

**Edições Anteriores**

2ª edição – 1977  
3ª edição – 1983  
4ª edição – 2005  
4ª edição – 2005 – 2ª tiragem

FÁBIO KONDER COMPARATO  
CALIXTO SALOMÃO FILHO

**O PODER DE CONTROLE  
NA  
SOCIEDADE ANÔNIMA**

5ª Edição



Rio de Janeiro  
2008

## Capítulo I

### A PALAVRA E OS SENTIDOS

1. O primeiro cuidado a se tomar, numa disquisição sobre tema ainda inabitual na ciência jurídica, é estabelecer os sentidos da palavra “controle”,<sup>1</sup> isto é, principiar pelas definições lexicais, como recomendam, com razão, os adeptos da *analytical jurisprudence*. Não se cuida, assim, em saber, de início, o que é o controle, qual a sua natureza ou a sua essência – indagações clássicas da teoria jurídica – porém, mais prudentemente, em que sentido empregamos o vocábulo, na linguagem vulgar e nos textos normativos.

Trata-se de neologismo no idioma português. Os antigos e mais conhecidos dicionaristas não o registram.<sup>2</sup> Sua origem, segundo os etimologistas, é francesa,<sup>3</sup> mas a evolução semântica, no vernáculo, sofreu nítida influência do inglês, como ocorreu, aliás, até mesmo na língua de origem.

Em francês, o primeiro emprego conhecido de *contrerole* remonta ao século XIV (de *contre*, preposição, e *role* do latim *rotulus*, que no curso do século XVI passou a ser grafado *roole*, de onde a forma atual *role*).<sup>4</sup>

- 1 Ou “Controle”, segundo a variante preconizada por alguns. Cf. L. Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1957.
- 2 Cf. A. Moraes Silva, *Dicionário da Língua Portuguesa*, fac-símile da segunda edição (1813), Rio de Janeiro, 1922; D. Vieira, *Grande Dicionário Português*, Porto, 1873. O vocábulo lampouco aparece nas primeiras edições do Caldas Aulete.
- 3 Cf. F. Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*, 2º vol., São Paulo, 1964; A. Nascentes, *Dicionário Etimológico Resumido*, Instituto Nacional do Livro, Ministério da Educação e Cultura, 1966.
- 4 Montaigne, no entanto, usa a grãfia *contreroller* e *contrerolleurs* e emprega os vocábulos no sentido de fiscalização. *El ne m'est jamais tombé en fantaisie que ce fut quelque notable commodité à la vie d'un homme d'entendement, d'avoir une vingtaine de contrerollers à sa chaise percée* (Essais, livro I, cap. XLII). *Si nous nous amusions par fois à nous considérer, et le temps que nous mettons à contreroller autrui et à connoistre les choses qui sont hors de nous, que nous l'employions à nous sonder nous mesmes, nous sentirions aisément combien toute cette notre contexture est bastie de pieces foibles et deffailantes* (*ibidem*, Livro I, Cap. LIII).

Significava um rol ou registro duplo. O verbo *contreroller*, também da mesma época, indicava, propriamente, “inscrever no registro dito controle”.<sup>5</sup> No francês arcaico, *roïe* indicava uma ou várias folhas de pergaminho ou de papel, coladas ou costuradas nas extremidades, sobre as quais escreviam-se decisões, atos, títulos, normas; de onde a denominação dada à célebre compilação de normas medievais de *Rôles d’Oléron*. Modestamente, *roïe* assumiu o sentido de papel ou parte que cada ator representa nas peças de teatro, bem como, de modo geral, a aceção de desempenho ou função.<sup>6</sup> O Dicionário da Academia Francesa<sup>7</sup> indica três aceções principais de *contrôle*: relação nominal das pessoas pertencentes a um corpo ou a uma tropa (*cel officier a été rayé des contrôles de l’armée*; *dresser le contrôle d’une compagnie*; *vous êtes porté sur le contrôle*); marca, atestando o caráter de obras de ouro ou de prata (*cette pièce de vaisselle est suspecte*; *elle n’a pas le contrôle*; *tous les ouvrages d’orfèvrerie sont soumis au contrôle*); verificação, sobretudo na linguagem administrativa (*être chargé de l’inspection et du contrôle d’une perception*; *d’une comptabilité*; *d’une caisse*).<sup>8</sup> No figurado, significa exame ou censura.

É nesse sentido básico de verificação ou fiscalização que o direito francês fala, classicamente, em *contrôle des sociétés anonymes*.<sup>9</sup>

Na língua inglesa, ao contrário, o núcleo central das diferentes aceções do vocábulo é a noção de poder ou de dominação. Fala-se, assim, em *parental control* como sinônimo do pátrio poder; alude-se à dominação do homem sobre a natureza (*man’s increasing control over nature*), sobre si mesmo (*self-control*), sobre as suas aptidões (*have control of several languages*). Num sentido mais atenuado, controle também é sinônimo de re-

gulação (*prices, wages or rent control*).<sup>10</sup> O sinônimo mais aproximado de *control* é *power*, da mesma forma que o verbo *to control*, aproxima-se de *to conduct*.

Já na língua alemã, encontramos *Kontrolle* no sentido básico francês de fiscalização, vistoria, revisão, inspeção, com o verbo correlato *Kontrollieren*. A noção de dominação é dada pelos vocábulos *Herrschaft* ou *Beherrschung*. Assim, por exemplo, no § 17 da lei acionária de 1965, fala-se de empresas subordinadas e de empresas dominantes (*Abhängige und herrschende Unternehmen*) e no § 291, do contrato de dominação entre empresas (*Beherrschungsvertrag*).

Ora, a evolução semântica, em português, foi influenciada tanto pelo francês como pelo inglês, de tal sorte que a palavra “controle” passou a significar, correntemente, não só vigilância, verificação, fiscalização, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir.<sup>11</sup> Não é, portanto, absurdo falar-se atualmente, em português, de “controle do controle”, problema aliás fundamental de toda organização social, o que sublinha fortemente a ambiguidade do termo.<sup>12</sup>

No entanto, a influência inglesa faz sentir-se, hoje, de modo preponderante nesse particular, e, aos poucos, as nossas leis passam a usar “controle” sobretudo no sentido forte de dominação, ou na aceção mais atenuada de disciplina ou regulação. Assim, para só citarmos uns poucos exemplos, respingados em fatta messe, a Lei Delegada n° 4, de 26.09.1962, declara tratar da intervenção da União no domínio econômico, para estabelecer “o controle do abastecimento” (art. 2º, II). A Lei n° 8.884/94, art. 20, § 2º, reconhece a existência de posição dominante “quando uma empresa ou

5 Cf. O. Bloch e W. V. Warburg, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Française*, Paris, 1964, verbete *roïe*.

6 É oportuno assinalar, desde já, que esses sentidos atuais do vocábulo servem para corroborar, de certa forma, a interpretação do controle societário como poder-função, como veremos no Capítulo IV desta Primeira Parte e também no Epílogo.

7 *Dicionário da Academia Francesa*, 8ª ed., 1932.

8 Litté anota, no seu dicionário, a seguinte observação: “Dans le langage politique et administratif, le contrôle est opposé à l’action: c’est un principe que le contrôle et l’action doivent être séparés” (P. Litté, *Dictionnaire de la langue française*, éditions du CAP, Monte Carlo, 1957).

9 “Le contrôle est exercé dans chaque société anonyme, par un ou plusieurs commissaires aux comptes”, dispõe o art. 50, II, da lei francesa de 3.01.03 (“Code de Commerce” – Lei n° 2003-7). O Código das Obrigações suíço, em sua versão francesa, denomina *contrôleurs* os conselheiros fiscais de uma sociedade por ações (arts. 697 e ss.).

10 O Webster’s Third New International Dictionary dá os seguintes sentidos principais à palavra: “1 – a) the act or fact of controlling, power or authority to guide or manage, directing or restraining domination; b) effective and reliable still in the use of a tool, instrument, technique or artistic medium; c) regulation or direction in the use or application of an artistic emphasis; d) reduction or regulation of wild-life population of an area by killing; e) the regulation of economic activity esp. by government directive; f) application of policies and procedures of directing, regulating and coordinating production, administration, and other business activities in a way to achieve the objectives of the enterprise; 2 – restrain, reserve; 3 – a means or method of controlling”.

11 Cf. C. Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, ed. brasileira, por Hamílcar de Garcia e Antenor Nascentes, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1958; F. Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico Proscóico da Língua Portuguesa*, cit.

12 C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, Paris, 1962, p. 105, faz a mesma observação para o francês atual.

grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa". A Lei nº 4.595, de 31.12.1964, atribui ao Banco Central do Brasil competência privativa para "exercer o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei" (art. 10, VII). A mesma lei, em seu art. 4º, XV, exclui do recolhimento compulsório, no Banco Central do Brasil, os depósitos efetuados nas instituições financeiras públicas pelas "pessoas jurídicas de direito público que lhes detenham o controle acionário". A Lei nº 6.099, de 12.09.1974, que dispôs sobre o *leasing*, sob a denominação de "arrendamento mercantil"<sup>13</sup> dispõe que "todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil" (art. 7º), distinguindo assim, claramente, o controle da fiscalização. A Lei nº 6.264, de 18.11.1975, "dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda das empresas sob controle ou com participação governamental" operando outra distinção importante entre o controle-dominância e a simples participação no capital social.<sup>14</sup>

Pois bem, é no sentido forte de poder de dominação, e não apenas no significado fraco de poder regulamentar, ou na acepção francesa de fiscalização, que a palavra "controle" passará a ser usada doravante nesta dissertação. É esta, para nos servirmos da expressão consagrada pela semiótica anglo-saxônica, a nossa definição estipulativa preliminar de controle.<sup>15</sup>

Essa advertência preambular, no entanto, precisa ser completada pelo esclarecimento do sentido que atribuímos ao controle-dominância, no âmbito da matéria que constitui o campo de ensaio do presente estudo: a sociedade anônima.

2. Ao contrário do que sucede nos demais tipos societários, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas. O legislador discriminou poderes-funções considerados fundamentais, atribuindo-os a órgãos próprios, insuprimíveis e inconfundíveis: o poder-função deliberante à assembleia geral, o poder-função administrativo à diretoria, o poder-função sindicante ao conselho fiscal. A liberdade negocial dos particulares, na organização de

uma companhia, é, pois, limitada pelo respeito devido a essa estrutura básica.

Reproduziu-se, assim, no direito privado, a mesma problemática da divisão de Poderes do direito constitucional, com o conselheiro de sua indelegabilidade. A assembleia geral tem competência privativa para deliberar sobre determinadas matérias (Lei nº 6.404, de 15.12.1976, art. 122). As atribuições conferidas pela lei aos diretores e aos fiscais não podem ser outorgadas a outro órgão, criado pela lei ou pelos estatutos (*idem*, art. 139, art. 163, § 7º).

No entanto, se cada um desses órgãos básicos é dotado de poder próprio, eles não se colocam no mesmo nível, mas organizam-se hierarquicamente. No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia geral o órgão primário, ou imediato,<sup>16</sup> que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demití-los (Lei nº 6.404, art. 122, II).<sup>17</sup> Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia, como diz o Código das Obrigações suíço (art. 698), ou o órgão supremo, como preferiu declarar a Lei Geral mexicana de sociedades mercantis (art. 178).

Poder-se-ia, aí, lembrar a distinção entre *potestas* e *imperium*, desenvolvida na experiência jurídica romana. A primeira designa um poder especializado, subordinado, limitado. Em direito público, é o poder que cabe aos governadores de províncias e aos funcionários. Em direito privado, fala-se de *patria potestas*, *matris potestas*, *tutoris potestas*, *curatoris potestas*, *dominica potestas*. O *imperium* designava, originalmente, o poder militar e, depois, o poder supremo, de que estavam investidos os principais magistrados, os cônsules, e, nos últimos tempos, o imperador propriamente dito, primeiro cidadão (*princeps*) e detentor da *auctoritas* que, outrora, pertencera ao Senado.<sup>18</sup>

16 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1977, vol. I, § 5.315, I.

17 A lei acionária atenuou o princípio ao determinar que, nos casos de bipartição administrativa, a Diretoria seja nomeada pelo Conselho de Administração (Lei nº 6.404, art. 142, II).

18 W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1965, p. 28; R. Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1935, t. 1º, nº 14, 43, 51; P. F. Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 6ª ed., Paris, 1918, pp. 19, 29, 30, 39 e 49. L. C. Colonna, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, vol. XIII, 1966), embora reconhecendo que as fontes distinguem as magistraturas superiores das inferiores pelo fato de as primeiras serem exercidas *cum imperio* e as segundas *cum potestate*, não deixa de assinalar uma certa ambigüidade dos termos, fruto sem dúvida de uma evolução semântica, ligada à história da organização política.

13 Teria havido o desejo, por parte do legislador, de distinguir o arrendamento da locação mercantil, em razão da opção de compra? Por que não dizer, como no direito francês, crédito-locação?

14 Cf. *infra* nº 6.

15 Cf. R. Robinson, *Definition*, Oxford, 1954.

Colhendo-se dos termos o seu sentido puramente abstrato, é sustentável a opinião de que essa hierarquia de poderes, na estrutura legal da sociedade anônima, reserva o *imperium* à assembleia de acionistas,<sup>19</sup> e a simples *potestas* a todos os demais órgãos, legais ou estatutários.

