

A razão instrumental e as relações entre sociedades

OLNEY QUEIROZ ASSIS

Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP e professor da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus

1. Relações entre sociedades – Noções gerais

Relações entre sociedades são negócios jurídicos que possibilitam concentração da exploração da atividade econômica, podem limitar ou prejudicar a livre concorrência e gerar domínio de mercado. Essas relações são classificadas pela doutrina em dois grandes grupos: *operações societárias* e *coligações societárias*.

São operações societárias: a) *incorporação*: uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; b) *fusão*: duas ou mais sociedades unem-se para formar sociedade nova, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; c) *cisão*: uma sociedade transfere parcela de seu patrimônio ou a totalidade deste para outra ou outras sociedades, extinguindo-se a sociedade cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou mantendo a sociedade cindida, se houver versão de apenas parte do seu patrimônio, e cada sociedade responde pelas obrigações que lhe foram transferidas, mas todas são solidárias perante os credores; d) *transformação*: a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

As *operações societárias* estão disciplinadas no Código Civil (arts. 1.113 a 1.122)

e na Lei nº 6.404/76 (arts. 220 a 234). A Instrução Normativa nº 88/2001 do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC) dispõe sobre o arquivamento dos atos decorrentes dessas operações.

São coligações ou agrupamentos societários: a) *controle societário:* uma sociedade é controlada quando outra sociedade (controladora), diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores; b) *sociedades coligadas:* as sociedades são coligadas quando uma participa com 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la; c) *sociedade de simples participação:* uma sociedade é de simples participação quando participa com menos de 10% do capital social com direito a voto de outra sociedade; d) *subsidiária integral:* é a sociedade anônima que tem como único sócio uma sociedade brasileira; e) *grupos societários:* podem ser constituídos pela sociedade controladora e suas controladas, mediante convenção registrada na Junta Comercial, pela qual se obriguem a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns; f) *consórcios de sociedades:* podem ser constituídos por quaisquer sociedades, sob o mesmo controle ou não, para executar determinado empreendimento.

As *coligações societárias* estão disciplinadas no Código Civil (arts. 1.097 a 1.101) e na Lei nº 6.404/76 (arts. 243 a 279). A Instrução Normativa nº 73/98 do DNRC dispõe sobre os atos de constituição, alteração e extinção de grupos de sociedade.

As *relações entre sociedades* implicam o exercício do *poder de negociação* e do *poder de controle*. O *poder de negociação* significa que o ordenamento jurídico, embora imponha algumas limitações, atribui à iniciativa privada (os empresários) o poder de regular os próprios interesses, mediante a prática de determinados atos, dentre os quais se incluem os concernentes às *relações societárias*. Assim, pelo *poder de negociação*, uma sociedade (geralmente de grande porte ou *holding*) pode impor os termos da relação e, com isso, passa a exercer o *poder de controle* sobre outra ou outras sociedades. Do mesmo modo, o sócio majoritário pode impor o seu poder e aprovar uma determinada operação mesmo contra a vontade do sócio minoritário, que apenas pode exercer o direito de retirada.

Nas *operações societárias* de incorporação, fusão e cisão total, o exercício do poder (*negociação* e *controle*) se realiza de forma completa e definitiva, porque provoca a extinção das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas. As *coligações societárias* não provocam a extinção das sociedades nem criam sociedades novas, posto que cada sociedade conserva a sua personalidade jurídica e patrimônio próprio. As coligações, entretanto, também implicam o exercício do poder (*negociação* e *controle*) na medida em que uma sociedade a qual controla a administração de outras sociedades pode propor e aprovar outras coligações na forma de grupos ou consórcios e controlar a administração destes.

Como dito, as *relações entre sociedades*, sejam operações ou coligações, estão submetidas ao *poder de controle* e de *negociação*, mas são realizadas tendo em vista um fim utilitário: a aquisição de maiores lucros e a neutralização dos riscos na exploração da atividade econômica. Os fatores que determinam e impulsionam essas *relações* são, portanto, econômicos, mas dependem da dinâmica do Direito Societário e das suas conexões com outros ramos do Direito.

