O controle interno

10. — A definição do poder de dominação ou controle, na sociedade anônima — já o dissemos — é sempre feita em função da assembleia geral, pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais, e constitui a última instância decisória. A assembleia geral, conforme a definiu a lei brasileira, “é a reunião dos acionistas, convocada e instalada na forma da lei e dos estatutos, a fim de deliberar sobre matéria de interesse social” (Decreto-lei n. 2.627, art. 86). Temos, pois, que da assembleia só participam acionistas, e só estes exercem o direito de voto.

A primeira vista, o controle interno, isto é, aquele cujo titular atua no interior da própria sociedade, parece fundar-se, unicamente, na propriedade acionária. Sua legitimidade e intensidade dependeriam, em última análise, do número de ações ou votos de que se é titular, proporcionalmente à totalidade dos sufrágios possíveis.

No entanto, um dos fenômenos básicos da sociedade anônima moderna, já anunciado *ante litteram* por Karl Marx¹ e largamente demonstrado, pela primeira

1. Confira-se, por exemplo, o que escreveu Marx no Livro III de *O Capital*, sessenta anos antes da publicação da pesquisa de Berle e Means: “La production capitaliste en est arrivée à un point où le travail de direction, complètement séparé de la

vez, na célebre pesquisa de Berle e Means nos Estados Unidos, com base em dados estatísticos de 1929, é a possibilidade de dissociação entre propriedade acionária e poder de comando empresarial, fenômeno que constituirá um tema recorrente desta nossa exposição. Foi, justamente, à luz dessa realidade fundamental que aqueles autores americanos propuseram uma classificação

propriété du capital, court les rues, si bien que, désormais, le capitaliste n'a plus besoin de remplir lui-même cette fonction. Un chef d'orchestre ne doit nullement être le propriétaire des instruments de musique, et il ne lui appartient pas de s'occuper du salaire de ses musiciens" (Karl Marx, *Oeuvres, Économie*, t. II, *Bibliothèque de la Pléiade*, Paris, 1968, pág. 1.147). E mais adiante, tratando do papel do crédito na produção capitalista, enumera como uma das consequências do desenvolvimento das sociedades por ações: "Transformation du capitaliste exerçant réellement ses fonctions en un simple manager (du capital d'autrui), et des propriétaires de capital em simples propriétaires, en simples financiers. Même si les dividendes qu'ils reçoivent englobent l'intérêt et le profit d'entreprise, c'est-à-dire la totalité du profit (car, les appointements du manager ne sont, ou ne devraient être, qu'un simple salaire pour un genre spécial de travail qualifié, dont le niveau est réglé sur le marché du travail, comme pour n'importe quel autre travail), ce profit total ne sera perçu que sous la forme de l'intérêt, c'est-à-dire comme une simple indemnisation de la propriété du capital; celle-ci se trouve alors complètement séparée de sa fonction dans le processus réel de la reproduction, tout comme cette fonction, dans la personne du directeur, est séparée de la propriété du capital (...). Dans les sociétés par actions, il y a divorce entre la fonction et la propriété du capital, et le travail est, lui aussi, complètement séparé de la propriété des moyens de production et du surtravail (...). C'est la négation (*Aufhebung*) du mode de production capitaliste au sein même de ce système, et, par conséquent, une contradiction qui s'abolit elle-même et qui représente, à première vue, un simple moment de transition vers un nouveau type de production. C'est d'ailleurs sous cet aspect contradictoire que la société anonyme se manifeste. Dans certaines sphères, elle rétablit le monopole et, de ce fait, provoque l'ingérence de l'État. Elle fait renaître une nouvelle aristocratie financière, un nouveau ramassis de parasites, en la personne de promoteurs d'entreprises et de directeurs (managers qui ne le sont que de nom); tout un système de tripotages et d'escroqueries fondé sur le trafic d'actions, etc. C'est un mode de production privée qui échappe au contrôle de la propriété privée" (ibidem, págs. 1.175/6).

do controle interno em cinco espécies, que nos parece um valioso ponto de partida para a nossa discussão.² Falaram eles em 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*). Apressaram-se, no entanto, em advertir que lhes parecia impossível traçar uma nítida linha divisória entre esses diferentes tipos, de tal maneira que cada qual fosse inteiramente excludente dos demais.

Detenhamo-nos, pois, na análise da classificação proposta.

11. — O controle com quase completa titularidade acionária, no entender de Berle e Means, pode também ser assimilado à situação da sociedade propriamente unipessoal, seja esta uma *one man company* ou uma *wholly owned subsidiary*. Em ambas as hipóteses, propriedade e controle recobrir-se-iam perfeitamente, como duas faces da mesma moeda.

A assimilação, porém, parece-nos forçada e inadmissível, tanto no plano legislativo, quanto no doutrinário.

Na sociedade unipessoal, não há nenhum outro interesse interno a ser levado em consideração, na aplicação das normas legais, além do interesse do titular único do capital social. Por isso mesmo, perdem eficácia todas as regras postas para regular conflitos de interesse entre sócios. Basta, no entanto, que exista um só outro acionista, titular de uma única ação, ainda que sem direito de voto, para que se dissipe o caráter totalitário do controle e reapareça a possibilidade de conflitos de interesse.

2. *Op. cit.*, págs. 67 e segs.

No direito brasileiro, por exemplo, sem embargo da consagração legal do princípio majoritário, subsistem sempre algumas hipóteses em que a unanimidade é de regra, constituindo elas um argumento de peso em favor da interpretação contratualista da sociedade por ações. Assim, o consentimento unânime dos acionistas (de todos eles, mesmo os destituídos do direito de voto) é exigido para a mudança de nacionalidade de uma companhia brasileira (Decreto-lei n. 2.627, art. 72), para a sua dissolução por escritura pública (art. 137, c) e a sua transformação em outro tipo societário, quando não prevista no ato constitutivo ou nos estatutos (art. 150). Na fase constitutiva da sociedade, a maioria não tem poder para modificar, alterar ou derrogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (art. 44, § 3.º). Por outro lado, nem os estatutos sociais nem a assembléia geral poderão privar nenhum acionista dos direitos catalogados no art. 78, vale dizer, o consentimento do seu titular para essa derrogação, ou privação de direitos, é indispensável.

Pode-se e deve-se, pois, distinguir a sociedade unipessoal da companhia cujo controle se funda em quase completa propriedade acionária, para efeito de aplicação do sistema legal.³ No segundo caso, ainda que reduzida à mínima expressão, existe sempre uma minoria, potencial ou atual, desde que, bem entendido, a pluralidade de acionistas seja real e não meramente simulada.

Na verdade, a assimilação operada por Berle e Means, entre as espécies que procuramos distinguir, parece resultar da influência exercida em seu espírito pela teoria da desconsideração da personalidade jurídi-

3. É o que Berle e Means acabam, afinal, reconhecendo: "Certain powers of control, such as the power to amend the charter or to discontinue the enterprise, may require more than a simple majority vote and to that extent the majority exercises less control than a sole owner" (*op. cit.*, pág. 67).

ca (*disregard of legal entity*), amplamente aceita pela jurisprudência alienígena, como teremos ocasião de ver,⁴ e que leva, entre outras aplicações, a estender os efeitos da falência da sociedade ao acionista único ou largamente majoritário (*dominant stockholder*), na hipótese de abuso ou fraude. Também na Europa, a mesma tendência, com o mesmo objetivo, manifestou-se com a chamada teoria do sócio ou acionista “soberano”, que Lorenzo Mossa foi colher na Alemanha, ou com a idéia de “empresário oculto”, vivamente sustentada por Walter Bigiavi em longa polêmica.⁵ Mas é bem de ver que essas soluções de exceção, fundadas na equidade, não podem servir de base à formulação de modelos gerais.

A doutrina distingue a sociedade unipessoal autêntica daquela em que a unipessoalidade é dissimulada para evitar a aplicação de disposições legais imperativas.⁶ Esta última, comuníssima tanto aqui como alhures, já foi denominada em português sociedade de favor, equivalente à *société de façade* dos franceses, à *società di comodo* italiana, ou à *dummy company* da doutrina anglo-saxônica. A idéia de sociedade de um só representa, à primeira vista, uma *contradictio in adjecto* que o legislador, sobretudo latino, reluta em aceitar. A maior parte das legislações reconhece, todavia, que, embora reduzida a um único sócio, no curso de sua existência, nem por isso a sociedade se dissolve de pleno direito.⁷ Tirante o caso especial das companhias estatais, em que

4. Cf. Parte III.

5. Cf. infra Parte III, capítulo 3.º.

6. Cf. António de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, 1948.

7. Cf. Angelo Grisoli, *La Società Con Uno Solo Socio*, Pádua, 1971, págs. 100 e segs.; Ferrer Correia, “O Problema das Sociedades Unipessoais”, na coletânea *Estudos Jurídicos II — Direito Civil e Comercial, Direito Criminal*, Coimbra, 1969, págs. 171 e segs.

a atribuição da personalidade jurídica funciona como mera técnica de desconcentração administrativa, a constituição de sociedades unipessoais por particulares é admitida, atualmente, no Principado de Lichtenstein e na maior parte dos Estados da federação norte-americana.⁸ Na Alemanha, a lei acionária de 1965 (§§ 319 e segs.) admite a submissão (*Eingliederung*) de uma sociedade por ações a outra, sem incorporação, quando a sociedade dita principal (*Hauptgesellschaft*) possui a totalidade, ou pelo menos 95%, das ações da companhia subordinada.⁹ Havendo outros acionistas na subordinada, além da sociedade principal, são eles excluídos daquela, recebendo ações da sociedade principal ou uma indenização em dinheiro. A sociedade principal passa a responder, solidariamente, com a subordinada pelas obrigações contraídas por esta. Não fora, pois, esta particularidade importante, estaríamos diante de solução em tudo idêntica à da nacionalização de companhias privadas pelo Estado.