3. O que foi dito, porém, não significa que a assembleia geral se confunda com a própria sociedade.<sup>20</sup> Embora órgão máximo, ela não é o organismo,<sup>21</sup> e aí vai uma das diferenças fundamentais entre o regime jurídico das anônimas e o das demais sociedades, nas quais falta essa estruturação orgânica.<sup>22</sup>

Ora, quando se fala em controle no sentido de dominação, na sociedade anônima, alude-se a um poder que transcende as prerrogativas legais da própria assembleia. Daí por que uma certa doutrina o aproxima, com razão, da noção de soberania.<sup>23</sup> A comparação é feliz, pois dela se podem extrair, segundo pensamos, úteis conclusões para a definição do poder de controle nas sociedades privadas, desde que se estabeleçam, preliminarmente, algumas precisões e distinções fundamentais nessa matéria, obscurecida por séculos de controvérsia ideológica.<sup>24</sup>

19 Mesmo esse *imperium* está sujeito a mutações estruturais e comportamentais (para ambos, cf. Notas de Texto 23 e 26).

20 Cf. M. Valverde, *Sociedades por Accões*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1959, t. II, n.º 424; Pontes de Miranda, *Tratado*, cit. vol. I, § 5.319, 2.

21 A interpretação das sociedades como organismos é bem antiga na história do pensamento, parecendo remontar a Aristóteles. Ela ganhou impulso, no curso do século XIX, com o extraordinário progresso da biologia e da fisiologia, e continua oferecendo um esboço útil de compreensão da evolução social e econômica.

22 Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., vol. I, § 5.315, 1.

23 Cf. A. Berle e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, ed. Revista, Nova York, 1967, p. 66, aduzindo que, analogamente à soberania, trata-se de uma noção fúlgida (*elusive*). Na doutrina europeia, Hausmann na Alemanha (*Grundlegung des Rechts der Unternehmensamensungen*, Mannheim, 1926) e L. Mossa na Itália ("Responsabilità dell'unico socio di un'anonima in RDC", 1931, 11, p. 320) já haviam falado em sócios "soberanos" para lhes imputar uma responsabilidade subsidiária pelas dívidas da sociedade insolvente. Sobre o assunto, veja-se *infra*, n.º 135.

24 Já se viu, aliás, no controle, uma noção de direito público introduzida no direito privado em razão da institucionalização da sociedade por ações (R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1945, pp. 39 e 40, cit. por C. Champaud, *Le Pouvoir de Conscience*, cit., p. 155).

O conceito de soberania, cujas raízes se encontram na Baixa Idade Média,<sup>25</sup> foi utilizado pelos legistas do século XVI, sobretudo, como um instrumento doutrinário de independência do rei, tanto no plano interno — em relação às prerrogativas feudais da nobreza — quanto no plano internacional, relativamente às premissões hegemônicas do Imperador e do Papa. Essa dupla conotação persistiu desde então, com os riscos próprios da ambigüidade. Com efeito, internamente, o poder soberano situa-se no fecho da abóbada de uma organização hierárquica; no plano internacional, ao revés, ele implica uma posição de igualdade entre sujeitos autônomos.<sup>26</sup> Não obstante, é negável que ambas as idéias defluem de um mesmo sentido nuclear: a desvinculação de comandos alheios, ou a *soluta potestas* de que falava Bodin.

É, principalmente, no que tange à designação do titular da soberania que os riscos de ambigüidade, acima apontados, são mais graves. Se, no plano internacional, tem-se reconhecido, desde os primórdios e sem contestação, a soberania dos Estados, a determinação do soberano no plano interno tem variado no curso das épocas políticas. Assim, os teóricos da monarquia absoluta não hesitavam em atribuir a soberania ao monarca, construindo-a como autêntico *dominium* individual.<sup>27</sup> A partir de Locke e dos enciclopedistas, surge como arma de combate ideológico a idéia da soberania do povo, transformada na Revolução Francesa em soberania nacional, o que está longe de ter o mesmo significado. No curso da restauração monárquica europeia (1815-1848), os teóricos do liberalismo burguês (os chamados "doutrinários") passaram a atribuir a soberania à Constituição (a "Carta"), e os românticos alemães ao próprio Estado que, "enquanto realidade da vontade substancial, possuindo na consciência de si a individualidade elevada à sua universalidade, é o racional em si e por si", como disse

25 Na frase célebre de Beaumanoir (*Les Coutumes du Beauvaisis*), no século XI, "*chacun baron est souverain en sa baronie: le roi est souverain par dessus tous*". O rei tinha, portanto, uma posição de supremacia sobre os barões (*superioritas*), traduzida no poder de ditar normas (*ferre establissemens*), obrigatórias para todos os senhores feudais.

26 G. Chiarulli, *sovranità*, no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, 1970. É a distinção de H. Heller entre a "ordem de poder" e a "ordem contratual", em *La Soberania*, México, 1965, pp. 118 e ss.

27 Duguit observou, a respeito: "*C'est le roi lui-même, personne individuelle, qui en est titulaire (da soberania); c'est sa propriété, et la construction juridique de l'imperium royal est copiée sur celle du dominium individuel*" (apud G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris, 1949, t. II, p. 260).

Hegel.<sup>28</sup> Dentro dessa concepção, a ciência política passou a ser, naturalmente, uma teoria geral do Estado (*allgemeine Staatslehre*).

Fugiu-se assim, sempre mais, da clareza e precisão primitivas. O conceito de soberania popular partia do pressuposto de uma igualdade puramente jurídica entre os cidadãos, desdenhando a sua efetiva desigualdade econômica e social, ou seja, instaurava o princípio do homem abstrato. O poder soberano, nessa concepção, só poderia, portanto, ligar-se à supremacia numérica. Mas o primado da quantidade abstrata sobre a desigualdade qualitativa era, na verdade, quotidianamente desmentido na vida real de uma sociedade hierarquizada, que postula uma necessária "unidade decisória efetiva".<sup>29</sup> Pois, como é intuitivo, a vontade de todos não pode ser *una*, senão simbolicamente. Rousseau, aliás, percebera a dificuldade ao tentar estabelecer a distinção entre a vontade de todos e a "vontade geral", fugindo, assim, ao princípio puramente numérico.<sup>30</sup> Instaurou-se, desde então, o conhecido divórcio entre o modelo constitucional da soberania popular e a realidade política de uma dominação de classe, de igreja, de partido ou de corporação.

Por outro lado, a concepção de uma soberania estatal, no plano interno, representa, reconhecidamente, a confusão entre o soberano e o aparelho de poder institucionalizado,<sup>31</sup> confusão voluntariamente criada, por certo, como meio-termo artificial entre o ideal democrático e as exigências auto-cráticas dos grupos dominantes. O aparelho estatal não existe em si e por si, mas só encontra sentido e coerência como expressão de um poder que o transcende, e que dele se utiliza. Foi, afinal, a esse poder supremo que Aristóteles recorreu para fundar a sua conhecida classificação dos regimes políticos, e não à mera aparência de governo.<sup>32</sup>

28 F. Hegel, *Filosofia do Direito*, § 257.

29 H. Heller, *La Soberania*, cit., pp. 117/118.

30 "Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale: celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun. L'autre regarde à l'intérêt privé, et ce n'est qu'une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés, les plus et les moins qui s'entre-détruissent, restes pour somme des différences la volonté générale" (*Id. Contrat Social*, Livro II, cap. 3<sup>o</sup>).

31 Cf. G. Burdeau, *Traité*, cit., t. II, pp. 260 e ss. A crítica fundamental da teoria da soberania do Estado parece remontar a Marx.

32 A lição do estagirita foi bem compreendida por Bodin, no século XVI, que já empregava o termo soberania: "... Il faut voir, en toute République, ceux qui tiennent la souveraineté, pour juger quel est l'état, comme: si la souveraineté est en un seul Prince, nous l'appellerons Monarchie; si tout le peuple y a part, nous dirons que l'état est populaire; si il n'y a que la moindre partie du peuple, nous jugerons que l'état est aristocratique."

4. Ora, o modelo legal da sociedade por ações revelou-se, em suas metamorfoses, francamente tributário dessas diferentes concepções políticas ligadas à evolução do conceito de soberania.

A realidade de um poder supremo encarnado em alguns acionistas nomeadamente indicados, e não em todo o quadro acionário, esteve sempre presente às primeiras concepções legais. Na comandita por ações, por exemplo, que foi até fins do século passado, em alguns países, o tipo mais frequente de sociedade acionária, o poder de comando é atribuído aos gerentes ou diretores nomeados nos estatutos e demissíveis em condições excepcionais. Seu consentimento é indispensável para a alteração dos elementos básicos da organização social, notadamente no que tange ao capital. Em contrapartida, eles respondem sempre, subsidiariamente, pelas dívidas da sociedade.

A mesma concepção anônima do poder inspirou a constituição das primitivas companhias regalias ou privilegiadas de comércio. A Companhia das Índias Orientais, por exemplo, modelo de todas as que a sucederam, não previa uma assembleia geral de acionistas, mas conselhos locais em cada um dos Países Baixos. Esses conselhos designavam os 60 membros do diretório, eleitos proporcionalmente à sua participação no capital social: 20 por Amsterdã, 12 por Zelândia, 14 por Delft e Roterdã, e 14 por Home e Enkhuizen. O Diretório, por sua vez, nomeava o *collegium* ou junta governativa, composta de 17 membros, escolhidos também proporcionalmente à participação acionária, de cada conselho local.

**Nota de Texto 1** A concentração de poder nas sociedades anônimas mercantilistas deve ser entendida, pois será ela que em última instância levará à superação do sistema mercantilista. O mercantilismo é um período particular em que a principal atividade estatal é a grande empresa mercantil colonial. Esse também é o foco de interesses da burguesia mercantil nascente. Dessa conjugação de interesses e da necessidade de agregar capitais e, portanto, fazer apelo à poupança popular, nasce a empresa, sob a forma de sociedade anônima, com características muito específicas.

que: et userons de ces mots pour éviter la confusion et obscurité qui provient de la variété des gouvernements bons ou mauvais, qui ont donné à plusieurs occasion de mettre plus de trois sortes de Républiques" (*De la République*, Livro II, cap. 2). A distinção entre governo e soberania aí está, em toda explicitude.

cas e de certo modo antitéticas. São elas: a função pública, a gestão privada e o interesse coletivo.

A primeira, função pública, decorre diretamente da presença estatal supra descrita. A segunda, gestão privada, ainda que mais controversa, decorre da dominação da alta burguesia e da aristocracia a ela ligada sobre a administração das referidas companhias.<sup>33</sup> Finalmente, o interesse coletivo decorre da presença do público investidor, na época formado por pequenos poupadores, atraídos pela chancela estatal dada à grande empresa. Essa conjunção de características tão díspares é responsável pelas crises que se sucederam (algumas delas ocorrem até hoje) e também pela própria transformação histórica do sistema capitalista.

Uma primeira crise se dá entre gestão privada e interesse coletivo. Os administradores das grandes companhias coloniais, gerindo-as como coisa própria, não se preocupam, com frequência, em dar as informações mais elementares aos acionistas. Em muitos casos, sequer se preocupam em distribuir lucros.<sup>34</sup> Ainda que geradora de perturbações momentâneas entre acionistas e administradores, essa crise jamais levou ao rompimento do sistema.

33 Como bem demonstram F. Galgano (*Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 119) e A. Mignoli ("Idee e problemi nell'evoluzione della 'company' inglese" in *Rivista delle società*, 1960, pp. 669-670), essa característica existe não apenas na grande companhia da Europa continental. Nesta, o próprio privilégio real estabelece o acesso exclusivo da burguesia à administração. Mas, mesmo nas grandes companhias inglesas tidas como mais democráticas, a gestão privada ocorre não por acesso privilegiado à administração, mas pela seleção da base acionária. Assim, apesar de haver amplo acesso de todos os acionistas à administração, apenas certas camadas sociais são admitidas como acionistas.

34 Paradigmático dessa fase é o caso ocorrido em 1621 com a Companhia das Índias Ocidentais holandesa. Sem distribuir lucros e em face de pedido de informações e exibição de livros por parte de seus acionistas, a administração informou que não poderia fornecê-los, pois se encontravam nas Índias e estando a Holanda em guerra com a Espanha o transporte por mar seria impossível (A. Mignoli, "Idee e problemi nell'evoluzione della 'company' inglese", cit., p. 642).

Não é assim com a segunda. Trata-se da crise entre função pública e interesse privado, entre Estado e burguesia, na sociedade anônima colonial. Ao contrário da primeira, leva à transformação do sistema. No momento em que a presença do Estado se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista, por esse último passar a se basear em mudanças no processo tecnológico produtivo e não mais em descoberta de fontes de matérias-primas ou de novos mercados, a livre iniciativa particular, e não a participação estatal, torna-se relevante.

Não causa espanto, portanto, que a Revolução Industrial traga consigo princípios societários bastantes individualistas. Essa característica corresponde perfeitamente às necessidades da burguesia industrial da época. A sociedade passa a ser vista como coisa dos sócios. É o que prevê, por exemplo, o *Code de Commerce* francês de 1807 ao estabelecer, entre seus princípios, a absoluta autonomia da Assembleia Geral para definir o interesse social e a organização societária interna. Essa característica perdurará por toda a primeira metade do século XIX, talvez uma das fases mais individualistas de todo o direito societário. Trata-se de um período de extremo do contratualismo em matéria de sociedades anônimas, que praticamente não se repetirá na história e que permite aos controladores definir livremente não só o interesse social, mas a própria organização societária interna.

A Companhia Geral do Comércio do Brasil, criada por alvará régio de 1649, era administrada por uma Junta composta de nove deputados ou diretores, sendo oito eleitos pelos acionistas de mais de 5.000 cruzados e um designado pela municipalidade de Lisboa, mais oito conselheiros eleitos pelos comerciantes lisboetas.<sup>35</sup> Por sua vez, a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão, criada em 1755, era governada por uma Junta de Administração composta de um provedor, sete deputados e três conselheiros, eleitos por votos dos acionistas possuidores de títulos de capital no valor de pelo

35 Cf. W. M. Ferreira, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, 1955, t. III, nº 201 e ss., p. pp. 408 e ss.

menos 5.000 cruzados, mais um secretário e um artífice da Casa dos Vinte e Quatro.