Sob esse enfoque, é possível entender que tais *relações* representam alternativas postas pelo Direito à disposição dos empresários para que esses possam atingir o fim da exploração da atividade econômica, que é o lucro. Em virtude disso, a exploração da atividade econômica está vinculada ao uso da *razão instrumental*, um tipo de razão

calculadora que, ao mensurar utilidades e resultados, define a escolha das alternativas ou as formas do exercício do poder mais úteis e vantajosas para o empresário.

2. Considerações genéricas sobre economia e Direito Empresarial

O crescimento da economia e a subsequente globalização dos mercados tornam mais complexas as *relações empresárias* e geram insegurança em relação à estabilidade do sistema capitalista, motivo pelo qual o ordenamento jurídico adquire a função de instrumento de gestão e planejamento, cuja finalidade básica consiste em viabilizar o crescimento da exploração da atividade econômica, garantindo ao empresário as expectativas de lucro com um mínimo de perturbação social. Para a consecução desse fim utilitário, o Estado dispõe de instrumentos jurídicos que lhe possibilitam intervir na produção, no mercado, na tributação, nos campos monetário, trabalhista e previdenciário, sem descaracterizar o princípio constitucional da livre iniciativa.

A produção ininterrupta de instrumentos jurídicos (emendas constitucionais, leis, decretos, deliberações, portarias, instruções, atos normativos, etc.) provoca a expansão do ordenamento jurídico e acelera o processo de mudança nos seus conteúdos. Com isso, amplia-se o universo de possibilidades e alternativas, posto que um número maior de *relações empresárias* torna-se juridicamente possível. Obviamente, esse fenômeno reflete no Direito Societário, tornando-o também mais complexo e problemático.

Para compreender as *relações entre sociedades* é necessário considerar esse horizonte do sistema capitalista e a dinâmica do sistema jurídico. Além disso, é preciso captar o ordenamento jurídico na sua totalidade, tendo em vista que as normas jurídicas perfazem um todo (o sistema normativo), cujas partes, isto é, os diversos ramos do Direito (Societário, Tributário, Administrativo, Comercial, Previdenciário, do Trabalho etc.) são solidários e interdependentes e concorrem para o mesmo fim: viabilizar a exploração da atividade econômica com máximo de lucro e mínimo de risco.

Em décadas passadas, as *relações societárias* predominantes nas grandes empresas refletiam um *grupo societário de subordinação*, com uma sociedade controladora (*holding*) e várias controladas, hierarquizando-se sob a forma piramidal ou radial, ficando a sociedade *holding* no topo da pirâmide ou no centro da circunferência. Nesse modelo as operações (especialmente a incorporação) e as coligações societárias são mais intensas.

Nos últimos tempos, esse modelo centrado no *grupo societário de subordinação* vem sendo substituído por uma estrutura de *rede grupal*, cujo vínculo entre as unidades empresariais ocorre por intermédio de uma rede de contratos e, não, em termos de participação societária de capital. A grande novidade, sob o aspecto jurídico, é o fato de que esses grupos societários conservam, não obstante o abandono da técnica de participação societária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual (*poder de negociação*). Na *rede grupal*, a sociedade controladora (*broker*) não participa no capital das controladas; assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas prestadoras de serviços, fornecedoras de mão-de-obra, fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes de produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados ou distribuidoras de produtos e serviços em diferentes mercados nacionais.

Com esse horizonte, o regime jurídico das *relações entre sociedades* ganha novo

sentido e utilidade. Para compreendê-lo, é necessário projetar-se para além das *operações* e *coligações societárias* e focar outras formas de concentração que evidenciam não apenas o *poder de controle*, mas também o *poder de negociação* fundado na imposição de contratos de colaboração, franquias, terceirizações etc. Vale frisar que o cálculo econômico mais vantajoso é a condicionante que motiva as *relações empresárias*; até mesmo a substituição do controle interno, com base no *grupo de subordinação* (participação societária), pelo controle externo, com base na *rede grupal* (contratos), está submetida a essa lógica da *razão instrumental*.