Entre nós, o Decreto-lei n. 2.627, de 1940, dispôs que a sociedade anônima entra em liquidação “pela redução do número de acionistas a menos de sete, verificada em assembléia geral ordinária, e caso esse mínimo não seja preenchido até a seguinte assembléia geral ordinária” (art. 137, *d*). Contra a opinião quase isolada de

8. Até 1960, apenas quatro Estados norte-americanos admitiam a criação de companhias unipessoais. Dez anos depois, esse número sextuplicou. Atualmente, os dez maiores bancos comerciais do país, as seis maiores companhias de seguros de vida, as seis maiores companhias de seguros de ramos elementares, várias das maiores companhias ferroviárias, a maior companhia aeroviária e as quatro mais importantes companhias de telecomunicações são *wholly owned subsidiaries* ou *holding companies* controlando *wholly owned subsidiaries*.

9. É o que já se denominou em doutrina de “quase-fusão” (cf. Niklaus C. Studer, *Die Quasifusion*, Berna, 1974, onde o assunto é estudado no direito suíço), e que o nosso Pontes de

Miranda Valverde,¹⁰ a doutrina tira desse dispositivo a ilação de que a companhia reduzida a um só acionista pode continuar a funcionar no interregno legal.¹¹ Não vai nisso, em verdade, nenhum ilogismo. É preciso não esquecer que as relações jurídicas entre sócios não esgotam o fenômeno societário, ao contrário do que sucedia em épocas anteriores. É que o negócio constitutivo da sociedade — ato jurídico coletivo ou contrato plurilateral, como se quiser — costuma dar origem à personalidade jurídica, centralizada em torno da autonomia patrimonial. Nas sociedades personalizadas há, pois, dois níveis jurídicos distintos a considerar: o interno e o externo. A supressão da pluralidade de sócios extingue as relações sociais internas, mas não suprime, necessariamente, a separação patrimonial.¹² É sintomático observar, a esse respeito, que até mesmo na França,

Miranda prefere chamar de “incorporação fática” ou “fusão fática” (*Tratado*, cit., vol. LI, § 5.377, 2).

O Anteprojeto de lei de sociedades por ações, inspirando-se, talvez, mais na prática norte-americana do que na legislação alemã, disciplina a “subsidiária integral” (tradução da *wholly owned subsidiary*), tendo como acionista única uma sociedade com sede no País (arts. 260 e segs.).

10. *Sociedades por Ações*, 3.^a ed., t. III, n. 718, págs. 18/19. No mesmo sentido, W. Souza Campos Batalha, *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, Rio, 1973, II, pág. 745.

11. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., t. L, § 5.282, e t. LI, § 5.349; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, vol. 4, 1973, n. 1.104, págs. 248/249; Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, 1961, vol. 4, pág. 571; J. Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio, 3.^a ed., pág. 517, nota 17; J. C. Sampaio de Lacerda, *Manual das Sociedades por Ações*, 3.^a ed., n.º 275.

O Anteprojeto de lei das sociedades por ações, abandonando o tabu do mínimo de sete acionistas (art. 81, n. I), elimina definitivamente a dúvida: “Art. 216. Dissolve-se a companhia: I — de pleno direito: ... d) pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, e caso o mínimo de dois não seja reconstituído até a do ano seguinte (...)”.

12. Vale a pena recordar, nesse particular, a solução alviada por Vivante, num anteprojeto de lei publicado em 1935 (*Foro Italiano*, 1935, pág. 8 e segs.):

onde a jurisprudência jamais admitiu pudesse o acionista único fazer reviver a companhia pela ulterior distribuição das ações, o legislador acabou se inclinando em favor da solução permissiva, em 1966.¹³

Preferimos falar em controle totalitário, quando nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade, quer se trate de sociedade unipessoal, quer se esteja diante de uma companhia do tipo familiar (controle totalitário conjunto). Em tais hipóteses, a unanimidade é de rigor.

“Art. 1.º. La società anonima per azioni può costituirsi con atto pubblico anche con una sola persona mediante l'assegnazione di un capitale per l'esercizio di determinati affari commerciali.

Il capitale deve essere diviso in azioni di uguale ammontare e dev'essere versato secondo le regole stabilite per le società anonime per azioni.

Le azioni del fondatore dell'anonima devono restare vincolate per due anni dalla pubblicazione del decreto del Tribunale a garanzia dei suoi creditori particolari. Tale vincolo deve risultare da apposita annotazione nel libro dei soci e, in quanto siano emmessi, sui titoli.

Lo statuto deve contenere l'indicazione del compenso fisso e della partecipazione agli utili assegnati all'unico azionista, che può essere anche l'unico membro del comitato esecutivo.

Art. 2.º. Per l'anonima con una sola persona non è obbligatoria la costituzione del consiglio. Il deposito del bilancio dev'essere accompagnato dalla relazione di un revisore dei conti, nella quale dovranno prendersi in speciale considerazione le operazioni dell'unico azionista e dei membri del comitato e del consiglio della società.

Art. 3.º. Fino a quando le azioni siano tutte di proprietà di una sola persona, non è luogo alla convocazione dell'assemblea, ma l'unico azionista deve accompagnare il deposito del bilancio con una dichiarazione giurata al cancelliere attestante tale sua qualità.

Art. 4.º. Qualora le azioni siano ripartite fra più persone, entra in vigore la disciplina propria delle anonime per azioni”.

13. Lei n. 66-537, art. 9.º: “La réunion de toutes les parts ou actions en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander la dissolution de la société si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an”.

12. — No entanto, o número mínimo de sete acionistas já por si demonstra que a sociedade anônima, segundo o modelo legal, existe para acolher um vasto corpo acionário. E efetivamente, companhias há que contam com centenas de milhares de acionistas. Nessas condições, seria totalmente desarrazoado aceitar a regra contratual do consentimento unânime, nas deliberações sociais. Em todas as legislações, estabeleceu-se o princípio majoritário, notadamente em matéria de sociedades por ações.

Mas por que a maioria deve comandar? Parte-se, sem dúvida, do postulado de que a sociedade existe no interesse dos sócios, e como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgando cada qual segundo o seu próprio interesse. A idéia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen,¹⁴ é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível.

Significa isso constranger a minoria, e desprezar os seus interesses? Evidentemente não, mas desde que a minoria haja aceito essa regra fundamental do jogo. O princípio majoritário, afinal, pressupõe necessariamente a unanimidade, pelo menos uma vez, no momento de constituição da sociedade, como postulado da razão social.¹⁵ Já lembramos a norma de que, na fase consti-

14. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milão, 1964, pág. 291.

15. "En effet, escreveu Rousseau, s'il n'y avoit point de convention antérieure, où seroit, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand, et d'où cent qui veulent un maître ont-ils le droit de voter pour dix qui n'en veulent point? La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, et suppose au moins une fois l'unanimité" (*Du Contrat Social*, livro primeiro, Cap. 5.º).

tutiva da sociedade anônima, a maioria não tem poder para modificar, alterar ou derogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (Decreto-lei n. 2.627, de 1940, art. 44, § 3.º). No direito anterior, mesmo depois de constituída a companhia, não era lícito à maioria alterar o objeto essencial da sociedade anônima, aplicando-se assim, também nessa matéria, a regra do art. 331 do Código Comercial. Essa proibição foi suprimida no direito vigente, mas nem por isso a minoria dissidente fica desprotegida, pois resta-lhe sempre o direito de recesso (Decreto-lei n. 2.627, art. 107).

Ora, tal seja a expressão dessa minoria, caberá distinguir duas ou mais subespécies de controle majoritário, isto é, fundado na maioria das ações com direito a voto.¹⁶ A lei brasileira, por exemplo, confere ao titular ou titulares de um vigésimo do capital social o direito de obter a exibição integral dos livros sociais (art. 57). Aos acionistas dissidentes,¹⁷ representando um quinto pelo menos do capital social com direito de voto,¹⁸ cabe eleger separadamente, se o exigirem, um membro do conselho fiscal e o respectivo suplente (art. 125). Igual direito é atribuído aos titulares de ações preferenciais (mesmo artigo). O acionista, ou grupo de acionistas,

16. Não é ocioso lembrar a evidência matemática de que pode haver maioria com menos de 51% do capital votante — 50,5% por exemplo — pois o legislador às vezes parece desconhecer o óbvio. Veja-se, como ilustração, o disposto no art. 18 do recente Decreto-lei n. 1.376, de 12.12.1974.

17. A dissidência representa um pressuposto ou *condicio juris* de aplicação da norma legal, manifestando-se por ocasião do voto do balanço e das contas de exercício social findo. Aqueles que não comparecem, ou que aprovam essas contas, não podem, pois, se considerar "dissidentes", para o efeito de exercer a prerrogativa expressa no art. 125.

18. O Anteprojeto de Código Civil reduz essa percentagem para um décimo das ações votantes (art. 1.243, § 2.º). O Anteprojeto de lei de sociedades por ações prefere falar em "acionistas minoritários", o que não exclui, a nosso ver, a dissidência (art. 176, § 4.º, alínea a).

representando mais de um quinto do capital social — capital total, entenda-se bem, e não apenas capital votante — podem convocar a assembléia geral, quando a diretoria não atender, no prazo de oito dias, a seu pedido de convocação, devidamente fundamentado. Ademais, a minoria que represente mais de um terço do capital com direito de voto pode impedir, pela sua ausência, a instalação, em primeira e segunda convocações, da assembléia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma dos estatutos (art. 104).

Em todas essas hipóteses, ocorre uma restrição ao poder de controle. Cabe, portanto, falar em controle majoritário simples e majoritário absoluto, conforme exista ou não uma minoria qualificada, segundo os termos da lei.