Nos estatutos do primeiro Banco do Brasil, de 1808, dispunha-se que apenas os quarenta maiores acionistas constituíam a assembleia geral, devendo todos eles serem portugueses (embora fossem também admitidos acionistas brasileiros, os quais eram, pois, excluídos da participação na vida societária). Cada grupo de cinco ações dava direito a um voto, mas os votos se limitavam a quatro por pessoa.

Em todos esses exemplos, transparece nítida a distinção entre empresários e capitalistas, entre titulares do poder de comando na empresa e meros investidores de capital de risco.

Até então, a assembleia geral de acionistas era um órgão inexistente. O seu aparecimento é assinalado, em 1808, nos estatutos do primeiro Banco do Brasil, mas com a declaração de que ela seria "composta de 40 dos seus maiores capitalistas" (art. 9º). O Código Comercial de 1850, seguindo os modelos francês e português, fez total silêncio sobre as assembleias gerais ao cuidar das companhias de comércio ou sociedades anônimas no Cap. II do Título XV de sua parte primeira, obrigando o governo a disciplinar, em sucessivos Avisos Ministeriais, as atribuições desse órgão.<sup>36</sup>

A tendência ao anonimato, ou encobrimento do poder de controle, coincidindo com a consagração legislativa da assembleia geral como "órgão soberano", cujas deliberações obedecem a uma disciplina jurídica análoga à das eleições populares, só se firmou com a generalização do princípio democrático-parlamentar no Ocidente. Mas ela não suprimiu a realidade do poder na economia societária.

**Nota de Texto 2** Essa curiosa conjugação entre soberania da Assembleia Geral e realidade paralela do poder de controle decorre sem dúvida da ambigüidade supra ressaltada entre a característica aristocrática da grande companhia colonial e a natureza contratualista individualista da sociedade anônima pós-mercantilista (v. Nota de Texto 1). A prática societária brasileira do século XIX e, de resto, toda a

história societária brasileira que se seguiu são herdeiras dessa ambigüidade de fundo, que fortalece sobremaneira o poder do controlador.

5. Aliás, a definição legal dos centros de poder, no Direito atual, parece coincidir, raramente, com a realidade do poder. A declaração constitucional de que "todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido", por exemplo, tem se apresentado mais como enunciado de princípio, de valor programático, do que como disposição efetivamente vinculante na prática política, onde a noção de "povo" se revela excessivamente abstrata.<sup>37</sup> Analogamente, na pesquisa da realidade de poder, na sociedade anônima, não nos podemos contentar com a afirmação legal de que "a assembleia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento" (Lei nº 6.404, art. 121). Quem toma, de fato, as decisões em assembleia? O controle manifesta-se através dos poderes decisórios da assembleia de acionistas como necessária legitimação do seu exercício. Mas essa legitimação é meramente formal ou procedimental.

Pode mesmo ocorrer que o verdadeiro titular dos poderes decisórios não seja acionista, curvando-se, então, a assembleia geral a uma soberania externa. É o que não raro ocorre, por exemplo, quando grandes companhias, extremamente endividadas perante um banco, passam a submeter-se às decisões deste em tudo o que diz respeito à necessária reorganização empresarial. O controlador entende, no caso, que, para a satisfação de seus créditos, é muito mais conveniente agir de fora do que assumir o controle acionário, ou provocar a falência da devedora.<sup>38</sup>

De qualquer modo, a definição do poder de comando é sempre feita em função da assembleia geral, que constitui a última instância societária. Eis por que Ascarelli o definiu, sinteticamente, como "a possibilidade de uma ou mais pessoas imporem a sua decisão à assembleia da sociedade".<sup>39</sup>

36 Assim, por exemplo, o Aviso nº 153, de 30.03.1865, precisou que os aumentos de capital deveriam ser votados por acionistas reunidos em assembleia, titulares de pelo menos a metade das ações emitidas pela companhia (cf. A. Teixeira de Freitas, *Aditamentos ao Código do Commercio*, Rio de Janeiro, 1878, 1º vol., pp. 654/655).

37 Essa declaração não constava da primeira Constituição republicana. Nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, em 1934, ela foi acionada de "criação metafísica" (cf. *Posites de Miranda. Comentários à Constituição de 1967*, com a emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., São Paulo, 1970, t. I, p. 478).

38 Cf. o cap. III desta Primeira Parte.

39 T. Ascarelli, *Problemi Giuridici*, Milão, 1959, t. I, p. 267, nota 23.



Essa concepção do controle interno não é contrariada pela instituição da co-gestão empresarial, que atribui o preenchimento de parte dos cargos administrativos da companhia a representantes dos empregados. E isto, nem mesmo nos sistemas jurídicos como o britânico, que identificam o controle com o poder de determinar a composição do *board of directors*.<sup>40</sup> Em primeiro lugar, porque a co-gestão, na quase totalidade dos casos, não implica suprimir-se a preponderância dos representantes do capital nas deliberações dos órgãos de administração societária.<sup>41</sup> Ademais, porque, mesmo quando admitido o princípio da co-gestão paritária, ela não ultrapassa a esfera administrativa, deixando, portanto, intactas as prerrogativas da assembléia geral de alterar a estrutura da companhia e deliberar sobre a sua composição patrimonial, por meio de fusões, incorporações ou cisões, ou, ainda, votar a dissolução social.

**Nota de Texto 3** É inegável, por outro lado, que o controle pelos acionistas majoritários restringe-se a questões patrimoniais nas sociedades em que há co-gestão. Nas questões administrativas e mesmo nas questões relativas a planejamento empresarial, a autonomia do *Aufsichtsrat* aliada à participação paritária — ou quase paritária — leva a uma grande independência do órgão. Independência que permite a profissionalização da diretoria e o planejamento a longo prazo da sociedade. É, com efeito, a independência do Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) importante fator para que suas escolhas para os cargos da diretoria respeitem padrões eminentemente técnicos. Ao mesmo tempo, sentindo-se protegida dos interesses de curto prazo do acionista ao lucro, decorrente

40 Cf. *infra* n° 16.

41 Pela lei alemã de 4.05.1976, o presidente do conselho de administração (*Aufsichtsrat*) é sempre eleito pelos acionistas e goza do voto de qualidade. Na lei de co-gestão da indústria metalúrgica (*Montanmitbestimmungsgesetz*), de 1951, os representantes dos acionistas e os dos empregados são em igual número no conselho, devendo ambas as categorias designar, de comum acordo, mais um conselheiro, o chamado "décimo primeiro membro". Além disso o diretor de relações trabalhistas (*Arbeitsdirektor*) não pode ser designado pelo conselho de administração contra o voto da maioria dos representantes dos empregados.

da existência e independência do *Aufsichtsrat*, a diretoria preocupa-se com o planejamento da atividade e dos investimentos a longo prazo. Não por outra razão é da especial conformação da sociedade anônima que deriva a identificação de um tipo especial de capitalismo na Alemanha, o chamado capitalismo renano.<sup>42</sup> Esse tipo de capitalismo, com maior vocação para o investimento de longo prazo (sem necessidade de retorno imediato) é baseado na distinção entre decisões patrimoniais (relativas à propriedade — privativas da Assembléia Geral) e decisões estratégicas (relativas ao controle e submetidas ao *Aufsichtsrat*) as quais são atribuídas a um órgão independente do interesse dos acionistas. Trata-se, portanto, de uma versão por assim dizer mais "social" da clássica separação entre propriedade e controle de Berle e Means.

6. Podemos agora estabelecer a distinção dos três níveis nos quais se estabelece a estrutura de poder na sociedade anônima: o da participação no capital ou investimento acionário; o da direção; e o do controle.<sup>43</sup> O controle pode provir da participação no capital, mas não se confunde com ela, como acentuaremos dentro em pouco. Por outro lado, se os diretores de uma companhia não precisam ser acionistas, é escusado dizer que o controlador<sup>44</sup> nem sempre assume as funções diretivas.

42 Cf. M. Albert, *Capitalismo versus capitalismo*, São Paulo, Loyola, 1992, tradução do original *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991.

43 "In discussing problems of enterprise it is possible to distinguish between three functions: that of having interests in an enterprise, that of having power over it, and that of acting with respect to it. A single individual may fulfil, in varying degrees, any one or more of these functions" (Berle e Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, p. 112). R. Franceschelli (*Imprese e Imprenditore*, 3ª ed., Milão, 1964, pp. 68 e 113 e ss.) também distingue três "elementos simples" da empresa: direção, controle e responsabilidade, identificando este último com a participação acionária.

44 Seja nos tolerando o emprego desse neologismo bárbaro, que já começa a ser registrado nos dicionários (cf. F. Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico Prossódico da Língua Portuguesa* cit. variação "controlista").

É com base nessa triplíce distinção que o direito alemão concebeu a disciplina dos grupos de empresas (*Konzern*).<sup>45</sup> Há, assim, de um lado o grupo econômico de subordinação (*Unterrordnungskonzern*), cuja característica fundamental é a unidade de controle, e de outro, o grupo econômico de coordenação ou igualitário (*Gleichordnungskonzern*), “quando empresas juridicamente autônomas, muito embora sem relação de subordinação, são reunidas sob uma direção unitária” (Lei acionária de 1965, § 18, alínea 2).<sup>46</sup> No grupo econômico de coordenação, a unidade é de direção e não de controle. A Exposição de Motivos do citado diploma legal esclareceu que “há concentração sob uma direção unitária quando a direção grupal (*Konzernleitung*) harmoniza a política empresarial das sociedades agrupadas e as questões fundamentais da direção social de uma sociedade com as outras”, e acrescenta que “essa harmonização não pressupõe nenhum direito de comandar” (*kein Weisungsrecht*), realizando-se de preferência sob a forma maleável de um conselho consultivo comum, ou por meio de administradores comuns, na chamada “união pessoal” (*persönliche Verflechtung*).<sup>47</sup> Assim, num extremo de concentração empresarial, o direito alemão consagra o grupo societário unipessoal, em que uma companhia possui a totalidade das ações de outra sem que esta perca a sua personalidade jurídica (Lei citada, § 319 — *Eingliederung*).<sup>48</sup> Ocorre aí a completa unidade do elemento “participação acionária”. No outro extremo, encontramos a estrutura societária de cooperação que não pressupõe nem mesmo uma unidade de direção administrativa,<sup>49</sup> distinguindo-se assim do grupo igualitário.

45 O *Konzern* é sinônimo de grupo de empresas e não simplesmente de grupo societário, pois pode englobar também pessoas físicas (cf. H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, 4<sup>a</sup> ed. 1968, pp. 66 e ss.) e o próprio Estado (cf. o nosso estudo sobre os grupos societários, publicado em *Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 197, nota 1).

46 Veja-se, também, o disposto no § 291, segunda alínea, da mesma lei, ao regular os “contratos de empresa” (*Unternehmensverträge*): “Quando várias empresas, independentes entre si, estabelecem contratualmente uma direção comum, sem que isto implique a subordinação de uma parte a outra no contrato, este não se considera um contrato de dominação (*Beherrschungsvvertrag*)”.

47 Apud H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, cit., p. 69.

48 Cf. *infra* nº 11.

49 Cf. H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, cit., pp. 50, 223, 357; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., t. I, § 5.380, I.

#### Nota de Texto 4

Essas categorias societárias têm profundos efeitos concorrenciais. Do ponto de vista do direito da concorrência, diferencia-se entre estruturas societárias concentrativas ou cooperativas exatamente em função da criação de uma direção geral unitária do controlador ou então de uma mera coordenação de políticas comerciais. É certo, por outro lado, que os conceitos concorrenciais não são perfeitamente coincidentes com os utilizados no direito societário propriamente dito. Para caracterizar a concentração, substitui-se o conceito de controle pelo conceito mais amplo de influência dominante. Para caracterizar a cooperação, fala-se em influência relevante do ponto de vista concorrencial. As diferenças são marcadas a ponto de se falar hoje na existência de um direito societário concorrencial.<sup>50</sup>

É por isso que, contrariamente a uma opinião assaz difundida,<sup>51</sup> a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos, e não a unidade de controle, que só ocorre no grupo econômico de subordinação, muito embora este seja, de fato, o mais importante.<sup>52</sup>

O direito brasileiro, nessa matéria, ganhou mais coerência interna e precisão conceitual com a Lei nº 6.404, de 1976. Até então, faziam-se alusões a “grupos econômicos” ou “grupos de empresas”, sem que se esclarecesse, devidamente, o sentido técnico de tais expressões.<sup>53</sup>

50 Cf. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial — as estruturas*, cit., pp. 244 e segs.

51 Cf., por exemplo, Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., t. I, § 5.379, 3; C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration*, cit., nº 285.

52 Cf. A. P. Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés, responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires*, Genebra, 1972, pp. 3, 9, 36 e segs.

53 Assim, por exemplo, ao fixar a competência do Conselho Monetário Nacional, a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, atribuiu-lhe o poder de “determinar a porcentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas” (art. 4º, X).

O Decreto-Lei nº 1.376, de 12.12.1974, que dispõe sobre a criação de fundos de investimento constituídos com as importâncias deduzidas do imposto sobre a renda, sob a forma de incentivo fiscal, preferiu falar em “grupo de empresas coligadas” (art. 18)

Na doutrina francesa, René Houin propôs denominar "agrupamentos" as simples coligações, ou grupos societários sem unidade de controle.<sup>54</sup> A expressão não é desconhecida do vocabulário legislativo brasileiro<sup>55</sup> e, também, já foi utilizada pelo legislador português.<sup>56</sup>

Entre nós, desde antes do advento da lei de sociedades por ações de 1976, tem-se distinguido a simples coligação<sup>57</sup> do controle, entendendo-se aquela como a participação de uma sociedade no capital de outra, com ou sem reciprocidade, em condição de explicitar uma certa influência econômica, sem que esta se torne preponderante ou dominante. Neste sentido, interpretou-se o art. 135, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.627, quando falava em "sociedades controladas ou coligadas", declarando-se que a conjunção aí era alternativa e não explicativa.<sup>58</sup> A lei acionária de 1976 define as sociedades coligadas pela participação de capital de uma em outra em, no míni-

54 Cf. *Droit des Groupes de Sociétés*, editado pela Faculté des Sciences Juridiques de Rennes e a Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, sob os auspícios da Association Française des Juristes d'Entreprise e do Centre de Droit des Affaires de Rennes, 1972, pp. 209/210.