Com essa visão, é possível perceber que as *relações entre sociedades* envolvem, além das *operações* e das *coligações*, outros negócios jurídicos que também implicam otimização de resultados ou concentração econômica mediante controle interno (*holding*) ou externo (*broker*), tais como: *a*) terceirizações de serviços ou de linhas de produção; *b*) criação de sociedades para atuar em outros segmentos da atividade econômica; *c*) contratos de franquia, *factoring*, *leasing*, resseguro, armazenagem; *d*) compra e venda ou locação de estabelecimento; *e*) acordos de acionista; *f*) transferência de tecnologia; *g*) licença de uso ou compra de marca etc. As *relações entre sociedades*, portanto, possuem conexões ou entrelaçamentos com outros temas empresariais, cujos reflexos extrapolam a esfera do Direito Societário.

3. A complexidade e a razão instrumental

Como dito, a *razão instrumental* determina os *negócios jurídicos* que devem ser implementados pelo empresário. Concorrem para essa determinação as equações cujos cálculos apontam vantagens econômicas, que podem estar localizadas: *a*) na redução de carga tributária; *b*) na eliminação de riscos; *c*) na ampliação de atividades; *d*) na conquista de mercados; *e*) na redução de encargos trabalhistas e previdenciários; *f*) na otimização de capacidades; *g*) na eliminação de departamentos burocráticos; *h*) no fortalecimento diante dos concorrentes; *i*) na redução da quantidade ou tamanho dos estabelecimentos; *j*) no acesso a subsídios ou linhas de créditos etc.

Vale especificar algumas dessas vantagens: *a*) em geral as incorporações são concretizadas em virtude de um cálculo que implica reduzir a carga tributária ao compensar perdas de uma sociedade com lucros de outra; *b*) muitas cisões são realizadas com base em um cálculo que implica a reorganização da atividade com redução de despesas, de modo que sociedades distintas possam se dedicar a segmentos específicos da empresa explorada; *c*) as terceirizações são implementadas com base em um cálculo que permite reduzir salários, encargos trabalhistas e previdenciários e gastos com manutenção; *d*) o *shopping center*, ao substituir a *grande loja de departamentos*, resulta de um cálculo que transfere os riscos da atividade para os pequenos empresários (lojistas); *e*) a franquia implica vantagens porque transfere para o franqueado os riscos que, na origem, seriam do franqueador; *f*) o arrendamento mercantil, ao substituir a compra e venda, neutraliza os riscos do arrendador (vendedor); além disso, possibilita a venda direta quando o arrendador é o próprio fabricante ou empresa por ele controlada.

Percebe-se que as *relações empresárias* geralmente vinculam dezenas de sociedades. Esse agrupamento fica submetido a constantes modificações, provocadas pelos processos de incorporação, coligação, terceirização, compra de participação societária, criação de novas sociedades etc. Esse intenso dinamismo origina uma estrutura altamente complexa (às vezes, obscura) e isso possibilita manipulações ilícitas com o intuito de beneficiar determinados administradores ou empresas.

Exemplo dessas relações complexas e obscuras, conforme relata a *Folha de S.Paulo*, é o caso da *Parmalat do Brasil* que, no período de 12 anos, comprou, em média, duas empresas a cada seis meses. Apenas na compra de fábricas e marcas o grupo gastou US\$ 500 milhões. Algumas companhias foram compradas e depois revendidas por valores inferiores. Apenas um exemplo: em 1996, a *Parmalat* comprou a *Companhia Brasileira de Laticínios (CBL)* por R\$ 110 milhões. Em julho de 2002, vendeu a *CBL* por R\$ 78,5 milhões à *Carital do Brasil*, uma empresa controlada pela *Parmalat* até 1999. Um mês depois, a *Carital* vendeu a *CBL* para o mesmo grupo que, em 1996, a havia vendido para a *Parmalat* (*Folha de S.Paulo*, 11.1.2004).

Algumas relações da *Parmalat do Brasil* são consideradas obscuras porque parecem estar em desacordo com a *razão instrumental*; ou seja, não faz sentido o empresário que detém o *poder de negociação* e o *poder de controle* concretizar um negócio jurídico cujo cálculo lhe seja economicamente desfavorável.