Por outro lado, o bloco majoritário pode não ser constituído por um único acionista, nem se apresentar, necessariamente, como um grupo monolítico de interesses. É mesmo usual que dois ou mais acionistas, ou grupos de acionistas, componham a maioria, associando interesses, temporária ou permanentemente convergentes. Pode-se falar, em tais hipóteses, de um controle conjunto ou por associação.¹⁹

A nosso ver, é ao controle majoritário que a lei de sociedades por ações alude, em seu art. 135, § 2.º, segunda alínea, ao contrapor “sociedades coligadas” a “controladas”. A coligação, no texto, como já tivemos ocasião de afirmar,²⁰ representa uma relevante participação societária, ensejando a influência econômica de

19. Berle e Means reservam a expressão *joint control* para o caso de grupos, com interesses radicalmente diferentes, que partilham o controle (cf. *op. cit.*, pág. 83 e nota 26).

20. Cf. *supra* n. 6.

uma sociedade em outra, enquanto o controle aí está pela titularidade da maior parte do capital votante. Tratando-se de norma concernente ao balanço e às contas da administração, que devem reproduzir apenas os fatos incontestáveis, parece-nos devam ser excluídas as hipóteses de controle a seguir examinadas (minoritário e gerencial), que se apresentam como situações menos estáveis, mais de fato do que de direito.

A lei que disciplinou o mercado de capitais (Lei n. 4.728, de 14.7.1965), a seu turno, faz referência explícita ao controle majoritário em vários dos seus dispositivos.²¹

13. — Muito discutível é a terceira espécie de controle na classificação de Berle e Means: aquele que se exerce mediante um expediente ou artifício legal.²² Dos exemplos assinalados pelos prestigiosos autores — o controle piramidal ou em cadeia num grupo societário,²³ a existência de ações sem direito de voto, a emissão de ações com voto limitado²⁴ e o *voting trust*²⁵ — somente o último poderia, a rigor, ser distinguido das demais espécies de controle, pela própria peculiaridade do *trust* de dissociar direitos de vários titulares sobre uma mesma coisa. O *trustee* não pode ser assimilado a um proprietário (*owner*), e nesse sentido

21. Arts. 20, § 1.º, *a*; 21, § 1.º, *a*; 22, § 1.º, *c* e § 2.º; 23, § 5.º, *d*, combinado com o art. 60; art. 61.

22. *Op. cit.*, pág. 69 e segs.

23. É o que também se denomina em francês *emboîtement*. O caso mais famoso, citado por Berle e Means, é o dos irmãos Van Sweringen, que com um investimento de menos de 20 milhões de dólares controlavam 8 companhias de estradas de ferro, cujo ativo patrimonial superava 2 bilhões de dólares.

24. Cf. *infra* n. 51.

25. Cf. *infra* n. 40.

exerce o controle sem propriedade, mas fundado, de qualquer modo, em direito próprio. A originalidade do instituto não permite a generalização dessa espécie particular de controle aos demais sistemas jurídicos. Aliás, na própria doutrina norte-americana, a posição de Berle e Means nesse passo não ficou isenta de críticas.²⁶

14. — Bem mais interessante é o fenômeno do controle minoritário, isto é, fundado em número de ações inferior à metade do capital votante, e que os autores norte-americanos denominam *working control*.²⁷

A doutrina, sobretudo européia, muito epilogou sobre o assunto. Deblaterou-se, assim, contra a situação de absentéismo da grande maioria, nas macro-empresas, pretendendo-se que um reforço da proteção legal dos direitos do acionista,²⁸ notadamente do direito à informação sobre a situação patrimonial da sociedade,²⁹ obviaria o mal.

Esse gênero de raciocínio parece cada vez menos convincente. A coexistência de dois tipos de acionistas na sociedade anônima — o acionista-empresário e o acionista-capitalista — a qual, de resto, nada mais faz do que reproduzir a estrutura acionária da comandita, parece conatural à grande sociedade por ações. As primitivas companhias coloniais apresentavam, todas, a mesma diferenciação no seu corpo de acionistas. Desde sempre, na grande empresa, a par de uma minoria de

26. Cf. Louis Loss, *Securities Regulation*, 2.^a ed., 1961, vol. I, pág. 14.

27. Cf. Berle e Means, *op. cit.*, pág. 75.

28. Cf. Vigreux, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Paris, 1953.

29. Cf. C. Heurteux, *L'Information des Actionnaires et des Épargnants*, Paris, 1961; Marcello Foschini, *Il Diritto Dell'Azienda all'Informazione*, Milão, 1959.

empresários, que detém efetivamente o poder de comando e o exerce, seja pessoalmente, seja por intermédio de prepostos de confiança, formou-se uma maioria de aplicadores de capitais, quer com o objetivo de poupança, quer com intuito especulativo. De onde a distinção técnica, operada pela doutrina francesa, entre *participation* e *placement*.³⁰

De mais a mais, todo poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerça. O reconhecimento do fato não implica uma resignação cética perante a indiferença das multidões, e menos ainda a formulação de um princípio de governo,³¹ mas, simplesmente, a admissão da existência de interesses sociais distintos, e que exigem, por isso mesmo, uma disciplina diferenciada de direitos e deveres. Se o poder não pode ser confiado, indistintamente, a todos os membros do corpo social, ele deve, em qualquer hipótese, ser exercido em benefício de todos, e não apenas de alguns; muito menos em proveito exclusivo dos detentores do poder.

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 a metade do capital total (Decreto-lei n. 2.627, de 1940, art. 9.º, parágrafo único), salvo exceções³² — e

30. Cf. Champaud, *op. cit.*, pág. 239 e segs.; Ripert, Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, t. I, 7.ª ed., Paris, 1972, n. 711.

31. "Toute politique se fonde sur l'indifférence de la plupart des intéressés, sans laquelle il n'y a point de politique possible" (Paul Valéry, *Regards sur le Monde Actuel*).

32. Cf. *infra* n. 50.

em segunda convocação, com qualquer número (art. 90). Com a ressalva das hipóteses enumeradas no art. 105, qualquer reforma estatutária pode ser deliberada com a presença de acionistas representando dois terços do capital votante, em primeira e segunda convocações, e com qualquer número de detentores de ações votantes em terceira convocação (art. 104).

Teoricamente, portanto, um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembléia. A hipótese, aliás, nada tem de irreal: ela ocorreu efetivamente na França, e foi reconhecida como legal pelo Judiciário.³³

O legislador brasileiro limitou-se a admitir, implicitamente, a possibilidade de um controle minoritário. Ele nunca é presumido de acordo com as circunstâncias, tal como ocorre em algumas legislações estrangeiras. Assim, em alguns dispositivos do direito bancário brasileiro, fixa-se a participação de dez por cento no capital social como denotando uma ligação societária. A lei n. 4.595, de 31.12.1964, veda às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos “às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral; às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% (dez por cento); às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% (dez por cento) quaisquer dos diretores ou administradores da própria insti-

33. Acórdão da Corte de Apelação de Paris, de 9.7.1935, publicado em *Dalloz Hebdomadaire*, 1935-561.

tuição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes até o 2.º grau” (art. 34, incisos ns. III, IV e V). Por sua vez, a Lei n. 6.024, de 13.3.1974, ao dispor sobre a intervenção em instituições financeiras e a sua liquidação extrajudicial, estendeu tais medidas também às pessoas jurídicas que mantenham, com a instituição financeira sob intervenção, ou em liquidação administrativa, “integração de atividade ou vínculo de interesse”, esclarecendo que essa situação se presume existente quando os sócios ou acionistas dessa outra pessoa jurídica participem do capital da instituição financeira sob intervenção, ou em regime de liquidação, em importância superior a 10% (dez por cento) (art. 51). Nada faz supor que, em tais hipóteses, o legislador brasileiro esteja presumindo a existência de um controle minoritário, tanto mais que a percentagem indicada é calculada sobre o capital total, e não apenas sobre aquele representado por ações com direito de voto. A simples existência de coligação societária já é suficiente para a aplicação das normas.

Na legislação americana, ao revés, existem presunções legais da existência de um controle minoritário. O *Investment Company Act*, de 1940, admite a existência de controle com a detenção de mais de 25% do capital votante de uma companhia.³⁴ O *Holding Company Act*, de 1935, muito embora não falando expressamente em controle, presume que uma companhia é *holding* de outra (*subsidiary*), quando possui dez por cento, apenas, do capital votante desta última. No *Bank Holding*

34. Eis o texto: “Any person who owns beneficially, either directly or through one or more controlled companies, more than 25 per centum of the voting securities of a company shall be presumed to control such company. Any person who does not so own more than 25 per centum of the voting securities of any company shall be presumed not to control such company”.

Company Act, a percentagem de participação para o reconhecimento de uma *bank holding company* é de 25%. Trata-se, evidentemente, de presunções *juris tantum*, mas cuja prova contrária é dificilmente feita na prática. No célebre litígio que opôs o governo americano à Du Pont de Nemours, há alguns anos, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que esta última, com 23% do capital da General Motors, a controlava de fato, levando-se em consideração que 92% dos acionistas da companhia não possuíam mais de 100 ações cada um.

A lei sueca sobre sociedades por ações, de 1944, ao regular o grupo societário, dispõe que uma sociedade é considerada controladora de outra, não somente quando possui mais da metade do seu capital votante, mas também quando possui “uma influência decisiva sobre outra companhia em razão de sua participação acionária (...), combinada com um interesse substancial na posição dessa outra companhia e no resultado de suas operações” (§ 221).

Na Itália a recente Lei n. 216, de 7/6/74, alterando a redação do art. 2.359 do Código Civil, considerou como sociedades controladas por outra não apenas aquelas “nas quais uma outra sociedade, em razão das ações ou quotas possuídas, dispõe da maioria exigida para as deliberações da assembléia ordinária”, mas ainda “as sociedades que estão sob a influência dominante de outra em razão das ações ou quotas por esta possuídas ou de particulares vínculos contratuais com esta”. Alargou-se, assim, o conceito de “influência dominante”, do controle externo ao controle interno minoritário.