55 Cf. Lei nº 8.884, de 1994, art. 54, § 3º.

56 Decreto-Lei nº 430, de 23 de agosto de 1973, que disciplinou a constituição e organização dos "agrupamentos complementares de empresas", análogos aos *groupements d'intérêt économique* da França.

57 Costuma-se atribuir a paternidade do termo a Messineo, cf. *Società Collegata*, Pádua, 1932. Mas o direito alemão já se referia na época às *verbundene Unternehmen*.

58 Cf. *in* D. Bessone O. Andrade, "Das Societades Coligadas e Controladas", *in* RT 315/89.

A expressão "filial" já está consagrada, na lei e na doutrina, como designando a sociedade controlada, ou um estabelecimento secundário (agência, sucursal — cf. Lei nº 2.627, de 1940, art. 97, § 3º, reproduzindo o disposto no art. 53, § 4º, do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940). Na França, o art. L.233-1 do *Code de Commerce*, reproduzindo o conceito doutrinário e jurisprudencial (cf. M. Dupux, *L'entreprise et le droit*, Paris, 1957, pp. 108 e ss., C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, cit., pp. 259 e ss.), considera filial a sociedade controlada por outra a mais de 50% do capital acionário. Também no direito norte-americano, fala-se tradicionalmente em *parent companies e affiliates* para designar uma relação de controle. Entre nós, o art. 22, § 1, alínea a, da Lei nº 4.728, de 1965, emprega a expressão "filiais de empresas estrangeiras", no mesmo sentido, assim como os arts. 3, § único, 14 e 38 da Lei nº 4.131, de 3.09.1962, sobre a disciplina do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior.

Por outro lado, a Lei nº 6.404 usa a "sociedade filiada" para designar a que se inclui em "grupos de sociedades", isto é, o chamado "grupo de direito", de que falaremos adiante (Parte III, cap. 1).

mo, 10% (dez por cento), sem que haja controle (art. 243, § 1º). No direito fiscal, para efeito de avaliação de investimentos de uma pessoa jurídica em outra pelo critério da equivalência patrimonial, também é utilizado o critério da coligação. É verdade que o critério de coligação adotado é diverso, exigindo-se a participação em 20% ou mais do capital social ou a existência de alguma influência na administração (art. 384, II, do Decreto nº 3.000, de 26.03.99 — Regulamento do Imposto de Renda).

7. É mister, no entanto, ressaltar que o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente, sob a forma de participação acionária em todas as sociedades controladas. Há casos de aguda dependência externa, no suprimento de matéria-prima ou no escoamento da produção, por exemplo, os quais provocam a integração de uma sociedade em um grupo, sem participação de capital. Tal fato, evidente na onimoda experiência empresarial norte-americana, levou a administração pública e os tribunais, nos Estados Unidos, à mais larga identificação do fenômeno. Na *Regulation 12B*, da *Securities and Exchange Commission*, por exemplo, o poder de controle é definido como *the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract, or otherwise*. No caso *Joan M. Harriman et al. v. E. I. Du Pont de Nemours and Company*<sup>59</sup> um tribunal federal reconheceu que "os meios indiretos de disciplina ou influência, que podem tornar um controlador, nessa qualidade, responsável pela violação da Lei de Valores Mobiliários (*Securities Exchange Act*), não precisam ser a titularidade de ações; eles podem surgir de outras relações de negócio, da existência de administradores comuns (*interlocking directorats*), laços familiares e miríades de outros fatores".

Não se pode, neste ponto, eludir uma grave indagação: esse controle-dominância, na sociedade anônima, constitui uma noção unívoca ou plurívoca? Existirá um só ou, ao contrário, existirão vários poderes de dominação, na sociedade anônima, de sentido diverso?

Efeivamente, a análise do fenômeno não deve reduzir-se a aspectos legais, sob pena de mirar-se numa exegese estéril de palavras. O exercício do poder, em qualquer sociedade, nem sempre se ajusta ao modelo norma-

59 *Joan M. Harriman et al. v. E. I. Du Pont de Nemours and Company*, 372 F. Supp. 101 (1974).

tivo. Há poderes de fato e poderes de direito,<sup>60</sup> assim como há soberanias efetivas e soberanias meramente formais, destituídas de qualquer efetividade.<sup>61</sup> O diretor de uma companhia, que goza da confiança e da intimidade de um Ministro de Estado, do qual depende em última instância a sobrevivência da empresa, costuma exercer um poder de fato incontestável, sem correspondência com as suas prerrogativas diretoriais. O voto da empresa pública acionista, ainda que minoritária, tem um peso desproporcional à sua participação no capital da outra sociedade. A companhia fabricante de automóveis, que vende toda a sua produção a uma única empresa automobilística, não se pode dar ao luxo de contrariar as decisões desta, ou mesmo os simples desejos de seus dirigentes, ainda que em assuntos de todo estranhos às suas relações contratuais. A pequena sociedade, beneficiária do direito de utilização de marcas e de processos de produção de uma macroempresa de prestígio internacional, acha-se, normalmente, em situação de extrema dependência em relação a esta última.

60 Cf. M. Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, cit., pp. 108 e segs.

61 Preferimos denominar assim o que alguns juristas filósofos de expressão neolatina denominam "eficácia", no sentido de efetivo cumprimento da norma jurídica pelos seus destinatários, isto é, a dimensão sociológica do direito (M. Reale, *Filosofia do Direito*, 6ª ed., São Paulo, 1972, 2ª vol., nº 218 e ss.; N. Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica*, Turim, s/d, pp. 35 e ss.).

Na "teoria pura do direito", faz-se a distinção entre *Effektivität* e *Wirksamkeit*. A primeira, enquanto geral observância da norma jurídica, contrapõe-se à legitimidade; a segunda, à validade (*Geltung*). Mas a distinção não fica sempre limpa de confusões, como na passagem em que Keelsen declara que uma Constituição é eficaz quando as normas legais que lhe são conformes são, no conjunto e em regra, aplicadas e seguidas (*Eine Verfassung ist wirksam, wenn die ihr gemäss gesetzten Normen im grossen und ganzen angewendet und befolgt werden. Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960, p. 214). Em rigorosa aceção técnica, eficácia é a aptidão para produzir efeitos jurídicos, independentemente de sua efetiva produção (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., vol. V, § 505). Neste sentido, um ato inválido (nulo, por ex.) pode produzir certos efeitos jurídicos e, portanto, é limitadamente eficaz. Quanto à efetividade, no sentido próprio, cf. o ensaio de J. Carbonnier, *Efficacité et Inefficacité de la règle du droit, L'Année Sociologique*, 1957/58, p. 151; bem como C. De Visscher, *Les Efficacités du Droit International Public*, Paris, 1967. Em ensaio mais recente, N. Bobbio denominou "efetividade" a qualidade do poder político de suscitar a obediência dos comandos (*Su Principio di Legittimità, in Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Turim, 1970, p. 79, publicado originalmente, em francês, na obra coletiva *L'Idée de Legittimité*, Paris, 1967).

8. Os exemplos poderiam multiplicar-se e, certamente, calaram fundo no espírito de alguns autores. Assim, ao cabo de metuculosa análise do fenômeno do controle como elemento constitutivo do grupo societário, Michel Vanhaecke conclui tratar-se de uma noção mais de fato do que de direito, dada a extrema variabilidade de suas manifestações. E afirmando a impossibilidade de uma definição geral do controle de uma sociedade por outra, estima que o reconhecimento da existência do fato deveria ser deixado à livre apreciação dos juizes.<sup>62</sup> Claude Champaud que, em sua estupefada rese sobre o poder de concentração da sociedade por ações, critica essa indefinição doutrinária,<sup>63</sup> acaba reconhecendo, mais recentemente,<sup>64</sup> que o fenômeno pertence, realmente, àquilo que os juristas franceses sempre denominaram *domaine du fait*. E adverte que o seu reconhecimento só pode provir de indícios e presunções, e não de regras fixas e imutáveis, que constituiriam uma rede de malhas muito largas para recolher todas as manifestações do controle. Opinião semelhante já fora expressa por Ascarelli em artigo publicado em 1952.<sup>65</sup> Para ele, enquanto a participação de uma sociedade no capital de outra constitui uma relação jurídica típica, o controle não corresponde a uma situação jurídica determinada, mas a uma situação de fato, que pode derivar de várias relações jurídicas, levando-se em consideração não só o tipo de relação, como também as modalidades de fato correspondentes à situação comparativa dos diferentes interessados na vida da sociedade. Tal não significa, para Ascarelli, que o controle é uma noção juridicamente irrelevante, ou meramente econômica, pois, enquanto situação de fato, pode constituir o pressuposto de aplicação de determinadas normas (uma *condicio iuris*, diríamos nós). De qualquer modo, não estaríamos em presença de uma noção unitária, mas, ao contrário, de um termo suscetível de diversas aceções, conforme a multiplicidade das *faitspecie*.

62 M. Vanhaecke, *Les Groupes de Sociétés*, Paris, 1962, pp. 185/187.

63 C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration*, cit., pp. 154/155: "Quand, après un long effort, la réflexion juridique ne peut aboutir qu'en se reniant, on peut affirmer que son clientellement n'a été qu'un continuuel journoissement."

64 *Droit des Groupes de Sociétés*, cit., p. 29.

65 T. Ascarelli, "Riflessioni in Tema di Titoli Azionari e Società tra Società", in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1952, I, p. 385, nos *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, e reproduzido com modificações em *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955, pp. 219 e ss., especialmente p. 252.

Por outro lado, há quem negue o valor dessas distinções, pretendendo que, em qualquer situação em que se manifeste o controle na sociedade anônima é sempre o mesmo e idênticos são os problemas por ele suscitados.<sup>66</sup>

Ousamos divergir de ambas as orientações. Não se pode, a nosso ver, recusar a distinção básica entre controle interno e externo. No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembleia.<sup>67</sup> No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que não compõem quaisquer órgãos da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*). Essa distinção é importante, sobretudo naquela parte da análise jurídica que chamaríamos de dinâmica, e que constituirá objeto da terceira parte deste estudo. Tratando-se, com efeito, de definir os deveres e responsabilidades do controlador, tanto nas relações internas da sociedade como no seu relacionamento externo, não é indiferente saber se se está diante de um fenômeno de controle interno ou externo.

Por outro lado, a legitimidade de tipificar as manifestações de controle na sociedade anônima não implica, de forma alguma, o reconhecimento de uma equívocidade de sentidos em tais manifestações. Não é mister invocar aqui o *distinguo* escolástico entre essência e existência, ou as explicações kantianas sobre a forma e o conteúdo dos fenômenos, para mostrar o erro dos que se recusam a aproximar as diferentes manifestações do poder de controle em torno do sentido fundamental de dominação soberana, pouco importando que essa dominação seja exercida de fato ou de direito, isto é, legitimada ou não por institutos ou normas próprias do sistema jurídico.<sup>68</sup> Trata-se, em qualquer hipótese, de um poder originário, uno ou exclusivo e

66 Cf. G. Ferrì, *Le Società, Trattato di Diritto Civile di Filippo Kassali*, vol. 10, Turim, 1971, p. 703.

67 Num comentário de acerto publicado em 1951, Ascarelli chamou controle interno aquele que resultaria de uma participação recíproca de capital de sociedades (T. Ascarelli, *Studi in Tema di Società*, Milão, 1952, p. 150). Ulteriormente, porém, não mais retomou o conceito com esse significado.

68 O que não significa, todavia, que o controle de fato seja, necessariamente, antijurídico. Assim, por exemplo, no caso da companhia insolúvel, submetida ao poder de controle de seu principal credor, antes mesmo da execução. Não há previsão legislativa de que o credor possa, na hipótese, comandar efetivamente a sociedade, mas a sua ingerência nos negócios sociais poderá, conforme as circunstâncias, transformá-lo em sócio oculto (v. *infra* Nota de Texto 85).

geral. Originário porque não deriva de outro, nem se funda em nenhum outro, interna ou externamente. Uno ou exclusivo, porque não admite concorrentes, pela sua própria natureza. Geral porque se exerce em todos os campos e setores, sem encontrar nem admitir domínios reservados, por parte dos órgãos societários. E muito embora não seja limitado, qualidade que muitos autores, aliás, denegam à soberania política, é forçoso reconhecer que a evolução do direito, até bem pouco tempo, foi no sentido da progressiva superação dos limites do controle. A última grande limitação, consistente na proibição de alteração do objeto essencial da sociedade, caiu em nosso direito com a entrada em vigor, em 1940, do Decreto-Lei n.º 2.627.<sup>69</sup>

**Nota de Texto 5** Isso não significa que não existam limites estruturais e comportamentais relevantes ao exercício do poder de controle na própria lei das sociedades anônimas. Esses limites são os pilares sobre os quais se ergue a disciplina do poder de controle, que encarando a realidade de sua existência, têm como dever em certos casos limitá-lo ou mesmo eliminá-lo (limites estruturais), em outros casos restringir seu exercício submetendo-o à sua função (social) ou aos interesses da sociedade (limites comportamentais). Ambos serão analisados com mais detalhes a seguir (cf. *infra* respectivamente. Notas de Texto 26 e 23). Note-se que propositalmente não se incluem entre os limites aqui mencionados as hipóteses de abuso de controle. Por uma razão teórica e outra prática. Do ponto de vista teórico por constituir a disciplina do abuso algo co-natural a qualquer situação de poder dever ou mesmo a qualquer direito subjetivo, não sendo portanto específica do poder de controle. E em segundo lugar por já serem objeto de capítulo específico da versão original da presente obra.

