico, tanto para sua aplicação quanto para seu estudo é responsável, às vezes, por um efeito colateral indesejado. A classificação do Direito em diversas disciplinas como civil, penal, empresarial, societário, econômico, tributário; as variadas legislações e codificações; e os diversos órgãos responsáveis pela sua aplicação fazem com que, muitas vezes, um mesmo instituto seja conhecido e usado com significados distintos. E o que é pior, esta divergência de conceitos pode levar a soluções diferentes para uma mesma questão, dependendo do ramo do Direito responsável pelo julgamento. Indo um pouco mais longe, pode-se concluir que existe um conflito entre os diversos valores e interesses defendidos.

Com o objetivo de resolver esse dissenso valorativo no campo do Direito Econômico, propõe-se um estudo dos limites e dos territórios do Direito Societário e Direito Concorrencial e suas fronteiras com a Ciência Econômica. Deve-se sempre, desta forma, ter em mente o conceito de transdisciplinaridade, que será utilizado aqui para conciliar os Direitos Concorrencial, Societário e a Economia em relação à análise de conceitos como poder de controle, operações societárias como venda de ações, acordos de acionistas, empréstimos e outras que afetem de algum modo a livre concorrência.

A abordagem aqui realizada pretende discutir alguns conceitos societários ligados à concorrência para integrar os interesses do Direito Societário e do Direito Concorrencial tendo em vista a sociedade brasileira deste momento e a proposta metodológica transdisciplinar.

Nesse sentido, é interessante a consideração de Comparat e Salomão Filho (2005, p.105):

Uma das grandes conquistas da ciência jurídica contemporânea foi a de superar o ingênuo “essencialismo” das definições, entendidas como se referindo a “naturezas jurídicas” eternas e imutáveis. A verdade é que, desde o seu nascimento em Roma, [...], a ciência do direito sofre, de tempos em tempos, esse extraordinário fascínio da lógica formal, levando os seus cultores a procurar refugiar-se, asceticamente, no deserto das idéias puras, para poder construir, *more geometrico*, pirâmides de conceitos.

Daí, percebe-se que a relação conteúdo-forma tão cara aos cultores da lógica formal gerou uma espécie de formalismo jurídico o qual serve apenas para desgastar conceitos e instituições. Por isso, verifica-se a necessidade de se adotar uma perspectiva argumentativa na análise de conceitos e instituições jurídico-econômicos, visto que a atribuição formal de significado a determinados significantes não se dá por meio de um sentido fixo e essencial. Na verdade, desde a virada lingüística, cujo marco pode ser considerado as “Investigações Filosóficas” de Wittgenstein (2001b), a atribuição de sentido varia de acordo com o contexto em que tal se dá. A linguagem é que dá existência as coisas. Em virtude disso, estudar a relação entre direito empresarial e direito econômico consiste num trabalho de reconstrução crítica de conceitos de forma a realizar, no sentido habermasiano, um ir e vir entre o empírico e o abstrato (HABERMAS, 2003), compreendendo, assim, a contrafaticidade das normas e sua intensa relação com a realidade socioeconômica.

3. Direito societário e direito concorrencial

Salomão Filho (1998), ao dissertar sobre os escopos do direito societário e do direito concorrencial, apresenta, como características próprias do primeiro, a preocupação com os interesses dos sócios e credores da sociedade e a preocupação com a retenção do poder decisório, que adquire aqui o significado especial de possibilidade de controle dos destinos do patrimônio e/ou dos resultados patrimoniais. Já o direito concorrencial, alicerçado ora nos

interesses dos concorrentes ora no dos consumidores, volta-se para o controle estrutural e comportamental, avaliando, a partir de uma ordem normativa de concorrência, os efeitos das ações empresárias no mercado.

Salomão Filho (1998) defende a neutralidade do direito societário frente ao direito concorrencial. Afirmo que os escopos entre os interesses societários e concorrenciais raramente coincidem, advogando um estudo separatista desses ramos. Atribui, ainda, significados diferentes para termos comuns como “empresa”. Decerto, o mesmo autor, valendo-se dessa neutralidade afeta ao direito societário, impede, em função da polarização entre interesses societários e concorrenciais, a aplicação de uma metodologia transdisciplinar. Na verdade, a transdisciplinaridade se justifica somente se concebida uma relação integrada entre instrumentos societários e concorrenciais, tendo em vista o elemento político-econômico. Por isso mesmo, faz-se necessário um juízo de síntese entre o direito e a economia no sentido de contribuir para uma análise desses instrumentos que não seja parcial e compartimentada.