Nesse sentido, é ilustrativa a notícia da fusão da *Gerdau* com a *Açominas*. “A fusão irá remeter a ganhos fiscais, com redução de impostos cumulativos e encargos sociais, de US\$ 10 milhões por ano. Outro benefício (...) é a compra de insumos que poderão ser adquiridos por preços melhores após negociação com fornecedores. (...) A decisão de levar para Minas Gerais a administração das atividades siderúrgicas no Brasil é pautada (...) no fato de o Estado deter o maior parque siderúrgico do País e ter a maior oferta de minério de ferro” (*Gazeta Mercantil*, 7.11.2003).

Diante desse panorama, é importante destacar que o profissional do Direito não pode nem deve ficar adstrito apenas ao *modus operandi*, ou seja, à simples técnica jurídica que consiste em elaborar documentos tendo em vista tão-somente a legalização da *relação societária* articulada por outro profissional. O profissional do Direito precisa ampliar o seu campo de estudo, posto que o cálculo econômico depende não apenas das regras do Direito Societário, mas também de outras situadas nos demais ramos do Direito, especialmente: Tributário, Trabalhista, Previdenciário, Comercial, Civil etc.

A *razão instrumental* elaboradora do cálculo econômico que condiciona, motiva e determina as *relações empresárias* é mais valorizada do que a técnica que permite legalizar a operação conforme os procedimentos estabelecidos na lei. Mas tanto o cálculo que motiva a operação quanto os procedimentos de legalização da operação são atividades do profissional do Direito porque ambos (cálculo e procedimento) são executados com base na legislação. O cálculo que determinou a fusão da *Gerdau* com a *Açominas*, ao especificar que a operação pode resultar em ganhos fiscais de US\$ 10 milhões ao ano, decorrentes de redução de impostos cumulativos e encargos sociais, só pode ter sido *pensado* por um profissional que conhece não apenas a legislação societária, mas também a tributária, a previdenciária e a trabalhista.

O profissional do Direito, ao especializar-se apenas no procedimento ou *modus operandi* (legalização da operação), suprime a etapa que antecede e determina a própria operação, como se fosse algo que não dependesse da legislação. Com esse tipo de especialização, corre-se o risco de ser desvalorizado porque pode ser visto como um profissional que apenas *executa* o que foi *pensado* por outro.

4. A razão instrumental e as mudanças na legislação

Como dito, as *relações entre sociedades* decorrem de um cálculo econômico elaborado pela *razão instrumental*, tendo em vista a otimização da relação custo/benefício a favor do empresário, motivo pelo qual a escolha da operação adequada é

determinada pelas vantagens que oferece, especificamente no que diz respeito à maximização de resultados, à redução da taxa de risco e de custos da produção. Isso impõe ao operador do Direito apontar, dentre as diversas alternativas situadas no âmbito das *operações societárias* (incorporação, fusão, cisão) ou no das *coligações societárias* (grupos, consórcios, coligações, participações, controles), a escolha mais vantajosa.

Conforme exposto, porém, além das *operações e coligações societárias*, outras alternativas são possíveis: a) imposição de contratos mediante o uso do poder de negociação; b) terceirização de determinados serviços ou linhas de produção; c) substituição da mão-de-obra assalariada por equipamentos tecnológicos; d) contratação de cooperativas de trabalho; e) transferência da sede ou de estabelecimentos para outras localidades; f) locação de estabelecimento; g) contratos de franquia, armazenagem etc.

Evidentemente, quaisquer que sejam as alternativas escolhidas, os procedimentos devem ser realizados em conformidade com as regras estabelecidas no ordenamento jurídico. Ocorre que, em virtude do crescimento da economia capitalista ou de suas crises periódicas, o Estado intensifica a produção normativa e introduz contínuas mudanças na legislação como forma de estabilizar o sistema. Essas mudanças na legislação repercutem no cálculo econômico, motivo pelo qual a sua reorganização é elaborada em espaços de tempo cada vez mais curtos. A substituição do *grupo de subordinação* (participação societária) pela *rede grupal* (contratos) é reflexo dessas mudanças.

A necessidade de repensar o cálculo econômico e de executar as operações em conformidade com a lei impõe ao operador do Direito o estudo diário de instrumentos normativos, como forma de manter-se atualizado diante das constantes e sucessivas mudanças que se operam no conteúdo da legislação.