9. Postas, assim, essas definições preliminares de conceitos, importa agora examinar, mais de espaço, as diferentes manifestações do poder de controle na sociedade anônima, seja como controle interno, seja como externo. Será o objeto dos dois capítulos seguintes.

69 A proibição constava, como sabido, do art. 128 do Decreto n.º 434, de 1891.

## Capítulo II

### 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. Embora, num caso determinado, devam participar da reunião, também, os administradores e o auditor independente, se houver (Lei nº 6.404/76, art. 134, § 1º), nas assembleias gerais só vota o acionista e, ainda assim, desde que suas ações não sejam ao portador (art. 112).

À 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 Marx<sup>1</sup> e largamente demonstrado,

1 Confira-se, por exemplo, o que escreveu Marx no livro III de *O Capital*, sessenta anos antes da publicação da pesquisa de A. A. Berle Jr e G. Means: "A produção capitalista chegou a tal ponto que o trabalho de direção geral (*Oberleitung*), completamente separado da propriedade do capital, anda à solta. Dai já não ser necessário que esse trabalho de direção geral seja desempenhado pelo capitalista. Um chefe de orquestra não precisa, minimamente, ser proprietário dos instrumentos da orquestra, e tampouco é da sua função de dirigente ter algo que ver com os salários dos demais músicos". E, mais adiante, tratando do papel do crédito na produção capitalista, enumera como uma das consequências do desenvolvimento das sociedades por ações: "Transformação do capitalista realmente atuante em um puro dirigente, administrador do capital alheio; e do proprietário do capital em puro proprietário, um simples financista (*Geldkapitalist*). Mesmo se os dividendos que ele recebe incluem os juros e lucros da empresa, ou seja, o lucro total (pois a remuneração do dirigente é, ou deveria ser, um simples salário por certo tipo de trabalho qualificado, cujo preço, no mercado de trabalho, é regulado

pela primeira 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 do controle interno em cinco espécies, que nos parece um valioso ponto de partida para a nossa discussão.<sup>2</sup>

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.

II. 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*

como o de qualquer outro trabalho), esse lucro total será percebido somente como uma forma de juros, isto é, como simples remuneração da propriedade do capital, a qual se acha doravante completamente separada da sua função no verdadeiro processo de produção (do capital), assim como essa função, na pessoa do diretor, acha-se separada da propriedade do capital. (...) Nas sociedades por ações, a função do capital está separada da propriedade do capital, da mesma forma que o trabalho acha-se separado da propriedade dos outros meios de produção e da mais-valia ("sobretabalho", *Mehrabteil*) (...). É a superação (*Aufhebung*) do modo de produção capitalista dentro do próprio modo de produção capitalista e, por conseguinte, uma contradição que se supera por si mesma (*ein sich selbst aufhebender Widerspruch*), e que representa *prima facie* um simples ponto de transição para uma nova forma de produção. É sob essa forma contraditória que (a sociedade anônima) se manifesta. Ela cria o monopólio em certas esferas e, com isto, suscita a intervenção estatal. Ela reproduz uma nova aristocracia financeira, uma nova espécie de parasitas, sob a forma de autores de projetos, fundadores e diretores meramente nominais, todo um sistema de trapaceas e fraudes sob a aparência de emissão e circulação de ações. É a produção privada fora do controle da propriedade privada" (*Es ist Privatproduktion ohne die Kontrolle des Privateigentums*) (K. Marx, *Das Kapital, Kritik des politischen Ökonomie*, 3º vol., 1, Berlim, J. H. Dietz Nachfolger, 1929, pp. 335, 382 e 384).

*owned subsidiary*. Em ambas as hipóteses, propriedade e controle reconstituem-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 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 entre sócios.

#### Nota de Texto 6

Assim, perdem o objeto normas que regulamentam, por exemplo, o direito de recesso originado de divergência de acionistas em relação a decisões tomadas pela maioria (portanto, um conflito de interesses em sentido amplo). O mesmo não se pode dizer, no entanto, em relação ao conflito de interesses em sentido próprio, i.e., aquele entre sócio e sociedade. Não há perda de eficácia das normas, mas consequências específicas do conflito. Assim, permanece aplicável às sociedades unipessoais o disposto no art. 115 da Lei nº 6.404/76. A diferença é que eventual atuação em conflito de interesses pelo sócio único em prejuízo da sociedade será fundamento para ulterior descon sideração da personalidade jurídica em favor de credores que tenham perdido a garantia patrimonial por força do conflito de interesses do controlador. Essa solução, de rigor, qualquer que seja a visão — contratualista ou institucionalista — do interesse social, demonstra o caráter nitidamente organizativo que assume as regras sobre descon sideração de personalidade jurídica na sociedade unipessoal. Constituem verdadeira limitre estrutural ao poder do controlador.<sup>3</sup>

Além disso, uma série de outras regras organizativas, que limitam indiretamente o poder do controlador, aplicam-se à sociedade unipessoal. É o caso dos dispositivos

2 A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, pp. 67 e ss.

3 V. nesse sentido C. Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 118 e segs.

que obrigam a realização de assembleia geral, previstos na lei como hipótese ampla e não excepcionada para a sociedade anônima unipessoal — subsidiária integral (arts. 121 e 122).<sup>4</sup> O mesmo se aplica para órgãos administrativos e conselho fiscal. Essa proceduralização da atividade social gera transparência das decisões societárias e controle orgânico, sendo fundamental para a identificação de eventual conflito de interesses sociedade e para a verificação e prova das condutas abusivas por parte do controlador, em detrimento da sociedade, seus dependentes e dos credores sociais.

No direito brasileiro, por exemplo, sem embargo da consagração legal do princípio majoritário, subsistem sempre algumas hipóteses em que a unanimidade é de regra. 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, mantido em vigor pelo art. 300 da Lei n° 6.404) e a sua transformação em outro tipo societário, quando não prevista no ato constitutivo ou nos estatutos (Lei n° 6.404, art. 221). Na fase constitutiva da sociedade, a maioria não tem poder para modificar, alterar ou derogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (art. 87, § 2°). Por outro lado, nem os estatutos sociais nem a assembleia geral poderão privar qualquer acionista dos direitos catalogados no art. 109, vale dizer, cada acionista detém, nessa matéria, um direito de veto.

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.<sup>5</sup> 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 jurídica (*dis-*

*regard of legal entity*), amplamente aceita pela jurisprudência alienígena, como teremos ocasião de ver,<sup>6</sup> 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 Mosca foi colher na Alemanha, ou com a idéia de “empresário oculto”, vivamente sustentada por Walter Bigiavi em longa polémica.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Esta última, comuníssima tanto aqui como alhures, já foi denominada em português sociedade de favor, equivalente à *société de faveur* 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 *contratatio in adiecto* que o legislador, sobretudo dos sistemas societários contratualistas, reluta em aceitar.

**Nota de Texto 7** Sua aceitação crescente, sobretudo em solo europeu, decorre de razões pragmáticas e também sistemáticas. Razões pragmáticas por ser hoje indubitável a relevância da limitação de responsabilidade do empreendedor individual para o estímulo às atividades da pequena e média empresa fundamental por seu turno para garantir a ocupação e o nível de emprego. Não por acaso a XIII Diretiva Comunitária em matéria societária, que reconheceu a sociedade unipessoal, insere-se no programa europeu de estímulo ao emprego.<sup>9</sup> A idéia de afastar óbices dogmáticos para um instituto objetivamente importante para o desenvolvimento econômico é tão presente na referida Diretiva que se admitiu que países que não quisessem (por apego ao dogma contratualista) adotar a forma societária poderiam introduzir em seus

4 Cf. C. Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, cit., pp. 223 e ss.

5 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” (*The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revisão, 1967, p. 67).

6 Cf. Parte III.

7 Cf. *infra* Parte III, cap. 3°.

8 Cf. F. Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, 1948.

9 Diretiva n° 89/667, in *Giornale Ufficiale delle Comunità Europee*, de 30.12.1989, L. 305.



ordenamentos a empresa individual com responsabilidade limitada.

Do ponto de vista sistemático, essa nova tendência apresenta uma mudança de atitude relativamente à vigente até meados dos anos 80, e decorreu da edição da supra mencionada Diretiva, que generalizou o reconhecimento da limitação da responsabilidade do comerciante individual no ambiente europeu.<sup>10</sup> Reconhecimento que já se vinha impondo na Europa antes da Diretiva. Com efeito, a Alemanha,<sup>11</sup> a França,<sup>12</sup> a Bélgica,<sup>13</sup> a Holanda<sup>14</sup> e a Dinamarca<sup>15</sup> já reconheciam expressamente a sociedade unipessoal com responsabilidade limitada antes da existência da Diretiva.

Do ponto de vista lógico-sistemático, a sociedade unipessoal se funda em dois grandes preceitos complementares. De um lado, a Diretiva apresenta garantias formais de separação de esferas, como realização obrigatória de assembléias gerais (mesmo com um só sócio) e arquivamento obrigatório de contratos (entre sócio único e sociedade).

A aceitação dessas garantias formais de separação de esferas como suficientes para a limitação de responsabilidade está sujeita a uma importante ressalva, que completa a lógica da disciplina.

A ressalva é que a realidade das formas é apenas presunvida. A responsabilidade limitada, na sociedade unipessoal, que dela depende é, conseqüentemente, passível de restrições.

10 A referência à sociedade com *responsabilidade limitada* é proposital, indicando tanto a sociedade anônima quanto a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

11 GmbH Novelle, de 4.07.1980, in *Bundesgesetzblatt*, 1980 (I.06.1980), I, p. 836.

12 Lei n.º 85.697 de 11.07.1985 in *Journal Officiel de la République Française - Lois et Décrets* - julho 1985 (12.07.1985), p. 7.8062.

13 Lei de 14.07.1987 in *Moniteur Belge*, julho 1987 (30.07.1987), p. 11.461.

14 Lei de 16.05.1986, in *Staatsblad*, 1986, II, n.º 275.

15 Lei n.º 371, de 13.06.1976, in *Lovtidende for Kongeriget Danmark*, 1973, A, XXIV, p. 1.063.

E ai entra o valor da teoria da desconideração da personalidade jurídica que, em matéria de sociedade unipessoal, é um complemento necessário da disciplina e constitui o segundo preceito acima mencionado. Complemento importante a ponto de autores argumentarem que foi sua aplicação ampla em muitos países que permitiu o reconhecimento legislativo da sociedade unipessoal. A teoria é vista como meio de "domesticar" a sociedade unipessoal<sup>16</sup> (sobre a teoria da desconideração, v. *infra* Nota de Texto 81).

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.<sup>17</sup> Tirante o caso especial das companhias estatais, em que a atribuição da personalidade jurídica funciona como mera técnica de desconcentração administrativa, a constituição de sociedades unipessoais por particulares é admitida, atnalmente, em todos os países da União Europeia, por força da XII Diretiva Comunitária em matéria de sociedades (Diretiva n.º 89/667, de 30 de dezembro de 1989) e na maior parte dos estados da federação norte-americana.<sup>18</sup> Na Alemanha, a lei acionária de 1965 (§§ 319 e ss.) 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

16 E. Schanze descreve metaforicamente o processo de aceitação da *Einnamengesellschaft* na Alemanha "Man kann das herrschende heutige Verständnis dahingehend zusammenfassen, dass die *Einnamengesellschaft* ein *bedenklicher*, aber *schliesslich zugelassener Wildwuchs im Recht der Kapitalgesellschaften* ist, der aber mit zunehmender *Problembewusstseinerung* endlich in dem - in *einzelnen Voraussetzungen* umstrittenen - *Durchgriffskonzept* sozusagen *domestiziert* wurde". V. E. Schanze, *Einnamengesellschaft und Durchgriffhaftung*, Frankfurt, Metzner, 1975, p. 13.

17 Cf. Angelo Grisoli, *La Società Con Uno Solo Socio*, Padova, 1971, pp. 100 e ss.; F. Correa, "O Problema das Sociedades Unipessoais", in *Estudos Jurídicos II - Direito Civil e Comercial*, Direito Criminal, Coimbra, 1969, pp. 171 e ss.

18 Até 1960, apenas quatro estados norte-americanos admitiam a criação de companhias unipessoais. Dez anos depois, esse número sextuplicou. No início da década de 80, 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 eram *wholly owned subsidiaries* ou *holding companies* controlando *wholly owned subsidiaries*.

companhia subordinada.<sup>19</sup> 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 contraiadas por esta. Não fosse, pois, esta particularidade importante, estaríamos diante de solução em tudo idêntica à da nacionalização de companhias privadas pelo Estado.

Entre nós, a regulação da "subsidiária integral", na Lei nº 6.404 (arts. 251 e ss.), parece mais inspirada na prática norte-americana da *wholly owned subsidiary* do que na legislação alemã.

No regime do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, a sociedade anônima entraria em liquidação "pela redução do número de acionistas a menos de sete, verificada em assembleia geral ordinária, e caso esse mínimo não fosse preenchido até a seguinte assembleia ordinária (art. 137, d).<sup>20</sup> Contra a opinião quase isolada de Miranda Valverde,<sup>21</sup> a doutrina tirava desse dispositivo a lição de que a companhia, reduzida a um só acionista, podia continuar a funcionar no interregno legal.<sup>22</sup> 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 quisesse — 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 patri-

19 É o que já se denominou em doutrina de "quase-fusão" (cf. N. C. Studer, *Die Quasifusion*, Berna, 1974, onde o assunto é estudado no direito suíço), e que o nosso Pontes de Miranda prefere chamar de "incorporação fática", ou "fusão fática" (*Tratado*, cit., vol. II, § 5.377, 2).