A rigor, um controle minoritário bem estruturado, em companhia com grande pulverização acionária, pode

atuar com a mesma eficiência que um controle majoritário. Mas a lei brasileira estabelece uma distinção importante, ao impor, para a aprovação de certas deliberações, o concurso do voto de metade, no mínimo, do capital com direito de voto (Decreto-lei n. 2.627, art. 105).

15. — O último tipo de controle, na classificação de Berle e Means, é o administrativo ou gerencial (*management control*), isto é, aquele não fundado na participação acionária mas unicamente nas prerrogativas diretoriais. É o controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social. Dada a extrema dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial *de facto*, transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação.³⁵ Exemplo histórico é o da Pennsylvania Railroad Co., em dezembro de 1929, na qual os vinte maiores acionistas detinham em conjunto 2,70% do capital social, sendo que o maior acionista individual não possuía mais do que 0,34% da totalidade das ações.

A perpetuação dos administradores no poder é obtida, sobretudo, com a utilização de complexos mecanismos de representação de acionistas em assembléia (*proxy machinery*), explorando-se ao máximo o absentismo do corpo acionário.³⁶

De acordo com os resultados da pesquisa empreendida pelos citados autores, era esse o mais freqüente tipo de controle verificado nas duzentas maiores companhias não financeiras dos Estados Unidos, no início da década de 30. Um levantamento estatístico realizado em 1963, segundo o mesmo critério, veio demonstrar

35. *Op. cit.*, pág. 78 e segs.

36. *Cf. infra* n. 69.

que essa supremacia do *management control* acentua-se consideravelmente.³⁷

Admitindo a inelutabilidade dessa evolução, Berle e Means acabaram, simplesmente, por augurar que esse controle gerencial suscitasse uma tecnocracia imparcial, capaz de arbitrar os conflitos de interesses em jogo.³⁸ Na verdade, o advento dessa tecnocracia empresarial, segundo alguns autores, já ocorreu, e sua ação está transformando o mundo sob os nossos olhares distraídos.³⁹ Durante o desenrolar da 2.ª Guerra Mun-

37. Eis a tabela comparativa elaborada por Robert J. Larner, "Ownership and Control in the 200 Largest Non-financial Corporation, 1929 and 1963", *The American Economic Review*, vol. LVI, n. 4, 1.ª parte (setembro de 1966), págs. 781 e segs.

Tipo de controle	1929			1963		
	n.	Ativo (US\$ milhões)	% ativo	n.	Ativo (US\$ milhões)	% ativo
Propriedade privada	12	3,367	4	<i>nihil</i>	0	0
Controle majoritário	10	1,542	2	5	3,307	1
Controle minoritário	46,5	11,223	14	18	28,348	11
"Artifício legal"	41	17,565	22	8	8,765	3
Controle gerencial	88,5	47,108	58	169	224,377	85
Sob administração judicial	2	269	(menos de 0,5)	<i>nihil</i>	0	0
	200	81,073	100	200	264,697	100

38. "It is conceivable — indeed it seems almost essential if the corporate system is to survive — that the "control" of the great corporations should develop into a purely neutral technocracy, balancing a variety of claims by various groups in the community and assigning to each a portion of the income stream on the basis of public policy rather than private cupidity" (op. cit., págs. 312/313).

39. Cf. John Kenneth Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, cit.

dial, o ex-trotzkista James Burnham sustentou, em libelo famoso, o surgimento de uma nova revolução política, pela ascensão dos *managers* como classe dominante, tanto nos países capitalistas quanto naqueles dominados pelo comunismo ou pelo nazi-fascismo.⁴⁰ Para ele, o Estado empresário seria a forma durável de organização estatal nas sociedades industrializadas. A propriedade estatal dos meios de produção conduziria à emergência de um poderoso estamento de técnicos gerenciais. Ora, exercendo esses técnicos funções indispensáveis na sociedade, e tendo acesso ao controle dos meios de produção, passariam, inevitavelmente, a agir nos seus próprios interesses. Milovan Djilas, outro ex-marxista, não se afastou muito desse esquema ao denunciar, no pós-guerra, a nova classe tecnocrática.⁴¹

Ao falarem em *management control*, Berle e Means tiveram em mente apenas as grandes companhias de capital aberto. A doutrina européia assinala, no entanto, que as participações recíprocas de capital, quando de elevado montante, podem esvaziar totalmente os poderes decisórios da assembléia geral, tornando os administradores das companhias autênticos controladores.⁴² O procedimento parece ter sido largamente utilizado na França, antes do advento das normas legais proibitivas da reciprocidade de participação social.

Não há dúvida que o fenômeno do controle gerencial constitui poderoso argumento em favor da teoria institucional da sociedade anônima. Se o poder de controle na empresa não mais se funda na titularidade acionária e transcende de certa forma a vontade — individual ou coletiva — dos acionistas, parece impos-

40. *The Managerial Revolution*, nova ed., Londres, 1962.

41. *La Nouvelle Classe Dirigeante*, Paris, 1957.

42. Cf. Michel Vanhaecke, *op. cit.*, n. 84; Ascarelli, *Studi in tema di Società*, cit., pág. 150.

sível reduzir o mecanismo social aos modelos do contrato ou da propriedade privada. Estamos diante de uma personalização da empresa, subtraindo-a a qualquer vínculo de natureza real com os detentores do capital societário, e aproximando-a, até à confusão, de uma espécie de fundação lucrativa. É a instituição-empresa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original.

Mesmo nos Estados Unidos, porém, nem todos concordam com a realidade e a extensão desse controle gerencial,⁴³ contrapondo, como disse um autor, “capitalistas sem funções” a “funcionários sem capital”.⁴⁴ Já se observou, assim, que a distinção legal entre o *board of directors* e os *managers* está longe de ser radical na prática, na medida em que os *directors* exercem também, em grande número, o cargo de *managers*, acumulando assim funções deliberativas com as executivas, propriamente ditas. Assinalou-se, outrossim, a grande extensão do fenômeno de coligação administrativa (“união pessoal”) nas companhias norte-americanas, como manifestação da influência indireta de umas sociedades sobre as outras, o que já suscitou uma

43. Cf. por ex., Gabriel Kolko, *Wealth and Power in America*, Londres, 1962; C. Wright Mills, *The Power Elite*.

44. K. Renner, *Wandlungen der modernen Gesellschaft: zwei Abhandlungen über die Probleme der Nachkriegszeit*, Viena, 1953.

45. A F.T.C. classifica os casos de “união pessoal” em sete grupos: 1) entre empresas concorrentes, de forma direta (o administrador de uma sociedade faz parte do conselho de administração da outra) ou indireta (duas sociedades possuem um mesmo administrador, que originalmente está ligado a uma terceira); 2) entre sociedades que exploram indústrias afins, de modo a evitar que venham a concorrer diretamente, como no caso das indústrias de vidro plano e não-plano; 3) entre sociedades de um mesmo ramo industrial; 4) entre sociedades adquirente e fornecedora de matéria-prima ou produtos semi-acabados; 5) entre produtores e distribuidores; 6) entre empresas industriais ou comerciais e instituições financeiras; 7) nas sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico.

investigação da Federal Trade Commission.⁴⁵ Mas, sobretudo, tem-se sustentado — sem provas cabais, é verdade — que a apregoada separação entre propriedade acionária e controle gerencial é desmentida pelo fato de que a classe dos dirigentes empresariais constitui o mais vasto grupo de acionistas dos Estados Unidos, tendo sido eles os principais beneficiários do sistema de lançamento de opções de subscrição do capital autorizado (*warrants*), reintroduzido com vigor naquele país a partir de 1950.⁴⁶

Curiosamente, como observou um autor,⁴⁷ são os escritores de orientação marxista os que mais vigorosamente combatem essa teoria do controle gerencial, que Marx, como vimos, foi o primeiro a anunciar.⁴⁸ É que na base desse debate encontra-se, sem dúvida, uma controvérsia de natureza política sobre o sentido do capitalismo e a realidade da sociedade comunista. Admitir que o poder, na empresa ou no Estado, possa exercer-se desvinculado da propriedade, parece aos marxistas (mas não a Marx!) uma tese herética e condenável.⁴⁹

Seja como for, toda essa problemática da macro-companhia de capital aberto é por ora ainda estranha à

46. Como escreveu Wright Mills, "the chief executives and the very rich are *not* two distinct and clearly segregated groups" (*op. cit.*, pág. 147). Sobre a técnica financeira do lançamento de opções para a subscrição futura do capital autorizado, que acabou substituindo em larga medida as debêntures conversíveis, J. Samuel L. Hages, III e Henry B. Reiling, *Sophisticated Financing Tool: the Warrant*, na *Harvard Business Review*, jan.-fev. 1969, p. 137.

47. Theo Nichols, *Ownership, Control & Ideology*, Londres, 1970, págs. 40 e segs.

48. Cf. *supra* n. 10.

49. Dentro dessa concepção, um dos dois elementos é ficção. "If ownership and control are in reality separated," escreveu Burnham, "then ownership has changed hands to the "control" and the separated ownership is a meaningless fiction" (*op. cit.*, pág. 91).

realidade brasileira. Não obstante a proverbial carência de dados estatísticos em nosso país, ninguém ainda assinalou, no Brasil, a existência de companhias controladas, exclusivamente, pelos seus próprios administradores, como órgão autopetruante, segundo a expressão de Berle e Means, em razão de extrema dispersão acionária. Em pesquisa levada a cabo nos anos de 1964 e 1965, no Estado de São Paulo, verificou-se que, em 63,8% das empresas pesquisadas, os seus diretores e/ou familiares detinham mais de 50% do capital social.⁵⁰ Esse levantamento, conforme o próprio autor lealmente reconheceu, carece de precisão científica, mas constitui, de qualquer forma, um resultado muito expressivo, sobretudo se se leva em conta que entre as empresas computadas incluíram-se muitas subsidiárias de companhias estrangeiras, em que os diretores não costumam ser acionistas.