Atualmente, de acordo com a Governança Corporativa³ (BOVESPA, 2006), para que as empresas tenham suas ações negociadas no Novo Mercado, faz-se necessária a adoção de regras de transparência, de pulverização de ações, de equilíbrio de direitos entre os acionistas majoritários e minoritários, culminando-se, ainda, com a exigência de emissão de ações ordinárias exclusivamente. Realizada essa emissão, atinge-se o mais alto nível de Governança Corporativa. Diante disso, percebe-se uma mudança na política econômica estatal assim como um rumo diferenciado de ação das empresas privadas. O mercado mudou e, por isso, as regras jurídicas e econômicas aproximam os interesses societários dos concorrenciais, gerando um processo de síntese necessária para que se possa atuar na solução de conflitos no mercado. A pretensa neutralidade do direito societário, porque vinculado a direitos privados dos acionistas e dos credores sociais, cede a uma interação com as regras concorrenciais as quais passam a atuar até na elaboração de novos padrões de condutas para os agentes econômicos no mercado acionário.

Essa relação entre o mercado e a regras societárias, pode ser comprovada pela reforma da lei das S/A feita em 2001 de modo que a companhia não pode mais emitir ações sem direito a voto até o limite de 2/3 do capital social, mas sim de até 50% deste. O limite anterior facilitava em muito

³ A Governança Corporativa consiste num conjunto de regras estabelecido pelos próprios agentes privados que, de certo modo, se antecipam, muitas vezes, à regulação estatal.

a aquisição do controle acionário da companhia e, conseqüentemente, as concentrações, reforçando, pois, uma política pública de estímulo a estas. A mudança ocorrida com a Lei nº 10303/01 não se constitui em uma opção neutra. Ao contrário, como defende Carvalhosa (2002) mostrou uma posição clara pelo fortalecimento do mercado de capitais, seguindo a atual política econômica, as finalidades da legislação de proteção à concorrência e as regras da Governança Corporativa.

Defender a existência de um interesse da empresa completamente desvinculado dos diferentes interesses dos diversos grupos presentes na vida de uma sociedade seria, sem dúvida, uma falácia, uma vez, que os rumos da empresa são necessariamente decididos por seus membros. Mas a afirmação contrária também pode ser falaciosa, os interesses e a vontade da empresa não coincidem integralmente, nem podem coincidir com os de quem exerce seu controle. Isto por dois motivos principais.

Primeiro, o direito societário reconhece a existência de diversos interesses, a importância da contribuição dos diferentes grupos e, por isso mesmo, uma de suas preocupações é a proteção dos interesses daqueles grupos que não estão no poder. A lei de sociedades por ações prevê em vários de seus dispositivos mecanismos de proteção dos interesses dos acionistas minoritários e dos credores, além de medidas repressivas do abuso de poder.

Segundo, a empresa há muito deixou de ser vista como algo restrito ao campo privado para ter sua importância pública reconhecida. Não só os negócios de seus investidores e proprietários dependem da vida da empresa, mas também o desenvolvimento econômico e social do país estão a ela atrelados. Sendo assim, parte dos propósitos de cada empresa já se encontra determinada pela Constituição e, portanto, não se pode falar em significados distintos para o termo utilizado tanto pelo direito societário quanto pelo direito concorrencial. Comparato e Salomão Filho (2005), antes mesmo da promulgação da Carta Constitucional de 1988, afirmam que os particulares passaram a ser responsabilizados pelo cumprimento de funções sociais, constituindo uma nova classe de agentes privados; e lembra que a lei acionária de 1976 estabeleceu uma ponte entre o direito constitucional e o societário, como se pode observar na redação dos artigos 116, parágrafo único e 117, § 1º, “a”.⁴

⁴ “Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham

Isabel Vaz (1993, p. 319), já mencionando a Carta de 1988, também alega que:

A leitura da Constituição brasileira em vigor revela tanto uma diminuição do papel do estado nas atividades econômicas quanto a instigação do particular para que participe, de modo mais ativo, na realização dos objetivos da ordem econômica e financeira e da ordem social.

Sendo assim, toda e qualquer atividade realizada pela empresa; todas as suas relações internas, como as relações com trabalhadores e acionistas, e externas, como as relações com credores, consumidores ou concorrentes devem ser planejadas e concretizadas tendo como base os princípios fixados no art. 170 da Constituição da República, com destaque para a livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e principalmente propriedade privada e função social da propriedade, dois princípios indissociáveis.