20 Atualmente, o número mínimo de acionistas é de dois (Lei nº 6.404, arts. 80, I e 206, I, d) aplicando-se a mesma argumentação a seguir desenvolvida.

21 M. Valverde, *Sociedades por Ações*, cit., t. III, nº 718, pp. 18/19. No mesmo sentido, W. S. C. Bailla, *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, 1973, II, p. 745.

22 Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., t. I, § 5.282, e t. II, § 5.349; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, vol. 4, 1973, nº 1.104, pp. 248/249; Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, 1961, vol. 4, p. 571; J. Eunápio Borges, *Curso de Direito — Comercial Terrestre*, 3ª ed., Rio de Janeiro, p. 517, nota 17; J. C. Sampaio de Lacerda, *Manual das Sociedades por Ações*, 3ª ed., nº 275.

monial.<sup>23</sup> É sintomático observar, a esse respeito, que até mesmo na França, 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.<sup>24</sup>

Preferimos falar em controle totalitário, quando nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade, quer se trate de sociedade

23 Vale a pena recordar, nesse particular, a solução alvitrada por Vivante, num anteprojeto de lei publicado em 1935 (Foro Italiano, 1935, pp. 8 e ss.):

"Art. 1º *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 deve 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 emessi, sui titoli.*

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

*Art. 2º *Le Panonima 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, del membri del comitato e del consiglio della società.**

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

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

Atualmente, como já mencionado, a tendência é a aplicação integral da disciplina societária, com base na fundada crença que a procedimentalização da atividade do controlador decorrente da disciplina societária é um importante instrumento de controle da própria separação patrimonial sociedade-sócio.

24 Lei nº 66.537, art. 9º: "*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*". Com nova redação dada pelo Código Civil francês (Code Civil), artigo 1.844-5 (atualizado pela lei de 30.12.1981), que dispõe: "*La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu*".

unipessoal, quer se esteja diante de uma companhia do tipo familiar (controle totalitário conjunto). Em tais hipóteses, a unanimidade é de rigor.

12. No entanto, historicamente, a fórmula acionária foi criada para se permitir a constituição de um vasto corpo acionário. E, efetivamente, companhias há que contam com centenas de milhares de acionistas. Nessas condições, seria totalmente desatrazado aceitar a regra contratual do consentimento unânime, nas deliberações sociais. Em todas as legislações, estabeleceu-se o princípio majoritário, notadamente em matéria de sociedade 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.

**Nota de Texto 8** Esse pressuposto vem sendo cada vez mais colocado em xeque no direito atual. Tendências societárias modernas, chamadas institucionalistas,<sup>25</sup> tendem a reconhecer de forma crescente a convivência na sociedade anônima de diversos interesses por ela afetados: acionistas, trabalhadores, comunidade em que atua. Essa convivência de interesses, reconhecida pelo art. 116, parágrafo único, da lei societária, em forma apenas de dever do controlador, acaba logicamente por levar à inclusão dos interesses afetados pela atividade da sociedade em seus órgãos. A já citada e bem-sucedida experiência alemã com a co-gestão é um bom exemplo. No Brasil, resistências ideológicas impedem ainda a adoção de modelo semelhante. O máximo que se chegou até agora foi o tímido progresso levado adiante pela Lei nº 10.303/01, que acrescentou parágrafo único ao art. 140 da lei societária, estabelecendo que o "estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta,

organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem". O valor da alteração, mais simbólico do que real, pois depende da disposição dos acionistas da companhia, consiste apenas em fazer do Conselho de Administração um órgão em teoria não mais necessariamente privativo dos acionistas.

A idéia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen,<sup>26</sup> 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 constringer a minoria e desprezar os seus interesses? Evidentemente não, desde que a minoria aceite 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.<sup>27</sup> Já lembramos a norma de que, na fase constitutiva da sociedade anônima, a maioria não tem poder para modificar, alterar ou derogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (Lei nº 6.404, art. 87, § 2º). No regime do Decreto nº 434, de 1891, 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 antigo Código Comercial, hoje revogado. Essa proibição foi depois suprimida, mas nem por isso a minoria dissidente fica des-

26 H. Kelsen, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milão, 1964, p. 191. Sucederdo à tradicional crítica aristocrática, o princípio majoritário vem sofrendo, na atualidade, uma revisão crítica de índole democrática, na sociedade política. Exemplares dessa última tendência são os ensaios de Norberto Bobbio, Claus Offe e Siro Lombardini, publicados sob o título *Democrazia, Maggioranza e Minoranza*, Bolonha (Il Mulino), 1981, onde se procuram os limites lógicos e sistemáticos da regra da decisão majoritária, numa sociedade de massas. Essa revisão crítica é parcialmente aplicável à macro-companhia de capital aberto.

27 "En effet", escreveu J. Rousseau, "s'il n'y avait point de convention antérieure, ou s'oral, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand, et d'être celui qui veut un maître ont-ils le droit de voter pour celui qui n'en veut 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 I, Cap. 5º).

25 Cf. para esse conceito e a distinção entre as várias formas de institucionalismo, *infra*, Nota de Texto 70.

protegida, pois resta-lhe sempre o direito de recesso (Lei nº 6.404/76, art. 136, VI).<sup>28</sup>

Ora, tal seja a expressão dessa minoria, caberá distinguir duas ou mais subespécies de controle majoritário, isto é, fundado na maioria das ações, com ou sem direito a voto.<sup>29</sup> No Brasil, a atual lei acionária, reproduzindo disposição do Decreto-Lei nº 2.627, confere a qualquer acionista, ainda que detenha uma só ação, mesmo sem voto, o poder de convocar a assembleia geral, quando os administradores retardarem-na por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no estatuto (art. 123, parágrafo único, b).<sup>30</sup> Ademais, qualquer acionista, detentor de ações com ou sem voto, que represente meio por cento ou mais do capital social, tem o direito de obter relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia<sup>31</sup> enviou pedidos de procuração, para o fim de remeter novo pedido (art. 126, § 3º).

Nas companhias de economia mista, é assegurado à minoria o direito de eleger um dos membros do conselho de administração, se maior número não lhe couber pelo processo de voto múltiplo (art. 239). Acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital social têm direito a pedir, judicialmente, a exibição por inteiro dos livros da companhia, desde que apontem atos violadores da lei ou do estatuto, ou desde que haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer órgão da companhia (art. 105). Com a titularidade de ações representando igual porcentagem do capital social, é igualmente facultado ao acionista: a) propor a ação social de responsabilidade *uti singuli* contra os administradores, se a assembleia deliberar não promover a ação (art. 159, § 4º);<sup>32</sup> b) obter do conselho fiscal informações sobre matérias de sua competência

(art. 163, § 6º);<sup>33</sup> c) propor a ação de dissolução da companhia que não puder preencher o seu fim (art. 206, nº II, b); d) propor a ação social *uti singuli* de perdas e danos contra a sociedade controladora pelos danos causados à companhia controlada, por abuso de poder (art. 246, § 1º, a).<sup>34</sup> Com cinco por cento do capital sem direito a voto, ou dez por cento do capital votante, tem o acionista o direito potestativo de obter a instalação do conselho fiscal, nas companhias em que o seu funcionamento não for permanente (art. 161, § 2º).<sup>35</sup> Com cinco por cento do capital social, podem convocar a assembleia geral, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, ao seu pedido de convocação, desde que o pedido seja devidamente fundamentado com a indicação das matérias a serem tratadas (art. 123, parágrafo único, c). Com dez por cento do capital votante, podem: a) requerer a adoção do processo de voto múltiplo para a eleição dos membros do conselho de administração (art. 141); b) eleger, em votação separada, um membro do conselho fiscal e respectivo suplente (art. 161, § 4º, a).<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

28 O Decreto-Lei nº 2.627 falava em "mudança do objeto essencial da Sociedade" (art. 105, d), enquanto a Lei nº 6.404 refere-se, sinteticamente, à "mudança do objeto da companhia". Parece-nos que a supressão do adjetivo ampliou a incidência do direito de recesso.

29 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 Decreto-Lei nº 1.376, de 12.12.1974.

30 O Decreto-Lei nº 2.627 falava em dois meses. Não sabemos por que o legislador de 1976 tencionou em alterar a redação do Decreto-Lei de 1940 em questões menores e sem muita razão aparente.

31 A companhia, note-se bem, não os acionistas ou os administradores. Tal fato parece condicionar a regra legal à inefetividade permanente.

32 Disposição inovadora que merece elogios, pois desvincula a tutela do interesse social do interesse do acionista controlador.

33 A lei fala, aí, em "grupo de acionistas" sem referir-se necessariamente, a nosso ver, aos acordos acionários de que trata o art. 118 da Lei nº 6.404/76.

34 Aplicar-se-á a mesma regra, analogicamente, aos quotistas de sociedades controladas? Parece escusado lembrar que a distinção entre ações votantes e não votantes não coincide com a de ações ordinárias e preferenciais.

35 Pelo elenco de direitos que se acaba de expor, vê-se que o procedimento é o reparo feito à nova lei acionária de despreocupação com as minorias.

36 A. A. Bertle Jr. e G. Means reservam a expressão *joint control* para o caso de grupos com interesses radicalmente diferentes que partilham o controle (cf. *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, p. 83 e nota 26). Mas essa radical oposição de interesses parece foygada, pois o *joint control*, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência americanas mais recentes, encontra-se na base da *joint venture corporation* (cf. o amplíssimo estudo de D. Bonvicini, *Le "Joint Ventures": Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milão, Giuffrè, 1977, pp. 214 e ss.).

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.<sup>38</sup> Dos exemplos assinalados pelos prestigiosos autores — o controle piramidal ou em cadeia num grupo societário,<sup>39</sup> a existência de ações sem direito de voto, a emissão de ações com voto limitado<sup>40</sup> e o *voting trust* —<sup>41</sup> 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 *trust* não pode ser assimilado a um proprietário (*owner*), e nesse sentido 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.<sup>42</sup>

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*.<sup>43</sup>

A doutrina, sobretudo européia, muito epilogou sobre o assunto. Deblaterou-se, assim, contra a situação de absentismo da grande maioria, nas macrocompanhias, pretendendo-se que um reforço da proteção legal dos direitos do acionista,<sup>44</sup> notadamente do direito à informação sobre a situação patrimonial da sociedade,<sup>45</sup> 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 co-natural 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 empresários, que detém efetivamente o poder de comando e o exerce, seja pessoalmente, seja por intermédio de preposto 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*.<sup>46</sup>

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 multitudes, e, menos ainda, a formulação de um princípio de governo,<sup>47</sup> 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 assembleia 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 metade do capital total (Lei n° 6.404, art. 15, § 2°), salvo exceções —<sup>48</sup> e, em segunda convocação, com qualquer número (art. 125). Tratando-se de reforma estatutária, é necessária, para a validade da deliberação em assembleia, a presença de acionistas representando dois terços do capital votante em primeira convocação e qualquer número de detentores de ações votantes em segunda convocação (art. 135).

Teoricamente, portanto, um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembleia. A hipótese, aliás, nada tem de irreal; ela ocorreu efetivamente na França, e foi reconhecida como legal pelo Judiciário.<sup>49</sup>

38 A. Berle e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Lorque, Ed. Revisita, 1967, pp. 69 e ss.

39 É o que também se denomina em francês *emboitement*. 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.

40 Cf. *infra* n° 51.

41 Cf. *infra* n° 40.

42 Cf. L. Loss, *Securities Regulation*, 2ª ed., vol. 1, Boston — Toronto, Little Brown and Company, 1961, p. 14.

43 Cf. A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Ed. Revisita, Nova Lorque, 1967, cit., p. 75.

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

45 Cf. C. Heurtoux, *Le droit des actionnaires et des Epargnants*, Paris, 1961;

46 Marcello Foschini, *Il Diritto dell'Azionista all'Informazione*, Milão, 1959.

46 Cf. C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration*, pp. 239 e segs.; G. Ripert e R. Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 9ª ed., Paris, 1977, t. I, n° 711.

47 "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*).

48 Cf. *infra* n° 50.

49 Acórdão da Corte de Apelação de Paris, de 9.07.1935, publicado em *Dalloz Hebdomadaire*, 1935-561.

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 nº 4.595, de 31.12.1964, veda as 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 instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes até o segundo grau" (art. 34, III, IV e V). Por sua vez, a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, ao dispor sobre a intervenção em instituições financeiras e a sua liquidação extrajudicial, estendeu tais medidas também às pessoas jurídicas que mantêm, 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 porcentagem 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.<sup>50</sup> O *Public Utility 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 Company Act*, a porcentagem 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, controlava-a 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, dispunha 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, o Decreto-Legislativo nº 127, de 9.04.1991, alterando a redação do art. 2.359, 1, 2 e 3, *caput* do Código Civil, considerou como sociedades controladas por outra não apenas aquelas nas quais uma outra sociedade dispõe da maioria de votos nas deliberações da assembleia ordinária, mas ainda as sociedades que estão sob a influência dominante de outra por esta dispor de votos suficientes para exercitá-la ou em razão 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 (Lei nº 6.404, art. 136).

#### Nota de Texto 9

O controle minoritário e seu grau de aceitação no direito societário brasileiro são elementos importantes para a definição da natureza jurídica do controle, em especial no que toca à sua correta classificação entre posição jurídica (*Rechtsposition*) e situação de fato — cf. para tanto *infra*. Notas de Texto 13 e 22 (com crítica, nessa última, à pretensa oposição entre ambos os conceitos). Na verdade, a questão do nível de reconhecimento do controle minoritário no direito societário brasileiro é

50 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."

com frequência mal interpretada. No Brasil, a lei societária consagra o controle minoritário como princípio dentro do capital total da sociedade. A famosa regra que permitia a existência de até dois terços do capital total da empresa representados por ações preferenciais (sem voto) — art. 15, § 2º, da Lei nº 6.404/76, agora reduzida a no máximo 50% do capital total — nada mais é que a consagração legal do controle minoritário. O sistema brasileiro pode, portanto, ser caracterizado como um sistema em que há opção clara pelo controle minoritário, no que respeita o capital total da companhia.