Resta, no entanto, como possibilidade, o controle administrativo fundado na participação recíproca de capital, pelo menos enquanto não for legalmente condenada essa prática.

16. — Levando-se, pois, em consideração o critério fundamental da separação entre propriedade acionária e poder de controle empresarial, temos que o controle interno apresenta quatro modalidades típicas, a saber, conforme o grau crescente em que se manifesta essa separação, controle totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

Na ausência de um conceito legal de controle, ou de sociedade controlada, no direito brasileiro, parece-nos que onde a lei, referindo-se a sociedades mercan-

50. Lulz Carlos Bresser Pereira, *Empresários e Administradores no Brasil*, São Paulo, 1974, pág. 55.

tis, emprega tais palavras no sentido de dominação e não de fiscalização, sem maiores especificações, como por exemplo na Lei n. 4.728, de 1965, arts. 16, § 1.º, c e 22, § 1.º, c; ⁵¹ na Lei n. 4.131, de 1962, art. 40; ⁵² na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2.º, § 2.º; ⁵³ ou na Lei n. 6.099, de 12.9.1974, art. 10, ⁵⁴ ela pode ser entendida

51. Art. 16. As emissões de títulos ou valores mobiliários somente poderão ser feitas nos mercados financeiro e de capitais através do sistema de distribuição previsto no art. 5.º.

§ 1.º. Para os efeitos deste artigo, considera-se emissão a oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários:

.....
c) pela pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da sociedade emissora dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados.

Art. 22. Em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos, reconhecidos pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, ao adotar medidas de contenção do crédito, poderá limitar o recurso ao sistema financeiro do País, no caso das empresas que tenham acesso ao mercado financeiro internacional.

§ 1.º. Para os efeitos deste artigo considera-se que têm acesso ao mercado financeiro internacional:

.....
c) sociedades com sede no País, controladas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior.

52. Art. 40. As sociedades de financiamento e de investimentos somente poderão colocar no mercado nacional de capitais ações e títulos emitidos pelas empresas controladas por capital estrangeiro ou subordinadas a empresas com sede no estrangeiro, que tiverem assegurado o direito de voto.

53. Art. 2.º.

§ 2.º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

54. Art. 10. Somente poderão ser objeto de arrendamento mercantil os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo Conselho Monetário Nacional, que poderá, também, estabelecer condições para seu arrendamento a empresas cujo controle acionário pertencer a pessoas residentes no exterior.

como se referindo a qualquer dos tipos de controle interno que acabamos de analisar.

Não nos parece, porém, conveniente que o legislador brasileiro deixe de definir o poder de controle, pelo menos no que se refere à disciplina dos grupos societários, cuja carência vem sendo gravemente sentida entre nós. Já se pretendeu, nessa matéria, que a definição legal seria ilusória e mesmo nefasta, pois o conceito fixado em lei revelar-se-ia, desde logo, nesta fase de capitalismo pós-industrial, não só insuficiente, deixando de compreender todas as diferentes modalidades do fenômeno, mas também rígido, conduzindo ao reconhecimento do controle onde ele efetivamente não se manifesta.⁵⁵ Não partilhamos dessa opinião. Não se trata de procurar formular uma definição essencial e abstrata, de cunho ontológico e universal, em relação à qual seria totalmente procedente a advertência tradicional de que *omnis definitio periculosa est*, mas sim da criação de um conceito operacional, como instrumento prático de aplicação de um sistema normativo específico; em uma palavra, um *Zweckbegriff*, como dizem os alemães. Sem dúvida, subsistirá sempre o risco de uma imperfeita definição no texto de lei, embora teoricamente reduzido pela já respeitável reflexão doutrinária, e pela importante experiência legislativa nesse campo. Não menor, porém, para a harmonia e a aplicabilidade do

55. É a opinião sustentada com vigor e brilho por Claude Champaud: "Nous sommes ici dans un domaine qui est celui du droit de la nouvelle société industrielle, à une époque où tout naît. Nous sommes dans un domaine où les rapports entre les individus, et justement ceux qui s'établissent entre ces "individus d'élite" que sont dans la société industrielle les sociétés qui servent de cadre juridique aux entreprises, ressemblent plus à des rapports féodaux qu'aux rapports individualisés visés par nos codes. Gardons-nous donc de l'illusion de vouloir enfermer des phénomènes naissant dans de vieilles formules creuses. Soyons des observateurs attentifs et non des docteurs hâtifs" (in *Droit des Groupes de Sociétés*, cit., pág. 36).

sistema legal, se nos afigura o risco de uma indefinição legal, deixando ao desamparo os interesses mais dignos de proteção, tanto no setor público quanto no privado, como veremos na terceira parte deste ensaio.

Pelo exame do direito comparado, verifica-se que a definição do poder de controle é dada em lei, sobretudo, no que concerne à regulamentação dos grupos societários. O critério mais freqüentemente seguido é o consagrado na legislação alemã, desde 1937. A existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce sobre a outra, direta ou indiretamente, uma “influência dominante” (*beherrschender Einfluss*). É o que se deduz da leitura dos §§ 15 e seguintes da lei alemã de 1965, malgrado o seu casuísmo pouco sistemático.

A noção de “influência dominante” é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade, abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo. Mas a expressão, mais alusiva do que descritiva, carece de precisão, constituindo simples diretriz ou indicação para o intérprete, na análise dos elementos de fato.

O Código Civil italiano de 1942 aproximou-se desse modelo legislativo. Tratando da proibição das participações sociais recíprocas, em seu art. 2.359, definiu as sociedades controladas como “aquelas nas quais uma outra sociedade possui um número de ações capaz de lhe assegurar a maioria dos votos nas assembleias ordinárias, ou aquelas que, em razão de particulares vínculos contratuais, acham-se sob a influência dominante de outra sociedade”. Nota-se aí, no entanto, uma diferença importante em relação ao modelo germânico. É que a

“influência dominante” se restringe às situações de controle externo contratual.⁵⁶

Ora, a Lei italiana n. 216, de 7.6.74, veio alterar a redação do mencionado art. 2.359 do Código Civil, corrigindo de certa forma esse desvio do direito peninsular em relação à orientação alemã. Doravante, consideram-se sociedades controladas não apenas “as sociedades nas quais outra, em razão das ações ou quotas possuídas, dispõe da maioria exigida para as deliberações da assembleia ordinária”, e “as sociedades controladas por uma outra mediante ações ou quotas possuídas por sociedades controladas por esta última”, como também “as que se acham sob a influência dominante de outra sociedade em razão *das ações ou quotas* possuídas por esta, ou de particulares vínculos contratuais com esta”.

O modelo germânico foi ainda seguido na lei sueca sobre as sociedades por ações, de 1944,⁵⁷ e no projeto de regulamentação unitária das “sociedades anônimas européas”, apresentado pela Comissão da Comunidade Econômica Européia ao Conselho de Ministros do Mercado Comum, em 1970.⁵⁸

56. Carlo Pasteris, *Il “Controllo” nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, Milão, 1957, n. 12.

57. “Se uma companhia exerce uma influência decisiva (*deciding influence*, no texto da tradução inglesa divulgada pela Svenska Handelsbanken) sobre outra companhia, em razão da posse de ações ou de um contrato ou qualquer outra, conjugada com um interesse substancial na posição desta última companhia, então a primeira deve ser considerada sociedade-mãe e a última uma subsidiária” (art. 221, alínea 1).

58. “Art. 6.º. 1. Pour l’application du présent statut, une entreprise dépendante est une entreprise juridiquement autonome sur laquelle un autre entreprise, dite entreprise dominante, peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, une des deux entreprises intéressées étant une S. E. (société européenne). 2. Une entreprise est en tout cas considérée comme dépendante d’une autre, lorsque celle-

Orientação diversa tomou o legislador francês, de 1966, ao preferir fixar-se em montante matematicamente determinado de participação no capital social. A Lei n. 66-537, daquele ano, considerou que uma relação de sociedade-mãe, ou matriz, para filial só existe quando a primeira possui mais da metade do capital desta última (art. 354). O critério, bem se vê, é simplista, deixando de considerar qualquer manifestação de controle não-majoritário, e nesse particular se aparta da orientação jurisprudencial seguida naquele país, que nunca se ateu a regras rígidas, mas procurou ao contrário reconhecer todas as manifestações do poder de controle, pela análise global dos elementos de fato de cada caso em particular.⁵⁹

Dessa rigidez escapou o legislador argentino, ao definir as sociedades controladas como aquelas “em que outra sociedade, de forma direta ou por intermédio de outra sociedade por sua vez controlada, possua participação, por qualquer título, que outorgue os votos necessários para formar a vontade social” (Lei de 3.4.1972, art. 33).

-ci a la possibilité, à l'égard de la première: a) de disposer de plus de la moitié des voix attachées à l'ensemble des titres émis, b) de désigner plus de la moitié des membres de son organe de direction ou de son organe de surveillance, c) d'exercer en vertu de contrats une influence prépondérante sur sa gestion. 3. Une influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise a une participation majoritaire dans le capital d'une autre entreprise. 4. Sont comptées dans la participation de l'entreprise dominante les parts appartenant à une entreprise dépendant d'elle. Il en est de même des parts appartenant à une autre entreprise agissant pour le compte de l'entreprise dominante ou d'une entreprise dépendant de cette dernière”. Segundo os comentários oficiais da Comissão da C. E. E., a presunção estabelecida na alínea 2 é irrefragável, e a da alínea 3 meramente relativa, porque nesta última alínea cogita-se da maioria no capital e não da maioria dos votos, sendo certo que a companhia pode emitir ações preferenciais sem voto (cf. RDM nova série, n. 3, 1971, pág. 110).