Nesse contexto, a Lei de Proteção da Concorrência (Lei nº 8884/94) é também um importante instrumento legislativo que corrobora a idéia da empresa como sujeito de direitos e como veículo de uma determinada política pública. A legislação da concorrência, fundamentada nos princípios informativos da Ordem Econômica da Constituição da República, estabelece um quadro normativo em que os interesses societários não podem ser considerados isoladamente e, sim, num âmbito de proteção ao mercado e num contexto de incentivo à livre concorrência. Desse modo, é crucial uma síntese metodológica no momento de se decidirem conflitos entre as empresas nesse espaço regulativo em que são efetivamente considerados o tempo, o espaço e a cultura como estruturas básicas do processo de regulação (HANCHER; MORAN, 2002). Isso corrobora as alterações empreendidas pelo Novo Mercado e pela Governança Corporativa, pois constituem verdadeiramente padrões de organização que determinam a conformação desse espaço regulativo.

e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

“Art. 117. §1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

Considerando essa abordagem transdisciplinar aplicada ao espaço regulativo, o enfoque do direito sobre a propriedade deve mudar completamente de uma preocupação com a proteção e tutela contra turbações externas, intimamente ligados à propriedade estática, para uma preocupação com a propriedade dinâmica,⁵ através de fiscalização de seu exercício, da prevenção do abuso de poder e da realização de sua função social.

Desse modo, pode-se afirmar que quem quer que seja que detenha o poder de decidir os rumos da empresa não deve considerar somente seus interesses, mas também os interesses dos grupos opostos, as regras mercadológicas e os princípios constitucionais.

A decisão empresarial, seja para o aumento do capital social, seja para a aquisição de uma nova planta industrial, precisa estar fundada em argumentos de princípios (DWORKIN, 2002). Embora esta decisão se justifique por uma ação política, pela tentativa de estabelecer uma política capaz de integrar interesses contrários, ela só faz sentido quando devidamente reconduzida a um argumento de princípio. Decerto, a questão do princípio é a que revela um direito sob o qual se fundam as diversas políticas públicas e empresariais. Na verdade, estas só se tornam legítimas quando passem pelo teste da consistência articulada (DWORKIN, 2002). Enfim, as decisões políticas das empresas não podem se distanciar dos princípios constitucionais nem dos limites legislativos ordinários.

3.1 O controle societário

Antes de se iniciar um debate que envolve o poder de controle e as pessoas que exercem este poder é preciso conhecer a estrutura interna de uma sociedade anônima.

Os principais órgãos societários e suas respectivas competências encontram-se definidos em lei, e são, portanto, iguais para todas as sociedades. Pode-se apresentar os órgãos da sociedade de acordo com a função que cada um deles exerce.

A assembléia geral de acionistas exerce a função deliberativa, como se pode apreender do art. 121 da lei das S/A, tem poder para decidir sobre

⁵ Segundo VAZ (1993), pode-se classificar as propriedades em estáticas (existem independente da atuação do homem) e dinâmicas (sua existência depende do atuar humano). A propriedade dinâmica, por excelência, para a autora, é aquela em regime de empresa.

os negócios relativos ao objeto social e qualquer outro assunto de interesse social. A diretoria exerce a função administrativa, devendo dirigir os negócios em acordo com a vontade da assembleia geral. O conselho fiscal exerce a função fiscalizadora das atividades da diretoria, auxilia a assembleia geral, mas como bem lembra Coelho (2004), o exercício de sua função encontra-se sob limites precisos, cabendo somente observar os aspectos legais e a regularidade dos atos da administração, não podendo fazer julgamentos de conveniência e oportunidade.

Existe em algumas sociedades um quarto órgão, o conselho de administração, que apesar de constar na lei como órgão da administração (art. 138), exerce um papel híbrido dentro da sociedade, absorvendo um pouco das funções dos outros órgãos. Ajuda e fiscaliza a diretoria na administração, além de deliberar sobre assuntos que normalmente seriam levados à assembleia geral, só que de forma mais ágil. Garante desta forma além da agilidade, certo sigilo na tomada de decisões e o atendimento ao interesse dos sócios porque este conselho só pode ser composto por eles (COELHO, 2004). Como lembra Corrêa-Lima (2003) reflete uma tendência de dissociação entre propriedade e gestão, uma vez que em relação a esta, quanto maior a empresa maior a necessidade de conhecimentos especializados, sendo assim, o conselho representa a propriedade da empresa e a diretoria exerce a gestão, sendo composta por especialistas que não precisam ser acionistas da sociedade.

Mesmo sendo cada um destes órgãos dotados de poderes próprios, eles não se encontram no mesmo nível, mas sim organizados hierarquicamente. A superioridade da assembleia geral é incontestável devido a sua competência privativa fixada no art. 122 da lei das S/A que prevê inclusive a responsabilidade pela eleição e destituição a qualquer tempo dos administradores e fiscais da companhia.

Sendo assim, fica fácil afirmar que terá o controle da companhia o sócio que detiver a propriedade de mais da metade das ações com direito a voto, ou seja, aquele que controla o poder supremo da sociedade, a assembleia geral, controla também toda a companhia.

Mas como alertam Comparato e Salomão Filho (2005), o estritamente jurídico, o estritamente legal, nem sempre coincide com a realidade econômica. O poder de controle transcende as prerrogativas legais. O controle, sem dúvida, manifesta-se através dos poderes da assembleia geral porque precisa ser assim legitimado. A assembleia geral é que garante um mínimo de discussão pública das decisões empresariais.