Ora, em presença de uma opção tão clara do legislador brasileiro a favor do reconhecimento do controle minoritário, seria impossível e ilógico propugnar por um princípio majoritário absoluto dentro do capital com direito a voto. Isso significa que seria ilógico afirmar que só acionistas detentores da maioria do capital votante da companhia podem ter o seu controle.

Por outro lado, é preciso bastante cuidado ao se falar em controle minoritário dentro do capital com direito a voto. Ele é profundamente diverso do controle minoritário referido ao capital total, que foi mencionado acima. Deve-se pressupor que os adquirentes de ações com direito a voto têm interesse em compartilhar das decisões relativas aos destinos da companhia. Não são meros sócios capitalistas, que querem investir seus recursos sob administração de outrem. É preciso, portanto, respeitar em linha de princípio a vontade das majorias, desde que essas se mostrem efetivamente interessadas nos negócios sociais.

Esse é de resto o sistema da lei societária, apesar da formulação do art. 129 poder induzir, à primeira vista, à interpretação contrária. Prevê o referido dispositivo que “as deliberações da assembléia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”. Isso poderia fazer crer que não é permitida a votação por minoria dentro do capital votante.

Essa seria, no entanto, uma falsa interpretação da norma. O que o dispositivo pretende é apenas estabelecer uma regra procedimental para a Assembléia, prevenindo

que, tratando-se de Assembléia Geral, deverá votar favoravelmente a maioria dos presentes. A maioria ausente não é uma maioria, como deixam claro os arts. 125, 135 e 136 da mesma lei. O primeiro e o segundo, ao preverem quóruns especiais para a primeira convocação de Assembléias Gerais Ordinárias e Extraordinárias, deixam claro que a mesma Assembléia poderá instalar-se em segunda convocação com qualquer quórum, i. e., que pode prevalecer o voto da minoria caso a maioria esteja ausente. O último dispositivo, ao prever a obrigatoriedade da aquisição da maioria dos acionistas com direito a voto para as deliberações nele enumeradas, deixa claro, *a contrario sensu*, que as deliberações que ali não estejam enumeradas poderão ser aprovadas por acionistas representando a minoria do capital com direito a voto.

Em face de todas essas manifestações claras do legislador não é de espantar que a doutrina se negue a usar o termo acionista majoritário, afirmando que propositalmente o legislador só emprega o termo acionista controlador. A redação do art. 116 da lei societária nada mais é do que uma confirmação desse fato. Muito discutida é a existência no referido artigo de dois requisitos para a qualificação do controle: em primeiro lugar, a existência de direitos de sócio que assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na Assembléia Geral. Em segundo lugar, o uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais. Apesar de o primeiro requisito aparentemente indicar no sentido da exigência de controle majoritário, o segundo claramente é aplicável só a casos de controle minoritário. Em caso de controle majoritário, é irrelevante o uso efetivo do poder: o acionista terá *status* de controlador e as responsabilidades dele decorrentes, seja por ação ou por omissão.

Na verdade, o que há por trás dessa aparente contradição é a necessidade de relacionar a definição da *fatispecie* “controle” a ser utilizada à disciplina que deve ser aplicada.

Definições de hipóteses legais de incidência ligam-se a disciplinas do ponto de vista funcional. Assim, em se tratando de definir o controle (*fatispecie* — art. 116),

para atribuição de deveres e responsabilidades aos controladores (disciplina – art. 117), é fundamental adotar noção de controle tendo em conta a situação de fato. A maioria das hipóteses do art. 117, § 1º, refere-se a atos específicos ou atividade de duração determinada. Assim, podem ser convenientemente captados por definição que tenha em conta o controle momentâneo, de fato, ainda que, sendo minoritário, venha a mudar de mãos logo em seguida ao ato ou omissão lesiva. Diferente deve ser a concepção de controle quando a disciplina, para sua aplicação coerente, requer a consolidação de uma posição jurídica. Exemplo claro é a disciplina da alienação de controle e da oferta pública. Só há sentido em aplicá-la em relação a posições jurídicas que possam ser avaliadas como tal, inclusive do ponto de vista patrimonial. Como se verá a seguir, o controle só pode representar o valor da organização empresarial quando gerar poder estável sobre ela (cf. *infra* Nota de Texto 21). Daí por que a disciplina de alienação de controle requerer e utilizar tradicionalmente definições estáveis de poder de controle, como posição jurídica. É o que ocorria na revogada Resolução CMN nº 401/76 que, mesmo admitindo o controle minoritário, fixava critérios de duração mínima do controle que garantissem um mínimo de estabilidade, exigindo no mínimo “a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas assembleias gerais da companhia” (art. IV da Resolução CMN nº 401/76).<sup>51</sup> Na nova regulamentação, os critérios são ainda mais rígidos, exigindo o controle majoritário nos exatos e rígidos termos da lei societária (art. 116). A própria lei societária, ao tratar da alienação de controle, passou a prever expressamente na nova redação dada ao art. 254 pela Lei nº 10.303/01 (que passou a

chamar-se 254-A), resolvendo dúvida que vinha se colocando na doutrina e jurisprudência (administrativa – CVM), que na alienação de controle a cessão de participação de qualquer componente do grupo de controle constitui alienação de controle (art. 254-A, § 1º). Confirma-se, portanto, a idéia de criar critérios legais definidos de controle para o fim específico de sua alienação, criando maior previsibilidade (e, portanto, possibilidade de cálculo de valor) na alienação de controle.

Conclui-se, portanto, que a discussão controle majoritário-minoritário, mais que uma definição de hipótese legal de incidência, relaciona-se à disciplina a ser aplicada. Para aplicação da disciplina da responsabilidade, o controle minoritário é plenamente suficiente (sem afastar, é claro, a responsabilidade do majoritário por omissão) – em outras hipóteses, como a alienação de controle, em que há o requisito da estabilidade da posição, o requisito da maioria consolidada no capital votante tende a ter aplicação e interpretação maior.

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.<sup>52</sup>

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.

51 Esse foi também o critério adotado pela Regulamentação do Novo Mercado da Bovespa. Decisão acertada do ponto de vista jurídico-econômico, pois parece criar um estímulo ao investimento na companhia, favorecendo sua liquidez – vide comentário *infra*, Nota de Texto 45.

52 A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, pp. 78 e ss. No terreno da ciência política, R. Dahl (*The Concept of Power, Behavioral Sciences*, 2, julho de 1957, pp. 201/215) distingue o “potencial de controle” do “potencial de unidade” de um grupo de pessoas em determinada sociedade: “Um grupo pode ter forte potencial de controle e fraco potencial de unidade. A eficácia política real de um grupo é função de seu potencial de controle e de seu potencial de unidade. Portanto, um grupo com potencial de controle relativamente fraco, mas com forte potencial de unidade, pode ser politicamente mais eficaz que um grupo com forte potencial de controle e fraco potencial de unidade.”



A perpetuação dos administradores no poder é obtida, sobretudo, com a utilização de complexos mecanismos de representação de acionistas em assembleia (*proxy machinery*), explorando-se ao máximo o absentismo do corpo acionário.<sup>53</sup>

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 que essa supremacia do *management control* acentuara-se consideravelmente.<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup> Na verdade, o advento dessa tecnocracia empresarial, segundo alguns autores, já ocorreu, e sua ação está transformando o mundo sob os nossos olhares distraídos.<sup>56</sup> Durante o desenrolar da 2ª Guerra Mundial, o ex-trotskista 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.<sup>57</sup> 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 interes-

ses. Mitovan Djilas, outro ex-marxista, não se afastou muito desse esquema ao denunciar, no pós-guerra, a nova classe tecnocrática.<sup>58</sup>

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 assembleia geral, tornando os administradores das companhias autênticos controladores.<sup>59</sup> O procedimento parece ter sido largamente utilizado na França, antes do advento das normas legais proibitivas da reciprocidade de participação social.

Não há dúvida de que o fenômeno do controle gerencial constituiu 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 impossível 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.

Essa analogia, aliás, nos leva a apontar mais uma hipótese de controle administrativo, não recenseada em doutrina. Trata-se da situação de companhias controladas por fundações. Estas últimas representam autêntica personalização de um patrimônio sem titular, unificado tão-só pela finalidade assinalada pelo instituidor (*Zweckvermögen*). Competem aos curadores ou administradores do patrimônio fundacional, sob a tutela do Ministério Público, as decisões concernentes à gestão e disposição dos bens, da fundação, respeitadas os fins estabelecidos no ato de instituição. Nesse sentido, são autênticos controladores sem propriedade. Se uma fundação é acionista controladora de sociedade anônima, o titular do controle, em última análise, é o conjunto dos administradores da fundação.

53 Cf. *infra* n° 69.

54 Eis a tabela comparativa elaborada por R. J. Lerner, "Ownership and Control in the 200 Largest Non-financial Corporations, 1929 and 1963", *The American Economic Review*, vol. LXVI, n° 4, 1ª parte (setembro de 1966), pp. 781 e ss.

55 — *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*" (A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, pp. 312/313).

56 Cf. J. K. Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968.

57 J. Burnham, *The Managerial Revolution*, nova ed., Londres, 1962.

58 M. Djilas, *La Nouvelle Classe Dirigante*, Paris, Plon, 1957.

59 Cf. M. Vanhaecke, *Les Groupes des Sociétés*, n° 84, T. Ascarelli, *Studi in tema di Società*, cit., p. 150.

Mesmo nos Estados Unidos, porém, nem todos concordam com a realidade e a extensão do controle gerencial,<sup>60</sup> contrapondo, como disse um autor, "capitalistas sem funções" a "funcionários sem capital".<sup>61</sup> 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 funções deliberativas com as executivas propriamente ditas. Assinalou-se, outrossim, a grande extensão do fenômeno de coligação administrativa (*interlocking directorate*) nas companhias norte-americanas, como manifestação da influência indireta de umas sociedades sobre as outras, o que já suscitou uma investigação da Federal Trade Commission.<sup>62</sup> Mas, sobretudo, tem-se sustentado — sem provas cabais, é verdade — que a apreçoada 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.<sup>63</sup>

Curiosamente, como observou um autor,<sup>64</sup> são os escritores de orientação marxista os que mais vigorosamente combatem essa teoria do contro-

le gerencial, que Marx, como vimos, foi o primeiro a anunciar.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

Seja como for, toda essa problemática da macrocompanhia de capital aberto apontada por Berle e Means é por ora ainda estranha à realidade brasileira. Não obstante a proverbial carência de dados estatísticos em nosso país, ninguém ainda assinou, no Brasil, a existência de companhias controladas, exclusivamente, pelos seus próprios administradores, como órgão autoperpetuante, segundo a expressão daqueles autores, em razão de extrema dispersão acionária.

**Nota de Texto 10** No Brasil, é extrema a concentração acionária. De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, emitido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2003, mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas pesquisadas estão em mãos de um único acionista, sendo que 65% das ações estão detidas pelos três maiores acionistas. Como indicado no estudo, esses números provavelmente subestimam a real concentração acionária existente no Brasil. Primeiro porque as empresas da amostra tendem a ser menos concentradas que as empresas menores e segundo porque muitas vezes os três maiores acionistas pertencem ao mesmo grupo econômico.<sup>67</sup>

60 Cf., p. ex., G. Kolko, *Wealth and Power in America*, Londres, 1962; C. Wright Mills, *The Power Elite*, Nova Iorque, Harper, 1957.

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

62 A FTC classifica os casos 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.

63 Como escreveu W. Mills, "the chief executives and the very rich are not two distinct and clearly segregated groups" (*The Power Elite*, cit.). 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, in Harvard Business Review*, jan.-fev. 1969, p. 137. É importante notar, de todo modo, que, ainda que prevalentes, representam uma porcentagem reduzida do capital das empresas, que jamais chegaram a caracterizar controle, sequer minoritário minimamente estruturado.

64 T. Nichols, *Ownership, Control & Ideology*, Londres, George Allen & Unwin, 1970, pp. 40 e ss.

65 Cf. *supra* n.º 10. Na verdade, essa separação entre propriedade e controle, na sociedade por ações, já representaria, para Marx, um largo passo em direção ao comunismo. É oportuno lembrar, nesse particular, que ao discutir a questão da comunidade de bens defendida por Platão, Aristóteles observa, na Política (Livro II, Cap. 5, 1263 a), que "quanto a classe dos que cultivam a terra é diversa da dos proprietários do solo, a maneira de tratar o problema será diferente e relativamente fácil; mas quando os lavradores trabalham para si próprios, as questões de propriedade levantarão inúmeras dificuldades".

66 Dentro dessa concepção, um dos dois elementos é feticio. "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" (*The Managerial Revolution*, cit., p. 91).

67 Pesquisa semelhante feita em outubro de 2001 por McKinsey & Company e Korn/Ferry International entre 174 empresas brasileiras (públicas ou privadas, receita mínima de US\$ 250 milhões e conselho de administração) indicou que 61% das ações

Assim sendo, é impossível imaginar em hipóteses normais um controle administrativo em sentido próprio, i.e., em ausência de um controlador ativo. Existem companhias controladas por administradores que também são acionistas (mais próprio seria dizer o inverso, i.e., acionistas que também são administradores). Essa realidade é até mesmo comum. O que praticamente existe é controle administrativo com acionariado diluído.

Por outro lado, a Lei nº 6.404 veio, em boa hora, vedar a participação recíproca entre uma companhia e suas coligadas ou controladas (art. 244).<sup>68</sup>

Resta, no entanto, a modalidade do controle administrativo exercido por fundações, prática que tem efetivamente suscitado, entre nós, alguns abusos não reprimidos.