59. Cf. M. Vanhaecke, *op. cit.*, págs. 217 e segs.

O Anteprojeto de Código Civil (art. 1.274) preferiu seguir a orientação francesa, muito criticável. Considerou a existência do controle apenas no quadro do grupo societário, e definiu-o rigidamente como a posse, direta ou indireta, de ações que representem mais de 50% do capital votante. Ora, se por um lado as manifestações do poder de controle, e os problemas jurídicos que suscita, não se restringem aos grupos de sociedades, mas compreendem também as sociedades isoladas, como teremos ocasião de verificar, por outro a lei não pode coartar a jurisprudência no reconhecimento dessas situações de dominação de fato, na sociedade anônima, sob pena de não alcançar nenhuma efetividade, e ser até mesmo contraproducente.

Para o Anteprojeto de lei de sociedades por ações, “entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembléia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 130, parágrafo único). Em outro dispositivo, considera “controlada a sociedade na qual a companhia, diretamente, ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos seus administradores” (art. 252, § 2.º). Exclui-se, como se vê, a previsão do controle externo e a do interno administrativo ou gerencial.

Parece que “maioria dos votos nas deliberações da Assembléia Geral” e “preponderância nas deliberações sociais” são expressões sinônimas. Tratando-se de dis-

positivos simétricos, não vemos vantagem na variação dos termos; ao contrário, ela pode ensejar distinções conceituais não previstas nem desejadas.

Declarar que o controle consiste na titularidade da maioria dos votos nas deliberações de assembléia e do poder de eleger a maioria dos administradores da companhia soa como redundância; pois, sem embargo da faculdade de representação proporcional de classes de ações no conselho de administração (art. 155, § 3.º do Anteprojeto), isto não elimina ou altera o princípio da supremacia majoritária. Aliás, o poder de eleger a maioria dos administradores é uma das expressões do controle, mas por certo não a única.

Tampouco pertinente parece-nos a distinção entre controle efetivo e possibilidade de controle, que é afirmada, de fato, na doutrina.⁶⁰ No de tipo majoritário, por mais que o controlador afete desinteressar-se dos negócios sociais, não pode arredar o fato de que o poder de comando se exerce em seu nome, ou por delegação sua, o que a tanto equivale. No minoritário, ou no de tipo gerencial, a eventual possibilidade de dominação da maioria dispersa não tem o menor efeito, ou significado, para o direito, enquanto não passa da potência ao ato. Ninguém enxergaria a soberania na submissão, de sorte que a análise conceitual resulta, no caso, ociosa.

Por último, estimamos pouco clara a alusão a “grupos de pessoas vinculadas por acordo de voto”, no texto do art. 130, parágrafo único, do Anteprojeto. Tais acordos, segundo dispõe logo a seguir o art. 132, “são de observância obrigatória pela companhia quando arquivados na sua sede”. Muita vez, senão quase sempre, o controle conjunto se estabelece sem convenção

60. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., LI, § 5.377, 1.

por escrito entre os controladores. Nessa hipótese, haverá ou não controle, para os efeitos da definição proposta?

Pelas considerações até aqui expostas, entendemos que o núcleo da definição de controle, na sociedade anônima, reside no poder de determinar as deliberações da assembléia geral. Controle interno haverá toda vez que esse poder estiver em mãos de acionistas ou administradores, pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto. É esta, a nosso ver, a *regula juris* que, como *brevis rerum narratio*, segundo a elegante expressão de Paulo, deveria constar da lei, sem prejuízo da fixação de presunções em caráter exemplificativo.

O controle externo

17. — Há várias décadas, desde uma célebre decisão de Benjamin Cardozo, a jurisprudência norte-americana reconhece que, na sociedade anônima, “uma influência dominante pode ser exercida por meios diversos do voto”. Foi esse mesmo conceito de “influência dominante”, enquanto sinônimo de controle, como vimos,¹ que o legislador alemão utilizou no § 15 da revogada lei acionária de 1937² e no § 17 da atual lei de 1965,³ para definir o liame de subordinação entre empresas; e dele também lançou mão o legislador italiano de 1942 (art. 2.359, segunda alínea), para caracterizar as situações de controle externo contratual, e a lei acionária sueca de 1944 (art. 221). O controlador, no

1. Cf. supra n. 16.

2. “§ 15. I — Sind rechtlich selbstaendige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

II — Steht ein rechtlich selbstaendiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhaengige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

3. “§ 17. I — Abhaengige Unternehmen sind rechtlich selbstaendige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann”.

caso, não é acionista, nem membro de qualquer órgão social, mas exerce o seu poder de dominação *ab extra*.

As situações são as mais variadas.

18. — Há, assim, em primeiro lugar, toda uma série de hipóteses em que o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade. Em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muita vez, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial.

São, por exemplo, freqüentes os contratos de empréstimo a uma sociedade, com a atribuição ao mutuante, em garantia do seu crédito, da caução das ações do chamado bloco de controle. A lei brasileira, ao contrário da italiana (Código Civil de 1942, art. 2.352), não suprime o direito de voto do acionista caucionante, mas admite se possa estipular, “no instrumento ou escritura da caução ou penhor, que o dono das ações não poderá, sem o consentimento do credor caucionado ou pignoratício, votar em certas deliberações” (Decreto-lei n. 2.627, art. 83). Tais deliberações, geralmente, dizem respeito à alienação ou oneração dos bens constantes do ativo social imobilizado. Nada impede, porém, que as partes estipulem várias outras hipóteses de voto vinculado, notadamente quanto à eleição dos administradores e fiscais, à emissão de empréstimos debenturísticos, ou à mudança do objeto social. O credor caucionário pode, assim, tal a extensão e o alcance das estipulações de voto do contrato de caução, assumir uma posição predominante na sociedade, como autêntico controlador. É mesmo possível que o crédito só tenha sido concedido em função dessa caução das ações de controle, e na perspectiva de sua provável excussão, com o inadimplemento da obrigação garantida.

Mesmo sem essa caução das ações de controle, os maiores credores de uma sociedade em situação financeira difícil podem assumir o seu controle *de facto*, impondo condições para a renovação de empréstimos ou a reforma de dívidas, tais como a reorganização empresarial e o remanejamento da diretoria. O Estado credor, quando nessa posição de preponderância, conta ainda com formidáveis poderes de pressão, através dos mecanismos de fixação de preços, de crédito oficial, da celebração de novos contratos, da concessão de benefícios fiscais.

Outras vezes, a situação de subordinação da sociedade ao poder de controle de um credor deriva da natureza especial da relação obrigacional, em função da atividade econômica da devedora. É o que ocorre, por exemplo, com os bancos, relativamente ao titular de contas de depósito a vista. A empresa bancária, que se serve desses recursos de terceiros para as suas operações ativas, deve manter um número relativamente elevado de contas dessa natureza, de modo a reduzir as diferenças médias de valores, e dispersar ao máximo o risco de súbita retirada. Tal seja a dimensão do banco, e o valor do depósito recebido de um só ou de alguns correntistas, pode surgir uma situação de desequilíbrio potencial, que coloca o banqueiro à mercê do seu depositante.⁴

Uma situação clássica de controle externo, oriunda do endividamento social, é a que deriva da emissão de debêntures. Tratando-se de crédito privilegiado e geralmente de montante elevado, o empréstimo debenturístico pode tornar a companhia emitente subordinada à influência dominante da massa de debenturistas, nota-

4. Esse risco é hoje de notoriedade pública, no que se refere aos depósitos dos chamados "petrodólares" em bancos ocidentais.

damente quando precária a situação financeira da devedora.

Entre nós, esse controle externo dos debenturistas sobre a companhia emitente corresponde a uma situação mais de fato do que de direito. A lei brasileira, com efeito, não consagra, praticamente, quase nenhum direito de interferência dos portadores de debêntures sobre a vida societária. O art. 3.º do Decreto-lei n. 781, de 12.10.1938, submete à deliberação da assembléia de debenturistas a “novação, por substituição do devedor, em consequência da fusão ou incorporação da sociedade devedora a outra que assuma a responsabilidade da dívida” (inciso 2.º, alínea *g*). Parece duvidosa a subsistência dessa disposição, após o advento do Decreto-lei n. 2.627, que tornou as sociedades incorporadoras, ou oriundas da fusão, responsáveis, de pleno direito, pelas dívidas das sociedades sucedidas (arts. 152 e 153), e editou, no art. 154, regra geral de proteção aos credores que se considerem prejudicados com a incorporação, ou fusão da companhia devedora. O mesmo Decreto-lei n. 781, na hipótese de acordo para liquidação de empréstimo, prevê a designação, pelos debenturistas, de “um fiscal que, em seu nome, colabore com a diretoria ou liquidantes, na execução do acordo e que vigie por seus direitos e interesses” (art. 14). Trata-se, como se vê, de uma fiscalização legitimada apenas na hipótese de celebração de acordo modificador das cláusulas do empréstimo. Mais recentemente, a Lei n. 4.728, de 1965, determinou que, na hipótese de lançamento de debêntures no mercado com a intermediação de uma instituição financeira, esta *underwriter*, enquanto obrigada à sustentação dos títulos, terá o direito de indicar um representante como membro do conselho fiscal da companhia emissora, até o final resgate de todas as obrigações emitidas (art. 26, § 4.º).

O legislador brasileiro poderia inspirar-se, nessa matéria, nas disposições do direito francês, protetoras dos debenturistas. O art. 302 da lei francesa sobre as sociedades comerciais, de 1966, atribui ao representante dos debenturistas o direito de obter comunicação de todos os documentos postos à disposição dos acionistas, por ocasião de uma assembléia geral. Ademais, a companhia emitente não pode ser transformada ou alterar o seu objeto social, nem tampouco participar de operações de incorporação, fusão ou cisão, sem consultar previamente a massa de debenturistas (arts. 313, 380 e 385). A obrigatoriedade de consulta prévia é, também, estabelecida para o caso de nova emissão de debêntures, comportando um direito de preferência sobre as já emitidas (art. 313, inciso 4.º). A deliberação desfavorável da massa de debenturistas não impede a realização da medida sujeita ao seu exame. Mas, nesse caso, a companhia devedora fica obrigada a reembolsar qualquer debenturista que o requeira, dentro de três meses a contar da data em que foi tomada a decisão, desaprovada pela assembléia dos portadores de debêntures (art. 321). Trata-se aí, como adverte a doutrina, da aplicação do princípio geral da perda do benefício do termo final da obrigação, para o devedor que diminui as garantias da dívida.⁵ Uma lei de 1967 veio, porém, minorar a rigidez dessas normas, nas operações de fusão, seguindo a política econômica de favorecimento da concentração empresarial.