Como ocorre com a estrutura e a constituição do Estado, percebe-se que o processo de legitimação das decisões empresariais é bem mais efetivo quando realizado no pleno da Assembléia. Afinal, os sócios ou os acionistas são os legitimados naturais para decidir os rumos da instituição, assim como os Congressistas e os Governantes são os que se encontram democraticamente legitimados para decidirem em nome do povo (BÖCKENFÖRDE, 2000) e, por isso, em caso de dúvidas, serão mais legítimas as decisões tomadas por aqueles.

A comparação entre companhia e Estado mostra-se interessante e útil para a compreensão de tema tão complexo quanto o poder de controle. Pode-se afirmar que questões como, quem é o dono da sociedade, quem exerce o poder de controle, aproximam-se destas mesmas questões quando dirigidas ao Estado, ambos se afirmam instituições democráticas em que a origem última do poder está no colégio eleitoral, o povo, no Estado e a assembléia geral, na sociedade.

Em crítica ao procedimento democrático nas instituições empresariais, Ripert (2002) já havia se manifestado, anos antes, com opiniões bastante eloqüentes que, por isso mesmo, merecem ser aqui reproduzidas. Para ele a democracia embriaga os eleitores com ilusões, tanto o povo quanto os acionistas sabem que seu poder é mais teórico do que real, mas sentem-se orgulhosos de o ver reconhecido. Isto se deve ao fato de que a concepção democrática não resistiu às necessidades econômicas, assim como o povo, os acionistas também não têm competência para decidir sobre questões técnicas ou financeiras e a assembléia geral se limita a uma encenação, a uma aprovação cega dos negócios realizados pela administração. O autor segue em sua exposição, que, em muitas vezes, parece um desabafo:

Os acionistas resignam-se a nada compreender, a nada saber. Fiam-se nos administradores. O regime democrático das sociedades acaba no triunfo da pequena minoria de capitalistas. Tal democracia termina em plutocracia (RIPERT, 2002, p. 119).

Para alguns, os acionistas podem não deter o controle total da empresa, mas não deixam de ser os proprietários da sociedade. Ripert (2002) também nega esta afirmação ao considerar que os acionistas são proprietários de ações da companhia e não desta propriamente dita. Acionistas e companhia estão em pólos opostos, o acionista entende ter um direito contra a sociedade, eles esperam o retorno de seu investimento, a compra de ações, e não um direito na sociedade.

Acionistas não são mais empresários do que proprietários. Os acionistas não são donos da sociedade. Não o pretendem ser. Consideram-se somente como seus credores, dóceis ou furiosos, segundo a marcha dos negócios sociais(...)Digamos mais polidamente, uns indiferentes, transeuntes. Para todas as sociedades cujos títulos são cotados os sócios não passam de portadores de ações. (RIPERT, 2002, p. 125 e 127)

Ripert (2002) firma bem a posição de que, acionistas, proprietários, controladores e administradores não se identificam necessariamente dentro de uma sociedade. Idéia bem difícil de ser aceita por quem vê a sociedade sob as lentes monofocais do mundo jurídico. Acontece que apesar disto ele ainda localiza o controle dentro da própria companhia, nas mãos de uns poucos acionistas, os membros do conselho de administração. Entretanto os caminhos da economia são muitos e já levaram à possibilidade de o verdadeiro titular dos poderes decisórios não ser sequer um acionista, caracterizando o que pode ser aqui chamado de uma soberania externa.

De qualquer modo, do que até aqui foi explicitado, podem-se extrair duas conclusões: a primeira é a de que mesmo que o poder de controle não pertença aos membros da assembléia geral, a sua definição passa por ela (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005), quem tiver o controle da assembléia, tem o controle da companhia; a segunda é a de que a organização social tal como apresentada, isto é, baseada em deliberações da assembléia geral, é uma falsa organização democrática, porque os acionistas figuram como donos, mas não o são senão teoricamente, o que, no entanto, já é o bastante para garantir o anonimato da gestão (RIPERT, 2002).

Ao reconhecer-se que a sociedade por ser controlada tanto internamente quanto externamente, tem-se a primeira classificação dos tipos de controle: interno e externo.

a) Controle interno

O controle interno de uma sociedade por ações não pode ser estudado a partir de uma dimensão puramente formal, mas é necessária uma abordagem transdisciplinar que englobe tanto a relevância estrutural e conceitual de cunho empresarial quanto a manifestação de conteúdo desse controle no mercado concorrencial.