5. A tarefa do profissional do Direito

Para operacionalizar o cálculo econômico empresarial, o profissional do Direito exerce uma atividade de *racionalização da legislação*, que consiste em: a) sistematizar e interpretar uma legislação dispersa, cujos conteúdos estão em constante mudança; b) verificar os reflexos dessa legislação na exploração da atividade econômica; c) formalizar os negócios jurídicos (contratos, coligações, operações) sem extrapolar os limites (materiais e formais) da legislação e dos atos constitutivos (estatutos ou contratos sociais). Isso exige o domínio de algumas regras e conceitos jurídicos operacionais.

5.1. Sistema e regras de estrutura

A *racionalização da legislação*, tendo em vista os seus fins operacionais, implica conceber o ordenamento jurídico como um sistema unitário e hierárquico de normas que condiciona comportamentos. Sistema jurídico é um todo, composto de uma estrutura e de um repertório. O repertório é o conjunto das normas jurídicas. A estrutura é o conjunto de regras que demonstra as relações existentes entre as normas que compõem o todo sistemático. A principal regra de estrutura é o denominado *princípio da lei superior*, regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre essas.

A estrutura hierárquica do sistema envolve correlação entre poder (direito) e dever (obrigação). Assim, visto de cima para baixo, o sistema implica uma série de

poderes sucessivos: o poder constitucional, o legislativo, o regulamentador, o de negociação. Visto de baixo para cima, o sistema implica uma série de obrigações que se sucedem: a obrigação das partes de cumprir o negócio jurídico pactuado; a do poder de negociação de elaborar os instrumentos do negócio em conformidade com os regulamentos e as leis; a do poder regulamentador de elaborar os regulamentos em conformidade com as leis; a do poder legislativo de não violar a Constituição.

O poder normativo que um órgão superior atribui a um inferior não é ilimitado. Assim, o exercício do poder de negociação é limitado pelo poder regulamentador ou pelo poder legislativo, o poder regulamentador é limitado pelo legislativo, e este é limitado pelo poder constitucional. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: *a) limites formais*: referem-se à forma, ou seja, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do órgão inferior deve ser emanada; e *b) limites materiais*: referem-se ao conteúdo da norma que o órgão inferior está autorizado a emanar.

Para serem considerados válidos, os negócios jurídicos não podem extrapolar os limites formais e materiais impostos pela estrutura hierárquica. Um exemplo: a incorporação de uma sociedade anônima depende da deliberação da assembléia geral autorizando a operação; a deliberação deve estar fundamentada nas cláusulas do estatuto que autoriza e estabelece a competência da assembléia geral para esse tipo de operação; essas cláusulas estatutárias devem estar fundamentadas nas normas dos regulamentos e das leis que disciplinam, nas sociedades anônimas, as operações de incorporação; as normas dos regulamentos devem estar fundamentadas nas leis; e as normas das leis devem estar fundamentadas nas normas constitucionais.

É preciso lembrar que as hierarquias são mais complexas, em virtude de instrumentos normativos emanados do poder regulamentador (decretos, portarias, resoluções, deliberações, atos normativos etc.) que se interpõem, no exemplo citado, entre a lei e o estatuto da sociedade anônima. De qualquer modo, a norma emanada de quem possui competência para editá-la (sistema dinâmico) deve manter conteúdo formal e material compatível com a norma que lhe é imediatamente superior (sistema estático).

A observação dos limites é importante porque o negócio jurídico pode ser passível de anulação quando: *a)* excede os limites formais, isto é, não segue o procedimento estabelecido; ou *b)* excede os limites materiais, isto é, regula matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita.

No que diz respeito às *relações societárias*, portanto, uma das tarefas do profissional do Direito consiste em compatibilizar o procedimento da operação ao encadeamento hierárquico de normas, posto que dita operação somente será considerada válida quando estiver formalmente e materialmente em conformidade com as normas superiores nas quais se fundamenta. Assim, qualquer *relação entre sociedades* (incorporação, fusão, cisão, coligação, consórcio, contrato) é válida e legítima em função desse encadeamento lógico de normas.

Os procedimentos para as *operações societárias* (incorporação e fusão) estabelecidos no Código Civil ajudam a compreender essa tarefa.