Bem se vê, portanto, que, nesse regime, a possibilidade de um controle externo da companhia devedora, pela comunhão de debenturistas, está longe de ser mera hipótese acadêmica.

Parece, aliás, que esse reconhecimento legal do controle externo fundado no endividamento social acaba,

5. Ripert e Roblot, *op. cit.*, t. I, n. 1.472.

aos poucos, sendo feito pelo legislador. Assim, a Lei n. 6.024, de 13.3.1974, ao regular a intervenção administrativa e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, determinou, reproduzindo o disposto no revogado Decreto-lei n. 462, de 11.11.1969, que “com o objetivo de preservar os interesses da poupança popular e a integridade do acervo das entidades submetidas a intervenção ou a liquidação extrajudicial, o Banco Central do Brasil poderá estabelecer idêntico regime para as pessoas jurídicas que com elas tenham integração de atividade ou vínculo de interesse”; esclarecendo que essa situação se verifica “quando as pessoas jurídicas, referidas neste artigo, forem devedoras da sociedade sob intervenção ou submetida a liquidação extrajudicial” (art. 51 e parágrafo único). Parece óbvio que essa extensão das medidas extremas de intervenção ou de liquidação administrativa não é de aplicar-se perante qualquer situação devedora, mas somente quando esta configure uma verdadeira integração patrimonial dos sujeitos da obrigação.

O direito comercial, na verdade, possui, desde as origens,⁶ um instituto próprio para configurar essa responsabilidade solidária do credor de um comerciante, pessoa física ou sociedade, que passa a dominar a empresa, seja para tentar cobrar-se de modo mais efetivo e rápido do seu crédito; seja para apurar um lucro adicional ao estipulado pagamento do crédito: é a figura do sócio oculto (Código Comercial, art. 305; Lei de Falências, art. 6.º). Não se trata aqui, da situação à qual já nos referimos⁷ do sócio ou acionista, oficial ou ostensivo, que exerce o controle totalitário ou largamente majoritário da sociedade: o chamado sócio “soberano”

6. Cf. Hernani Estrella, *Curso de Direito Comercial*, Rio, 1973, n. 67.

7. Cf. supra n. 8, nota 57 e n. 11.

ou "tirano", como o denominaram alguns autores italianos.⁸ Nestas últimas hipóteses, há sempre um controle interno. A figura do sócio oculto, no direito brasileiro, é a de alguém que exerce, sem contrato ou vínculo social oficialmente reconhecido, uma autêntica atividade empresarial, em colaboração com um comerciante ostensivo, pessoa física ou jurídica.⁹ Tal colaboração empresarial, em se tratando sobretudo de um credor do comerciante ostensivo, costuma, freqüentemente, transformar-se em autêntica dominação, ou controle externo.

19. — Nessa mesma ordem de idéias e com maioria de razão, uma sociedade em conta de participação pode dar origem a uma situação de controle externo do sócio oculto sobre a atividade empresarial do sócio ostensivo, seja este uma pessoa física ou jurídica, uma sociedade de pessoas ou de capitais. Isso ocorre, principalmente, quando o sócio oculto não se limita a conferir capitais para o negócio, mas também empresta o seu *know-how* ao empreendimento social, ou concede a utilização de privilégios de invenção ou de sinais distintivos, gerando um estado de absoluta dependência do sócio ostensivo em relação à capacidade empresarial do outro.

A conta de participação, nessas condições, aproxima-se de uma concessão exclusiva, ou de um *franchising*.¹⁰ E realmente, em tais contratos, a doutrina e a

8. A primeira expressão é de Lorenzo Mossa, "Responsabilità dell'unico socio di un'anonima", na RDC, 1931, II, pág. 322; *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, vol. IV, Pádua, 1957, págs. 357 e segs.; 461 e segs.; 616 e segs. A segunda é de Walter Bigiavi, "Responsabilità illimitata del socio "tiranno", em *Foro Italiano*, 1960, I, págs. 1.180 e segs.

9. Daí por que Ascarelli sugeriu, para este caso, a expressão "empresário indireto ou adjunto" (cf. *Problemi Giuridici*, II, cit., pág. 476).

10. Embora de estrutura análoga, em razão da cláusula de exclusividade, os contratos de *franchising* e de concessão de venda se distinguem pelo fato de que o primeiro é centrado

jurisprudência não deixam de sublinhar a situação de dependência em que geralmente se encontra o concessionário, diante do concedente.

Na concessão de venda com exclusividade, essa situação de dependência do concessionário pode resultar, por exemplo, da imposição de uma obrigação unilateral de compra dos produtos do concedente, com a chamada cláusula de exclusividade de aprovisionamento,¹¹ estipulando uma quota periódica de produtos que o concessionário é obrigado a comprar, bem como o preço de revenda.

No mercado de produtos técnicos altamente especializados, sobretudo, o distribuidor costuma, frequentemente, submeter-se ao dilema de tornar-se concessionário ou cessar de comerciar.¹² A supremacia ou mesmo o monopólio técnico do concedente leva o concessionário a aceitar, facilmente, cláusulas contratuais pelas quais o concedente exerce permanente fiscalização sobre as instalações materiais daquele, e a qualificação profissional dos seus empregados. O concessionário se obriga a utilizar os métodos de venda e de publicidade ditados pelo concedente, e a assegurar um serviço de reparação ou manutenção pós-venda. São, igualmente, frequentes os empréstimos feitos pelo concedente ao concessionário, para a reforma de suas instalações, bem como a exigência de um capital mínimo e de organização jurídica da exploração empresarial sob determina-

em torno da utilização de marcas e demais sinais distintivos, com a concessão adicional dos métodos de venda ou produção; enquanto o segundo se refere, primacialmente, à venda de produtos. O *franchisee* é, em geral, produtor ou prestador de serviços, ao passo que o concessionário de venda age como mero distribuidor.

11. Cf. Jean Guyénot, *Les Contrats de Concession Commerciale*, Paris, 1968, n. 79 e segs.; cf. igualmente, J. Thérard, *Le Concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur?*, RTDC. 1972, p. 537.

12. Jean Guyénot, *op. cit.*, n. 333.

da forma societária. Tudo isso, coberto pela sanção temível da retirada da concessão, costuma deixar os concessionários à inteira mercê dos concedentes.¹³

No que respeita ao *franchising*, o nosso vigente Código da Propriedade Industrial reconhece a possibilidade de o concedente do uso da marca ou do sinal de propaganda estipular o direito de “exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos artigos ou serviços” (art. 90), embora exclua a imposição de “restrições à industrialização ou à comercialização, inclusive à exportação” (mesmo artigo, § 2.º).

Não é surpreendente, em tais condições, que se tenham assimilado as relações econômico-jurídicas entre concedente e concessionário às do grupo econômico,¹⁴ e que a jurisprudência francesa tenha imposto ao concedente a responsabilidade civil de preponente ou de comitente, diante de atos fraudulentos, praticados pelo concessionário em detrimento de terceiros.¹⁵

Entre nós, o Professor Rubens Requião, embora negando haja um fenômeno de integração empresarial vertical, nas relações derivadas do contrato de concessão de venda com exclusividade, admite, no entanto, se possa falar, em certos casos, de uma “quase-integração”.¹⁶ De nossa parte, não hesitamos em afirmar a possibilidade da ocorrência de situações de autêntico controle externo do concedente sobre o concessionário,

13. Cf. Adolph A. Berle Jr., *The 20th. Century Capitalist Revolution*, Nova Iorque, 1954, págs. 27/28, 77 e segs.

14. P. B. Cousté, no prefácio à obra de Jean Guyénot, *Qu'est-ce que le franchising?*, Paris, Dunod, 1973; Jean Guyénot, “La Franchise commerciale, étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires”, RTDC, 1973, n. 2, pág. 161.

15. Cf. Jean Guyénot, *Les Contrats de Concession Commerciale*, cit., n. 388.

16. “O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade” (Concessão Comercial), na RDM, 1972, nova série, n. 7, pág. 21.

gerando inevitáveis conseqüências no que concerne ao regime de responsabilidade civil perante terceiros, como veremos na terceira parte desta dissertação. Sem falar das hipóteses em que a situação econômica, oriunda desse tipo de contrato, configura um autêntico monopólio no mercado, tal como definido no art. 5.º da Lei n. 4.137, de 1962.