Berle e Means (1939) demonstraram a existência de cinco formas de controle interno de uma sociedade anônima, as quais foram sistematizadas e

adaptadas ao Direito Brasileiro por Fábio Konder Comparato. Nesse sentido, Comparato e Salomão Filho (2005, p. 52) apontam os diferentes tipos de controle interno, a saber, “controle com quase completa propriedade acionária, controle majoritário, controle obtido mediante expedientes legais (*through a legal device*), controle minoritário e controle administrativo ou gerencial (*management control*)”

O controle com a quase completa propriedade acionária pode viabilizar a subsidiária integral. Caso em que uma empresa pode ter a totalidade das ações de outra, controlando-a. Esse tipo de controle visa a incorporar as chamadas empresas fornecedoras e distribuidoras, gerando, assim, reduções de custos. Neste tipo de concentração empresarial, pode ficar evidenciada a finalidade de controlar o mercado em determinado setor da produção e distribuição de bens ou serviços, abastecendo ou não certo produtor ou mercado consumidor.

Nessa estrutura interna de controle afeta, em linha de princípio, ao Direito Empresarial, faz-se necessária a compreensão de um dos fenômenos de concentração econômica no Direito Concorrencial, a integração vertical. O controle da distribuição, do fornecimento e da prestação de serviços no mercado pós-venda pode caracterizar uma restrição substancial na concorrência. Assim alertam Areeda e Kaplow (1997, p. 811, tradução livre) para o fato de que

todo acordo vertical, por sua própria natureza, pelo menos por uma vez, recusa aos concorrentes derivados a oportunidade de competir, em parte, ou no todo, pelo comércio de parcela do mercado consumidor justamente por causa deste acordo.⁶

Quanto ao controle majoritário, não gera grandes discussões na medida em que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, quanto às sociedades por ações, o princípio majoritário. Nesse caso, o interesse da maioria dos acionistas é determinante, tendo em vista o fim da instituição de viabilizar a maior captação possível de capital, atendendo a todos os interessados. Não se podem desconsiderar os interesses dos acionistas que contribuem para a formação do patrimônio da sociedade, sendo-lhes assegurados todos os direitos decorrentes das ações subscritas e integralizadas.

⁶ No original: “*every extended vertical arrangement by its very nature, for at least a time, denies to competitors of the supplier the opportunity to compete for part or all of the trade of the customer-party to vertical arrangement*”.

Todavia, Berle e Means (1939)⁷ ressaltam que a minoria, nesse caso, acaba por ter o direito de propriedade, porque de posse de ações. Porém, perdem o poder de controle para a maioria. A dissociação entre os direitos de propriedade e o controle mostra que começa a se desenhar a concentração do poder econômico no interior da empresa, o que, certamente, é aceitável pelos dispositivos legais vigentes. Entretanto, deve-se evitar o exercício abusivo desse poder o qual pode ter efeitos deletérios no mercado concorrencial.

Em se tratando do *working control* a que se reporta a doutrina americana, é este de fundamental importância no estudo da concentração de poder econômico nas mãos de cada vez menos pessoas, já no interior da empresa. Perceba-se que a situação de controle pela minoria não fica ao desabrigo ou à margem da lei, consoante advertem Comparato e Salomão Filho (2005, p. 65):

A existência de um controle minoritário está implicitamente reconhecida na lei, ao fixar as regras de quorum e maioria no funcionamento da assembléia geral. A norma geral é que a reunião se instala, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem no mínimo um quarto do capital social com direito de voto – que normalmente pode constituir apenas um terço do capital total (Lei 6404, art. 15, § 2º), salvo exceções – e em segunda convocação, com qualquer número (art. 125).

Em linhas gerais, parece claro que o controle minoritário é a tônica de toda a estrutura societária moderna, de tal sorte que a maior parte dos acionistas acaba alijada do processo de escolha de diretores, de aprovação de contas e de divisão de dividendos.

Decorre o controle minoritário da pulverização de ações, tão comum aos grandes empreendimentos abertos ao público, gerando, assim, *acionistas especuladores e acionistas rendeiros*. Estes querem ver os dividendos, ao final de um prazo curto ou longo, e a alta das ações com pronta liquidez a fim de negociá-las no mercado de balcão. Todavia, não nutrem interesse algum no

⁷ Segundo os autores, “*the concentrating of control in the hands of a majority means that the minority have lost most of the powers of control over the enterprise of which they are part owners. For them, at least, the separation of ownership and control is well nigh complete, though for the majority the two functions are combined*” (BERLE & MEANS, 1939: 71).

que se refere ao controle da empresa. São, pois, levados pelas decisões de um pequeno grupo quer ao sucesso quer ao insucesso de suas aplicações, já que não possuem o poder de controle na gerência da atividade econômica lucrativa.

Com relação ao último tipo de controle interno, *management control*, trata-se de real tecnocracia. Em virtude da total dispersão de ações, inexistente minoria suficiente para controlar e dirigir o destino da empresa. Nesse passo, segundo o raciocínio de Berle e Means (1939), ocorre a completa separação entre direito de propriedade e poder de controle da empresa. Os administradores tornam-se detentores do poder de controle da empresa, através da transferência de poder de voto dada por acionistas minoritários a certos indivíduos escolhidos por aqueles que comandam a administração (voto por representação).