5.1.1. Procedimentos previstos no Código Civil

O Código Civil estabelece os seguintes limites ou procedimentos para a validade da incorporação: *a)* a deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo; *b)* a sociedade

que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticarem o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo; c) a deliberação dos sócios da sociedade incorporadora, além da aprovação do referido protocolo da operação, compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade que tenha de ser incorporada; d) aprovados os atos de incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada e promoverá a respectiva averbação no registro próprio (arts. 1.117 e 1.118 do CC).

A *fusão* também deve ser deliberada em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade e, uma vez aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade. Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade, sendo vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte (art. 1.120 do CC).

Constituída a nova sociedade, as sociedades fundidas se extinguem, e aos primeiros administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão (art. 1.121 do CC). Como a lei considera a sociedade resultante da fusão uma nova pessoa jurídica, além da regularização na Junta Comercial, os administradores devem providenciar inscrição da nova sociedade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), no Cadastro dos Contribuintes Mobiliários da Prefeitura do Município (CCM), no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e em outros órgãos em que seja necessário.

A operação executada em desconformidade com os procedimentos ou limites estabelecidos na lei pode ser considerada nula e ensejar sanções nas esferas administrativa, cível e penal.

92

5.1.2. O princípio da imputação

Ao conduzir uma determinada *relação societária*, o profissional do Direito não deve descuidar do princípio da imputação (dado A deve ser B). Esse princípio prevê uma determinada sanção (B) que deve ser imputada a uma conduta considerada pelo Direito como ilícita (A). Assim, o profissional do Direito, ao compatibilizar o procedimento (conduta) com o sistema normativo, atua no sentido de evitar sanções: multa, reparação de danos, invalidação, prisão etc.

Essa compatibilização exige esforço interpretativo, porque nela se insere o problema da determinação do real alcance e sentido das normas. As normas jurídicas estão expressas na linguagem natural, cujas palavras são sempre vagas e ambíguas, razão pela qual a maioria dos juristas entende que de uma mesma norma podem-se extrair diversos significados. Vale dizer, as normas não determinam de modo exaustivo todas as situações, são genéricas e não circunscrevem exatamente os objetos e limites a que se referem e, por isso, permitem interpretações divergentes.

Por esses motivos, sempre é possível encontrar divergências doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito das *operações societárias*. Um exemplo disso são as divergências sobre a ocorrência ou não de circulação da mercadoria (fato gerador) para efeitos de cobrança do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) nas operações de incorporação e fusão.

Merece especial atenção do operador do Direito a regra segundo a qual as

operações societárias não podem prejudicar os credores, em especial os titulares de créditos não negociáveis (trabalhistas, previdenciários, tributários, consumeiristas), posto que a cobrança judicial desses créditos possibilita a desconsideração da personalidade jurídica, comprometendo a operação e o patrimônio dos sócios e administradores. Eventuais irregularidades em uma sociedade, atinentes à legislação tributária, previdenciária, trabalhista, consumeirista ou ambiental, se estendem à outra. Se a incorporada, por exemplo, não recolhia corretamente determinado imposto, a incorporadora, na qualidade de sucessora, responde pelo pagamento. Caso esse passivo não tenha sido considerado na operação, os sócios prejudicados têm ação contra o administrador.

Em relação aos credores, o Código Civil estabelece: *a) na incorporação*, o credor da sociedade incorporada exerce o direito de crédito contra a sociedade incorporadora; *b) na fusão*, o credor das sociedades extintas exerce o seu direito contra a sociedade resultante da fusão; *c) na cisão*, as sociedades negociam as obrigações, de modo que cada sociedade responde pelas obrigações que lhe foram transferidas. Em todas essas hipóteses, os credores podem se sentir prejudicados, razão pela qual a lei estabelece que, em até 90 dias depois de publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles (art. 1.122 do CC), mas a consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada (art. 1.122, § 1º, do CC). Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação (art. 1.122, § 2º, do CC).