Aliás, o controle externo não deriva, apenas, de uma situação de monopólio mas também de monopsônio. É de todos conhecida, por exemplo, a situação de dependência em que costumam encontrar-se as empresas de cujos produtos ou serviços o Estado é o principal, senão o único adquirente ou destinatário. Por outro lado, o efeito de dominação do monopólio, nos dias que correm, não diz respeito, unicamente, a produtos e sim a técnicas e recursos tecnológicos humanos. Não constitui, assim, novidade para ninguém que, mesmo nos grandes países capitalistas do Ocidente, as empresas privadas que atuam em setores de tecnologia avançada de grande importância para a segurança nacional — como o da energia atômica — dependem em larga medida, não apenas da matéria-prima fornecida pelo Estado, como o plutônio ou o urânio enriquecido, mas também dos resultados das pesquisas desenvolvidas em laboratórios estatais ou centros científicos financiados pelo Estado. Nos Estados Unidos, por exemplo, o material nuclear é de propriedade da Atomic Energy Commission, muito embora o emprego industrial da energia atômica seja deixado a empresas particulares, com as quais o Governo celebra *cost plus fixed fee contracts*. A Comissão norte-americana de energia atômica reserva-se o poder de intervir não apenas nas decisões do conselho de administração da companhia privada, com a qual celebrou tais contratos, como tam-

bém em quaisquer atos de gestão empresarial que digam respeito à sua execução.¹⁷

O direito fiscal, muito mais aderente à realidade econômica do que aos conceitos jurídicos tradicionais, já consagrou esse fenômeno de integração empresarial pela interligação negocial. O vigente Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, baixado pelo Decreto n. 70.162, de 18.11.1972, considera, assim, a existência de “firmas interdependentes”, para efeito da fixação do valor tributável, “quando uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do volume das vendas dos produtos tributados de sua fabricação, importação ou arrematação”; e também “quando uma delas, por qualquer forma ou título, for a única adquirente, de um ou de mais de um dos produtos industrializados, importados ou arrematados pela outra, ainda quando a exclusividade se refira apenas a padronagem, marca ou tipo do produto” (art. 23, § 5.º, alíneas c e d).

20. — Em todas essas hipóteses, o controle externo é exercido mais de fato do que direito. Há, porém, situações em que a dominação empresarial *ab extra* é legitimada pela ordem jurídica.

Na Itália, o Código Civil, após dispor, no art. 2.458, que “se o Estado ou os entes públicos têm participações em uma sociedade por ações, o ato constitutivo pode conferir-lhes a faculdade de nomear um ou mais administradores ou fiscais” — disposição editada unicamente para os casos de participação minoritária pública, pois

17. Cf. embora já antigo, Tybout, *Government Contracting in Atomic Energy*, Ann Arbor (Michigan), 1956.

no caso de controle majoritário prevalece a norma geral de eleição pela assembléia¹⁸ — manda aplicar, no artigo seguinte, a mesma regra “no caso em que a lei ou o ato constitutivo atribua ao Estado ou a entes públicos, mesmo na falta de participação acionária, a nomeação de um ou mais administradores ou fiscais”. A assembléia geral perde aí não só a prerrogativa de eleição, como igualmente a de destituição.¹⁹ Verifica-se, portanto, uma completa dissociação entre propriedade empresarial e controle, pois a primeira continua privada, embora o segundo seja público. O Estado, ou as demais pessoas de direito público, intervêm na esfera administrativa que lhes é própria, e não como integrantes da pessoa jurídica de direito privado. A doutrina peninsular não assinala o quanto essa solução fere os princípios do capitalismo privado.

Também de controle externo, juridicamente legitimado, é a hipótese de nomeação, fora das situações de liquidação da sociedade (inclusive falência), de um administrador judiciário, como sucede, por exemplo, na Itália e na França.²⁰ A princípio, tal solução foi utilizada nos casos de inexistência de administradores sociais em exercício, e de impossibilidade de reconstituição do órgão administrativo, em razão de um impasse na assembléia. Mais recentemente, porém, a jurisprudência francesa passou a admitir a nomeação de um administrador judiciário a pedido da minoria, quando o titular do controle põe em risco, pelas suas decisões inconsideradas, a própria subsistência da empresa.²¹

18. Cf. G. Ferri, *Le Società*, cit., pág. 491.

19. Cf. G. Ferri, *ibidem*, pág. 518.

20. Cf. G. Ferri, *ibidem*, n. 205; Ripert e Roblot, *op. cit.*, I, n. 1.265; J. Hémar, F. Terré, P. Mabilat, *Sociétés Commerciales*, t. I, Paris, 1972, ns. 861 e 862.

21. Cf. *infra* n. 116.

No Brasil, a intervenção administrativa ou judicial no controle de empresas ocorre em casos excepcionais, como o de abuso de poder econômico ou de ameaça de insolvência de instituições financeiras.

A Lei n. 4.137, de 10.9.1962, com a finalidade de repressão ao abuso de poder econômico, deu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, entre outras atribuições, o poder de requerer em juízo a intervenção administrativa na empresa infratora, indicando os interventores (art. 17, alíneas *j* e *k*). Compete a estes, de modo precípua, praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à cessação do abuso que tenha originado a intervenção, sendo-lhes assegurado, quando necessário, livre acesso a todos os livros, papéis e documentos da empresa, bem como comunicação dos bens e valores desta, inclusive os que se achem em poder de terceiros (arts. 62 e 63). A lei declara que “os responsáveis pela administração da empresa permanecerão no exercício de suas funções, subordinados ao interventor em tudo quanto diga respeito à prática de atos de competência deste” (art. 64). Mas desde logo acrescenta: “se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juízo do Feito mandará que este assuma a administração total da empresa” (art. 65). Ou então, se esse obstáculo à ação do interventor não provier da maioria dos administradores da empresa, poderá o juiz afastar de suas funções o administrador que obstar o cumprimento de atos da competência do interventor (art. 66).

Nenhuma dúvida pode subsistir quanto ao poder absoluto do interventor designado pelo CADE, dentro da empresa, em tudo o que diga respeito à cessação do abuso de poder econômico. Ora, tais sejam as circunstâncias em que este se verifique, força é convir em que

nenhum aspecto da atividade empresarial pode refugir à atuação desse interventor. O poder de dominação passou, efetivamente, do controlador interno para o agente do CADE, sem que os acionistas tenham perdido o seu investimento patrimonial, com a encampação do acervo da empresa, ou a desapropriação das ações. Subsiste a propriedade privada, mas sob controle público.

O mesmo se diga da intervenção administrativa e da liquidação extrajudicial de instituições financeiras, objeto da Lei n. 6.024, de 13.3.1974. "A intervenção será executada por interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão", dependendo de autorização prévia do Banco Central apenas os atos de alienação ou oneração dos bens sociais, de admissão e despedida de empregados (art. 5.º). Os órgãos societários perdem, assim, praticamente, todas as suas funções. Da mesma forma, decretada a liquidação extrajudicial, o Banco Central nomeará um liquidante, "com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em juízo ou fora dele" (art. 16). Mas a solução aqui já não se aparta da liquidação judicial de sociedades, ou da falência.

É preciso, no entanto, ponderar que essa situação de liquidação extrajudicial de instituições financeiras implica uma supressão de poderes dos órgãos sociais mais radical do que a falência. Nesta, a vida social não desaparece de todo, podendo ainda a assembléia geral de acionistas, por exemplo, reunir-se para deliberar sobre a concordata suspensiva (Decreto-lei n. 2.627, art. 87, parágrafo único, alínea i; Decreto-lei n. 7.661, de

1945, art. 179, n. III). Pois até esse poder é retirado dos acionistas de uma instituição financeira insolvente, uma vez que a lei excluiu, expressamente, a possibilidade jurídica de concordata, no caso (Lei n. 4.595, de 1964, art. 45, parágrafo único).

O estabelecimento desse controle externo, com a intervenção estatal na empresa privada, não pode deixar de produzir conseqüências importantes, no que tange à responsabilidade civil do Estado pela gestão empresarial, perante os acionistas e terceiros. O legislador, pudicamente, se omitiu, nesse particular. Mas a solução não pode deixar de decorrer dos princípios gerais, como veremos em outra parte.²²

21. — Fora dessas hipóteses de intervenção estatal na empresa privada, pode o controle externo ser legitimado por normas jurídicas específicas.

O Código Civil italiano, disciplinando as participações sociais recíprocas, reconhece como sociedades controladas não somente aquelas “nas quais outra sociedade, em razão das ações ou quotas possuídas, dispõe da maioria exigida para as deliberações da assembléia ordinária”, como também “as que se acham sob a influência dominante de outra sociedade, em razão das ações ou quotas possuídas por esta ou de particulares vínculos contratuais com ela” (art. 2.359, nova redação dada pela Lei n. 216, de 6.7.1974). Não é difícil perceber até que ponto o legislador peninsular de 1942 encontrou-se nesse passo — *data venia* do jogo de palavras — sob a “influência dominante” do direito societário alemão. A lei acionária germânica de 1937, regulando as relações internas do *Konzern*, previa a celebração, entre os componentes deste, de alguns contratos de ges-

22. Cf. Parte III.

tão empresarial (*Pachtvertrag*, *Betriebsueberlassungsvertrag* e *Betriebsfuehrungsvertrag*). Essa disciplina contratual do grupo econômico foi notavelmente ampliada na lei acionária de 1965 (livro terceiro), com a previsão de adequada proteção dos interesses dos acionistas minoritários da companhia dominada e dos terceiros credores, como teremos ocasião de verificar.²³

Não resta dúvida que a disciplina contratual das relações internas do grupo econômico possa aplicar-se, também, às situações de controle externo de uma sociedade por outra. Mas, na realidade, ela ocorre praticamente só nos casos de controle interno. A dominação externa constitui o elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato (*faktischer Konzern*), ou seja, não legitimado por normas jurídicas específicas.²⁴

Parece-nos, pois, que a norma do art. 2.359 do Código Civil italiano encontra aplicação não nas hipóteses de regulamentação contratual do grupo econômico, como no direito alemão, e sim naqueles casos, há pouco examinados, de dominação de fato, com base em relações de negócios.

Mas terá essa "influência dominante" *ab extra*, legitimada ou não por normas jurídicas, um sentido equívoco ao do controle interno, enquanto dominação ou senhorio, ou estaremos diante de fatos típicos (*Tatbestand*, *fattispecie*) diversos e inassimiláveis à mesma noção básica? Por outro lado, como classificar essa noção básica unitária, ou essas noções distintas, no quadro tradicional das categorias jurídicas reconhecidas pela doutrina? Ou tratar-se-á de categoria *sui generis*?

É o que tentaremos discernir no capítulo que segue.

23. Cf. Parte III.

24. Cf. Harold Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, cit., pág. 162/163.