Nada impede que o costume norte-americano possa se reproduzir numa estrutura societária brasileira, visto que os acionistas podem nomear procuradores que declaram o voto para aquela Diretoria, a qual se perpetuará no poder. Nesse caso, constata-se que a empresa, dissociada por completo do proprietário, do empresário, passa a ser considerada verdadeira instituição, dotada de personalidade jurídica (§ 5º do art. 173 da Constituição Federal), agindo no mercado por conta própria e tornando-se, assim, sujeito de direitos e deveres na órbita concorrencial. Desaparece, pois, a *affectio societatis*. Os acionistas reunidos não caminham numa mesma direção, mas antes pretendem a satisfação de seus interesses individuais de especulação ou de rendimentos.

Além disso, são comuns, hoje, os *headhunters*, especializados em encontrar bons administradores que venham a ocupar a direção da empresa. Decerto, o progresso natural da empresa, sob forma de sociedade por ações, há de ser o controle exercido por administradores profissionais que cuidarão de gerir o patrimônio social, levando a empresa a concorrer lealmente no mercado.

b) O controle externo da empresa

Vale a pena considerar, ainda, o controle externo da empresa. Este pode se dar por meio de endividamento social (emissão de debêntures e partes beneficiárias) de modo que o credor passa a ter direito de intervir em determinadas decisões tendentes a afetar o patrimônio social, sua real garantia (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005). Além deste, há outras formas

não menos importantes como a concessão de venda com exclusividade, sendo esta espécie de integração vertical, conforme Comparato e Salomão Filho (2005), o contrato de franquia, as situações de monopólio e monopsonio, as intervenções extrajudiciais (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005).

Note-se que o controle externo da empresa é essencial ao estudo da integração vertical, como a concessão de venda com exclusividade, o *franchising*, que são estruturas comerciais permitidas por lei, mas prováveis ilícitos concorrenciais se tiverem por fim eliminar ou prejudicar a concorrência, dominar o mercado relevante de bens e serviços e aumentar arbitrariamente os lucros. Por exemplo, quando grandes empresas comandam mercados, através de redes de distribuição, o *franchising* pode ser a forma legal escolhida, muitas vezes, para assumir posição dominante em determinada região geográfica.

2.2 O controle concorrencial

A definição do direito concorrencial depende dos interesses por ele tutelados, no caso do Brasil cabe a ele a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, devendo, portanto os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência serem submetidos à apreciação, podendo, no entanto, serem autorizados por alguns motivos considerados superiores a simples defesa da concorrência. É o que se depreende da leitura dos artigos 1º e 54 da lei de Defesa da Concorrência combinados com a Constituição de 1988.

Para realizar sua função, o direito concorrencial dispõe de dois tipos de controle, o comportamental e o estrutural. O primeiro visa a regulamentar e sancionar o abuso do poder econômico, é um controle posterior, baseado em atuações concretas do sujeito. O segundo é um controle prévio, que visa a impedir a formação de estruturas que possam vir gozar de poder no mercado, estas, só serão permitidas se acompanhadas de justificativa que afastem o perigo de abuso. O interesse neste tipo de controle está no fato de ser ele preventivo ao invés de sancionador (SALOMÃO FILHO, 1998).

Neste tipo de controle a principal pergunta é quais são as estruturas que podem dar origem a um abuso de posição dominante? A princípio, duas são as estruturas básicas através das quais o abuso de posição dominante se constitui, concentração e cooperação, trustes e cartéis. Nas palavras de Salomão Filho (1998, p. 329) a cooperação empresarial caracteriza-se:

(...) pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividades não sujeitos ao acordo.

Já a concentração segundo Carvalho (1995, p. 92-3) é:

(...) todo o ato de associação empresarial, seja por meio de compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não.

Tradicionalmente a cooperação ocorre através da realização de um contrato e a concentração através de uma mudança estrutural societária, no entanto, existem formas de vinculação societária que dão origem a estruturas cooperativas, e formas contratuais que dão origem a concentrações empresariais. (SALOMÃO FILHO, 1998).

É comum entre os autores de direito concorrencial dar ênfase somente aos efeitos das estruturas no mercado e os autores de direito societário se aterem ao estudo das relações exclusivas dos acionistas entre si e dos credores. No entanto, é relevante considerar que essas relações entre acionistas e credores podem apresentar influências nas estruturas de mercado e quaisquer alterações na concorrência podem gerar mudanças no modo de operação interna da empresa. Do ponto de vista jurídico, a influência relevante pode ser indicativa não só de alterações estruturais no mercado mas também de exercício abusivo do acionista ou sócio nas relações *interna corporis*.