5.2. A razão instrumental e a função promocional do Direito

Alguns teóricos do Direito entendem que as mudanças introduzidas no ordenamento jurídico visam obter um dado comportamento que o legislador considera conveniente ou desejável. Nessa trilha, a teoria jurídica afirma que, ao lado das técnicas fundadas na função repressiva e nas sanções negativas, existe a função promocional do Direito com medidas não necessariamente punitivas com suas técnicas que influenciam comportamentos pela concessão de sanções positivas ou premiaias.

As sanções positivas (isenções, subsídios, colocação de infra-estrutura, capacitação de mão-de-obra, redução de trâmites burocráticos) são instrumentos a serviço da *razão estatal* (estratégia governamental) porque podem atrair empresas e investidores, possibilitando a concentração econômica em determinadas atividades e/ou regiões. Vale dizer, na elaboração da lei, o Estado legislador elege algumas alternativas e descarta outras, motivo pelo qual o sistema normativo também pode ser visto como um meio para se alcançarem determinados fins. Assim, na perspectiva do Direito Promocional, a adesão dos destinatários das normas (empresas e investidores) não seria simples submissão, mas decisão racional com vistas a resultados mais vantajosos.

Nesse sentido, podem-se colher alguns exemplos: *a)* a lei tributária incentiva a incorporação ou fusão de sociedades quando permite reduzir o lucro tributável de uma compensando-o com o prejuízo da outra; *b)* a Lei do Simples incentiva a terceirização ao possibilitar a substituição da mão-de-obra assalariada por pequenas sociedades prestadoras de serviços, submetidas a um regime jurídico favorecido e diferenciado; *c)* a mudança introduzida pela Lei nº 8.949/94 no art. 442 da CLT incentiva a terceirização ao possibilitar a concentração de trabalhadores em cooperativas de trabalho; *d)* a futura Lei de Falência, ao conceder privilégios aos créditos das instituições financeiras, fomenta a concessão de créditos pela neutralização dos riscos; *e)* a Lei da

Propriedade Industrial fomenta investimentos em determinada área de pesquisa ao conceder patente a transgênicos e fórmulas de remédios; f) a Lei de Franquia incentiva investimentos estrangeiros ao regular um método de distribuição e comercialização de produtos e serviços, com formação de um número elevado de pequenas e médias empresas, que passam a ofertar, em larga escala, produtos e serviços de grupos multinacionais que se impõem ao público consumidor por intermédio de uma propaganda ostensiva.

Diante desse panorama, o profissional do Direito faz uso da *razão instrumental* não apenas como sistematizador e intérprete de normas jurídicas, mas também como um calculador ou teórico do aconselhamento, que, diante de problemas ou casos concretos, exerce uma espécie de advocacia calculista ou preventiva, na medida em que indica opções e oportunidades mais vantajosas para o empresário.

Na perspectiva do sistematizador (enfoque estruturalista), que enxerga o Direito em termos de controle coativo, o operador do Direito visualiza a *repressão* estatal, que impõe sanções no caso de condutas contrárias às normas. Na perspectiva do calculador ou conselheiro (enfoque funcionalista), que enxerga o Direito em termos de controle persuasivo, o operador do Direito visualiza o *incentivo* estatal, ou seja, as vantagens econômicas que determinada conduta (escolha) pode propiciar. Um enfoque não exclui o outro; ambos devem ser considerados pela *razão instrumental* na elaboração do cálculo empresarial.

5.3. A razão instrumental e a tópica

94 Para o operador do Direito (advogado, administrador, contabilista etc.), as *relações societárias* constituem alternativas que podem ser utilizadas na equação do cálculo econômico empresarial. Nesse sentido, a sua atividade consiste basicamente em elaborar respostas vantajosas para problemas imediatos, motivo pelo qual se utiliza de uma técnica que, ao colocar ênfase no problema, enxerga no tecido jurídico uma pluralidade de sistemas.

A tópica é essa técnica do pensamento com características essencialmente operacionais que, sem prescindir do sistema, orienta-se para o problema. Problema é uma questão que permite mais de uma resposta e para o qual se busca uma determinada resposta e sistema é um conjunto de deduções previamente dado, a partir do qual se infere uma resposta. Assim, para encontrar uma resposta, o problema se articula dentro de um sistema.