De fato, o direito concorrencial, por sua natureza transdisciplinar, matéria afeta ao direito econômico, já incorpora muitos dos conceitos societários e serve como importante baliza na renovação do direito empresarial clássico. Em função disso, passa-se ao estudo das espécies de controle concorrencial sob o paradigma da transdisciplinaridade.

a) Influência dominante

A influência dominante consiste no poder de influenciar o comportamento da empresa no mercado, por isso não é preciso que o controle seja de todos os órgãos e decisões sociais, mas só daqueles considerados fundamen-

tais para este intuito, pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas.

Muitos são os meios de se adquirir esta influência dominante. As hipóteses podem ser societárias e contratuais.

Carvalho (1995) afirma que a legislação foi bem vaga nas hipóteses societárias, prevendo que o poder de influência dominante pode ser alcançado através da aquisição de acervos de empresas, de títulos ou direitos e de cotas ou ações. É claro que não é toda e qualquer operação realizada neste sentido que terá de ser controlada pelo Estado, mas somente aquelas prejudiciais a concorrência, ou seja, aquelas realizadas entre concorrentes.

Em relação à aquisição de ações, a preocupação é a unificação dos centros decisórios e, em função disto, surge uma pergunta se é possível identificar qual é o número de ações que precisam ser adquiridas para ficar caracterizada a influência dominante. Se a resposta para esta pergunta for dada através de uma leitura literal da legislação de direito societário, dir-se-á que esta aquisição terá que abranger mais da metade das ações com direito a voto. No entanto, a influência pode ser exercida com menos que isso (CARVALHO, 1995).

Carvalho (1995) também lembra que nem sempre a aquisição de um grande número de ações implica influência dominante, pois o adquirente pode não ter interesse em exercer seus direitos de acionista, estando interessado somente nos investimentos e nos lucros que a negociação destas ações pode render, como exemplo, cita o caso dos clubes de investimento.

Quanto à aquisição de acervos ou direitos, não se trata da unificação de centros decisórios, mas do crescimento de uma empresa à custa de outra. A empresa adquirente passa a ocupar além de seu lugar no mercado também o lugar desocupado pela outra, quando usa de seus bens materiais (fábricas, equipamentos e imóveis) ou imateriais (direitos de patente, autor, marca ou conhecimentos mantidos em segredo). (CARVALHO, 1995).

Salomão Filho (1998) separa as possibilidades societárias das possibilidades contratuais de exercício de influência dominante, mas talvez esta seja uma divisão um pouco artificial. Afinal o controle societário também pode ser adquirido através de contratos de direito e de fato, o que caracteriza o chamado controle externo. Este controle externo, é claro, só interessa ao direito concorrencial quando envolve o controle sobre aqueles órgãos e decisões considerados fundamentais, pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas.

b) Influência relevante

A influência relevante consiste também no poder de influenciar o comportamento da empresa no mercado, não de maneira determinante, como ocorre na influência dominante. Mas a estrutura societária apresentada pelas empresas envolvidas faz presumir que uma sociedade deve participar das decisões da outra, indicando um comportamento ao menos cooperativo.

A influência relevante, segundo Salomão Filho (1998), pode-se apresentar de várias formas diferentes, como através da concessão de poder de veto; ou através da relevante participação no capital não votante. Neste caso específico de participação no capital não votante, a visão tradicional do direito societário impede ver a conexão entre o abuso da posição dominante e o controle interno. De fato, esta relação somente é percebida a partir de um olhar transdisciplinar, pois nenhum agente econômico participa de seu concorrente se estiver realmente trabalhando para superá-lo no mercado. Eis aí um indício de que, do ponto de vista do mercado, a empresa, ao agir desse modo, influencia a concorrente e, por isso, falseia a concorrência no mercado específico.

Além disso, o autor citado ainda menciona os grupos de coordenação contratuais, onde um agente econômico assume a função de coordenação de um grupo de empresas, a exemplo da lei acionária alemã. Nesse caso, não há assunção de controle societário especificamente, mas sim uma relação contratual que auxilia no gerenciamento empresarial, no financiamento de investimentos, no desenvolvimento de novos produtos tecnológicos. Embora de caráter provisório ou definitivo, podem gerar algum tipo de influência se a empresa coordenadora realiza tais ações cruzadas no mesmo estágio da produção (*interlocking directorates*), atuando em diferentes concorrentes e tendo acesso a informações internas de todos eles. Isso gera um tipo de ação concertada que pode, ao fim e ao cabo, dar origem a um processo de cartelização ou mesmo de concentração indireta. Assim, essa análise só se faz possível nesses termos se aplicada uma metodologia de análise jurídico-econômica transdisciplinar.

3. Afinal é possível integrar o direito societário e o direito concorrencial?

Ainda que existam algumas diferenças entre o direito societário e o direito concorrencial, defende-se que os princípios, os interesses e os objetivos últimos almejados por ambos são os mesmos e encontram-se definidos na Constituição, nas leis específicas e nas regulamentações públicas e privadas.