Posto que para um determinado problema sempre seja possível mais de uma resposta, a tópica se organiza como um pensamento argumentativo ou retórico, que visa persuadir, e não demonstrar. Vale dizer, a tópica atua no sentido da adesão, faz apelo aos elementos de persuasão que o tema comporta, de modo que a resposta que se apresenta avulta dentre as respostas possíveis como a melhor; por isso mesmo, o assentimento não é coagido como o seria diante de uma resposta inquestionável.

Na busca dos elementos da persuasão, o profissional do Direito destaca alguns princípios (*topoi*) que iluminam os diferentes ângulos e aspectos do problema. Nesse sentido, a tópica intervém desde logo na escolha dos princípios que devem reger e fundamentar a resposta para o problema. Assim, ao selecionar os princípios numa série relativamente extensa de normas, o operador do Direito constrói um plexo de fórmulas persuasivas para dar resposta a um problema ou para orientar uma decisão. Com base nos princípios (*topoi*), elaborase uma resposta de considerável força persuasiva.

No âmbito das *relações societárias*, a resposta pode fundamentar-se nos princípios gerais da atividade econômica (*princípio da livre iniciativa, da livre concorrência, da propriedade privada, da busca do pleno emprego*), cuja função consiste em flexibilizar o *princípio da legalidade*, que estabelece a repressão ao abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros.

Os *topoi* conferem *flexibilidade* à aplicação do conjunto normativo, de modo que o ato interpretativo, que acompanha a resposta ou decisão, dificilmente reproduz o sentido imediato das normas; em regra, lhes confere um sentido adverso. A resposta ou decisão, embora possa parecer, não se enclausura totalmente nas normas. De um modo geral, na aplicação do Direito, o centro de gravidade vai se deslocando, ainda que lentamente, do sistema codificado para uma prática orientada por princípios, que não são elementos estáticos de uma construção cerrada, mas *topoi* que são comprovados numa problemática concreta, tendo em vista uma resposta ou decisão com um mínimo de perturbação social.

A tópica é esse estilo que o profissional do Direito muitas vezes utiliza sem se dar conta da sua presença. Dado um problema, o pensamento tópico procura indicar as possibilidades de equacioná-lo. Os princípios presidem e conduzem a argumentação e isso permite afirmar que a resposta ou interpretação que se apresenta constitui a mais útil ou conveniente.

Enfim, para o pensamento tópico, o tecido jurídico é, sobretudo, uma pluralidade de sistemas; portanto, pressupõe a adoção da idéia de sistema aberto, exigindo sua elasticidade para poder oferecer soluções satisfatórias que se integrem à sistemática jurídica.

Assim, quando a marca *Kolynos* foi adquirida pela concorrente *Colgate*, o Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE) considerou que a operação era prejudicial à *livre concorrência* porque implicava uma alta *concentração no mercado relevante* dos cremes dentais; mas, em vez de rejeitar o ato e determinar o seu desfazimento como estabelece a lei, flexibilizou o *princípio da legalidade* ao apresentar à *Colgate* três alternativas: a) vender a marca *Kolynos*; b) suspender por quatro anos a sua exploração; ou c) licenciá-la com exclusividade a terceiro, por igual prazo.

Resposta semelhante ocorreu na operação de concentração que criou a *Ambev*, resultado da fusão das cervejarias *Brahma* e *Antarctica*. Na época, o CADE, para não desfazer o negócio, impôs à *Ambev* a venda da marca *Bavária*.

Na recente operação que envolveu a compra da *Garoto* pela *Nestlé* (um negócio de US\$ 250 milhões), prevaleceu, no CADE, o entendimento de que tal operação prejudicaria a livre concorrência ao gerar domínio de mercado relevante. Embora um dos conselheiros tenha defendido a aprovação da operação com restrições, tal como ocorreu nos casos *Brahma/Antarctica* e *Kolynos/Colgate*, os demais preferiram não flexibilizar o *princípio da legalidade* e determinaram que a operação fosse desfeita porque representava uma alta concentração no mercado de chocolates.

A decisão do CADE não é definitiva porque o Poder Judiciário pode reapreciar o caso. Dado, porém, que para o mesmo problema sempre é possível mais de uma resposta, antecipar a decisão do Poder Judiciário constitui um mero exercício especulativo.