Além disso, deve ficar claro também que a criação e a aplicação de qualquer norma destes ramos do direito são influenciadas pela política econômica praticada no momento pelo Estado. A idéia de espaço regulativo somente se sustenta se a aplicação do direito sintetiza os interesses societários e concorrenciais, promovendo uma análise conjunta das ações empresárias internas e seus reflexos no mercado.

Como salientado, a diferença entre estes ramos do direito consiste na responsabilidade pela criação dos meios de defesa dos diversos grupos existentes e de seus interesses, o que não significa que estes interesses, em linha de princípio, distintos, exijam um tratamento jurídico compartimentado. O direito econômico, por seu caráter transdisciplinar, pode atuar na aplicação integrada dos dispositivos jurídicos societários e concorrenciais.

A integração entre o direito societário e o direito concorrencial não só é possível, como é o que deve ser feito. Ambos os ramos do direito devem trabalhar em conjunto para que os objetivos fixados na Constituição possam ser atingidos. Mais ainda, a análise da legislação societária deve sofrer a influência dos princípios concorrenciais e das políticas econômicas praticadas. Não se pode promover um estudo monodisciplinar do direito empresarial aplicado, pois a própria mudança nos rumos do mercado de capitais já incorpora os elementos de análise concorrencial.

A superação da visão privatística do direito empresarial é condição essencial para a interação entre os dois ramos estudados aqui. A partir do paradigma da transdisciplinaridade, as estruturas societárias devem sofrer a inflexão dos fatores econômicos do mercado, mas não exclusivamente do ponto de vista empírico. Essa mudança de paradigma exige uma profunda compreensão do discurso jurídico no direito econômico e sua transposição para o direito societário. O direito societário, num processo de reconstrução crítica, deve, a partir dessas mudanças sociopolíticas e econômicas, incorporar os padrões e os princípios constitucionais e jurídico-econômicos. Por exemplo, não se justifica mais atribuir ao mesmo termo lingüístico “empresa” significados díspares. É, enfim, preciso que os dois ramos jurídicos se interpenetrem lingüisticamente e compartilhem de uma estrutura discursiva de aplicação comum para que possam apresentar uma solução mais adequada aos multifacetados conflitos econômicos e empresariais.

Conclusão

O artigo parte da constatação de que a divisão criada entre as diversas ciências e seus ramos para facilitar o seu estudo pode ter um efeito contrá-

rio, pois alguns profissionais das diversas áreas acabam por acreditar que estas fronteiras criadas artificialmente são reais. E, desse modo, contesta tal abordagem monodisciplinar, em especial, no caso do direito societário e do direito concorrencial. Com vistas a superar essa atuação compartimentada, propõe-se uma abordagem transdisciplinar ao se relacionarem os interesses societário e concorrencial e as diferentes formas de controle empresarial e concorrencial.

A análise consistiu em identificar os interesses de cada um destes ramos e os conceitos compartilhados por eles. As falsas fronteiras criadas contribuem para a crença de que os objetivos buscados por cada um deles são diferentes e por isso não há como conciliar os conceitos e harmonizar a aplicação de suas normas.

O artigo conclui que os interesses são os mesmos, não só para estes ramos, como para todo o direito. E a partir do momento em que o estudo, a criação e aplicação de cada um deles forem feitos não como se fossem territórios isolados, mas sim com parte de um todo, os conceitos serão fundidos de forma a se elaborar um discurso transdisciplinar capaz de dar conta da realidade socioeconômica e política atual.

Enfim, as ações empresárias e concorrenciais devem ser juridicamente esquadrihadas tendo por paradigma a transdisciplinaridade, afeta ao direito econômico. E, em função disso, todo conflito nesse campo cabe ser reconstruído criticamente para que se aplique a estes atos empresariais controversos a norma jurídica societária e concorrencial mais adequada de modo a exprimir um direito individual ou coletivo capaz de sintetizar as duas vertentes em um só argumento de princípio.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Spejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5th ed. New York : Aspen Law & Business, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madri: editorial Trotta, 2000.

- BOVESPA. *O que é o Novo Mercado? E os níveis diferenciados de governança corporativa*. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/Principal.asp>. Consultado em 01 out. 2006.
- CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresa no direito antitruste*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1995.
- CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4ª. ed. Madri: Taurus Humanidades, 2003, v. 1.
- HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. *La organización del espacio regulativo*. Madri, *Isonomía*, n. 17, pp. 12-41, outubro, 2002.
- FORGIONI, Paula A.. *Os fundamentos do atitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. *Apresentação de trabalhos acadêmicos: normas e técnicas*. 3.ed. Juiz de Fora: Templo, 2004.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2001a.
- _____. *Philosophical investigations*. Tradução por G. E. Anscombe. 3rd ed. Oxford: Blackwell, 2001b.