**Nota de Texto II** Existe ainda uma nova e interessante modalidade de controle administrativo. Trata-se de solução criativa da prática societária destinada à recuperação "extrajudicial" de empresas (extrajudicial no sentido de negocial, independente da esfera judicial, não se confundindo, portanto, com a prevista nos arts. 161 e ss. da Lei nº 11.101, de 9.02.2005 — até por ser precedente a ela).

Através dela é efetivamente possível estabelecer uma quinta forma de controle, não reductível a qualquer das

ordinárias pertence, em média, a um único acionista. Se forem considerados os três maiores acionistas, esse número alcança o percentual de 85% das ações ordinárias. A pesquisa realizada concluiu que além da alta concentração do controle acionário, a essência de propriedade do controle nas empresas brasileiras: i) é caracterizada pelo controle familiar, compartilhado ou exercido por multinacionais; ii) os acionistas minoritários são pouco ativos e os seus interesses não são completamente reconhecidos; e iii) há alta sobreposição entre propriedade acionária e gestão executiva. Além disso, os conselhos de administração das empresas são compostos por conselheiros internos, representantes dos acionistas majoritários, e têm estruturas informais, com processos não definidos, e há pouca clareza na divisão dos papéis de conselho e executivo nas empresas familiares. Ressalta-se ainda que, apesar das empresas considerarem satisfatórios os níveis de transparência e comunicação com investidores do mercado financeiro e minoritários, tais níveis, segundo estes últimos, são ainda insuficientes.

quatro identificadas por Berle e Means. Trata-se do controle gerencial de direito, que não se confunde com o controle gerencial identificado pelos famosos autores, que decorre da mera diluição acionária.

A forma do estabelecimento desse tipo de controle é bastante simples. Basta prever virtualmente em estatuto, além da composição da Diretoria e do Conselho de Administração, todas as matérias relevantes para os negócios sociais, atribuindo poderes de direção desses negócios sociais aos órgãos de administração. Assim, com o poder de veto das alterações estatutárias e com o poder de eleger a maioria dos membros do Conselho, pode-se controlar a sociedade. Esses poderes são atribuídos a ações preferenciais de classe especial (*golden shares* — art. 18 da lei societária) que são, por sua vez, transferidas aos administradores.

É evidente que, nesse caso, o poder maior de decisão ficará nas mãos da administração, que não poderá ser atingida pelos acionistas. O bloqueio que pode ser feito pelos detentores da *golden share* serve para proteger a administração, mas não para exercer plenamente o controle. É por isso que se afirma que esse é um instrumento útil para a criação de uma forma de controle gerencial. Nas mãos da administração, sim, ele serve como importante instrumento para a garantia do controle (gerencial).

Esse instrumento é e tem sido recentemente utilizado como eficaz meio de recuperação de empresas em dificuldades. Nesses casos, frequentemente a imagem do controlador encontra-se tão desgastada que para a obtenção de crédito é fundamental não apenas uma mudança da administração, mas uma mudança de controle. A *golden share* fornece então instrumento eficaz e não excessivamente oneroso para o controlador, já que ao mesmo tempo em que garante que esse não possa influir na administração, perdendo virtualmente todos os seus poderes, não implica perda de seu "patrimônio", i.e., diluição ou redução de sua participação de capital na companhia.

A questão jurídica que resta nesse caso é indagar quem deverá ser caracterizado como controlador, segundo o

art. 116, para fins de aplicação das regras de responsabilidade previstas no art. 117 da lei societária.

A questão é bastante delicada e a resposta é relativa. Sendo a posição do titular da *golden share* de mero bloco e nomeação dos cargos de administração, ele só poderá ser caracterizado como controlador na medida em que possa ele mesmo exercer o poder sobre a companhia, i. e., na medida em que o controle seja gerencial. Só nesse caso se pode afirmar que usa o seu poder para efetivamente dirigir as atividades sociais. Através da proteção da inamovibilidade da administração e do bloqueio a qualquer alteração estatutária que possa diminuir seus poderes, a administração estará efetivamente controlando a companhia – no sentido de “uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais” (art. 116, b). Quanto ao requisito mencionado na letra “a” do mesmo dispositivo, está preenchido enquanto requisito negativo, i. e., enquanto poder de impedir que se tomem deliberações. Há também o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.

A inexistência de direitos permanentes que assegurem a maioria nas deliberações sociais não descaracteriza o controle. Apenas impõe uma aplicação seletiva do previsto no art. 117. Evidentemente, não podem ser imputadas ao detentor da *golden share* responsabilidades por ações positivas não imputáveis ao controlador. Se o referido poder é, por disposição estatutária, atribuído ao Conselho de Administração ou à Diretoria, estará a responsabilidade vinculada à caracterização de descumprimento dos deveres fiduciários previstos no capítulo próprio da lei (arts. 153 a 160).

Exceção a essa hipótese é aquela em que a atuação da diretoria tenha se tornado possível em função do exercício do poder de veto por parte do titular da *golden share*. Exemplo é a responsabilização pela orientação geral dos negócios da Companhia para fim estranho ao objeto social (art. 117, § 1º, d), que pode existir na medida em que o exercício do poder de veto em deliberação da Assembléia, (que por hipótese visasse a reverter o negócio ou limitar os poderes da diretoria para fazê-lo), tenha permitido aos administradores realizar o

ato lesivo. Sendo um poder em última análise exercido pela minoria acionária, ele só será caracterizado em caso de ação positiva e não de omissão.

Além disso, haverá sempre a responsabilidade pela escolha dos administradores e pela colaboração com estes na prática de atos abusivos (art. 117, d e e).

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.

Até o advento da Lei nº 6.404, faltava no direito brasileiro uma definição legal de controle. Entendemos que onde as demais leis empregam essa expressão, ou outra equivalente (sociedade controlada, por exemplo), no sentido de dominação societária e não de fiscalização, sem maiores especificações, como sucede com a Lei nº 4.728, de 1965, arts. 16, § 1º, c, e 22, § 1º, c,<sup>69</sup> com a Lei nº 4.131, de 1962, art. 40,<sup>70</sup> com a Consolidação das

69 “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. 5º. § 1º 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. § 1º 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.”

70 “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.”

Leis do Trabalho, art 2º, § 2º<sup>71</sup>, com a Lei nº 6.099, de 12.09.1974, art. 10,<sup>72</sup> pode-se interpretar a norma legal como se referindo a qualquer dos tipos de controle interno que acabamos de analisar, sem exclusão *a priori*, no entanto, do controle externo.

A ausência de uma definição legal do poder do controle, no Brasil, anteriormente à Lei nº 6.404/76, era particularmente sentida em matéria de grupos societários.

Já se pretendeu, nesse campo, que a definição legal seria ilusória e mesmo nefasta, pois o conceito fixado em lei revelar-se-ia, desde logo, nessa fase de capitalismo pós-industrial, não só insuficiente, deixando de compreender todas as diferentes modalidades do fenômeno, como também rígido, conduzindo ao reconhecimento do controle onde ele efetivamente não se manifesta.<sup>73</sup> 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

71 "Art. 2º. ....

§ 2º 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."

72 "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."

73 É a opinião sustentada com vigor e brilho por C. 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 qui sont dans la société industrielle les sociétés qui servent de cadre juridique aux entreprises, rassemblent plus à des rapports féodaux qui aux rapports individualisés visés par nos codes. Gardons-nous donc de l'illusion de vouloir enfermer des phénomènes naissant dans de vicilles formules creuses. Soyons des observateurs attentifs et non des docteurs hâtifs" (in *Droit des Groupes de Sociétés*, cit., p. 36).

doutinária, e pela importante experiência legislativa nesse campo. Não menor, porém, para a harmonia e a aplicabilidade do 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 casuismo 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. Todavia, a expressão, mais alusiva do que descritiva, carece de precisão, constituindo simples diretriz ou indicação para o intérprete na análise dos elementos de fato.

**Nota de Texto 12** A expressão "influência dominante" ganha em precisão quando aplicada no direito concorrencial para indicar aquelas situações em que, mesmo sem a existência de controle no sentido societário, há o poder de dirigir a atividade e modificar estruturalmente a sociedade, produzindo efeitos de concentração econômica.<sup>74</sup> É inegável, no entanto, que dadas as dificuldades de aplicar os padrões de direito concorrencial ao direito societário (exatamente por suas diferenças de escopo), a indefinição permanece quando a expressão é utilizada em matéria societária.

O Código Civil italiano de 1942 aproximou-se desse modelo legislativo. Tratando da proibição das participações sociais, recíprocas, em seu

74 Cf. para a diferença de escopos societários e concorrenciais e sua influência sobre os respectivos conceitos C. Salomão Filho, *Direito concorrencial — as estruturas*, cit., pp. 278 e ss.

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". Notava-se aí, no entanto, uma diferença importante em relação ao modelo germânico. É que a "influência dominante" se restringia às situações de controle externo contratual.<sup>75</sup>

Ora, a Lei italiana nº 216, de 7.06.1974, 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.<sup>76</sup> O Decreto Legislativo nº 127, de 9.04.1991, que alterou novamente o art. 2.359, confirmou essa mudança de rota, doravante, consideram-se sociedades controladas não apenas "as sociedades nas quais outra dispõe da maioria de votos 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 por dispor de votos suficientes para exercitá-la ou em razão de particulares vínculos contratuais com esta".

O modelo germânico foi ainda seguido na lei sueca sobre as sociedades por ações, de 1944.<sup>77</sup> Orientação diversa tomou o legislador francês, de 1966, ao preferir fixar-se em montante matematicamente determinado de participação no capital social. A Lei nº 66.537, daquele ano, considerou que uma relação de sociedade-mãe, ou matriz, com a filial só existe quando a primeira possui mais da metade do capital desta última (art. 354).<sup>78</sup> O critério, bem se vê, é simplista, deixando de considerar qualquer

75 C. Pasternis, *Il "Controllo" nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, Milano, 1957, nº 12.

76 O Decreto Legislativo nº 127, de 9.04.1991, que alterou novamente o art. 2.359, confirmou essa mudança de rota.

77 "Se uma companhia exerce uma influência decisiva (*deciding influence*, no texto da tradução inglesa divulgada pela Svenska Rattelsbanken) 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).

78 O art. 354 da Lei nº 66.537 foi revogado (*Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4*) e substituído pelo art. L233-1 do *Code de Commerce*: "Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première".

manifestação de controle não majoritário, e nesse particular se aparta da orientação jurisprudencial seguida naquele país, que nunca se ateve 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.<sup>79</sup>

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 3.04.1972, art. 33).

No Chile, a lei sobre sociedades anônimas, de 1981, define a sociedade anônima filial como aquela em que mais da metade das ações votantes pertence a outra sociedade, ou cuja maioria dos diretores ou administradores pode ser eleita por outra sociedade (art. 86).

No sistema da Lei nº 6.404, "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 assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia 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. 116). Em outro dispositivo, a mesma lei considera "controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas,<sup>80</sup> é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos seus administradores" (art. 243, § 2º). Exclui-se aí, como se vê, a previsão do controle externo e do interno administrativo ou gerencial.

Tal não significa, porém, que a nova lei de companhias seja totalmente alheia ao fenômeno do controle não acionário. Ao contrário, cremos discernir uma clara previsão do fato em pelo menos um dos seus dispositivos. No art. 249, parágrafo único, ao conferir à Comissão de Valores Mobiliários

79 Cf. M. Vanhhecke, *Les Groupes des Sociétés*, cit., pp. 217 e ss.

80 Observa-se que a hipótese de incidência normativa não é, aí, o exercício do controle conjunto por pessoas físicas e sociedades. Não se podendo falar em "sociedades controladoras e controladas" deixa de aplicar-se ao caso o conjunto das normas referentes ao controle, nos Capítulos XX e XXI da lei, embora eventualmente aplicáveis as normas sobre coligação societária.

o poder de designar as sociedades a serem abrangidas pela regra da consolidação das demonstrações financeiras, o legislador de 1976 determinou "a inclusão de sociedades que, embora não controladas (entenda-se, "não controladas acionariamente", segundo a norma do art. 243, § 2º), sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia". Essa "dependência financeira" pode, obviamente, ser interpretada como controle externo, tal como o definimos no capítulo seguinte; e a "dependência administrativa" parece ser o controle gerencial.

A indagação preliminar a se fazer nessa matéria é, pois, sobre a indubitabilidade de um poder de controle acionário ou, em outras palavras, sobre a existência necessária de um acionista controlador em toda companhia. A Lei nº 6.404/76 parece admitir a hipótese negativa, pelo menos, em um passo, ao regular a confissão de falência ou o pedido de concordata em caso de urgência (art. 122, parágrafo único).

Na verdade, a possibilidade de inexistir um poder de controle efetivo, de qualquer espécie, ressalta, incontestavelmente, na hipótese de inpasso de poder de voto. É o caso da chamada "filial comum", ou companhia subsidiária de duas outras sociedades, cada qual com cinquenta por cento das ações votantes. O mesmo se diga das sociedades de família, em que esse empate de votos resulta de herança ou disposição testamentária. À falta de resolução por meio de acordo, nenhum acionista poderá fazer preponderar seus votos em assembleia. E, estando eles em divergência, não se poderá falar em controle totalitário.

Voltemos, agora, à norma definidora do art. 116 em cotejo com a do art. 243, § 2º.

A distinção entre "maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral" e "preponderância nas deliberações sociais" prende-se ao fato de que a sociedade controladora, no grupo societário, pode não ser uma anônima. Em qualquer das hipóteses, porém, a fórmula legal abrange o chamado controle minoritário, dado que não se exige a detenção da maioria do capital votante.

A norma do art. 116 prevê a ocorrência de controle conjunto,<sup>81</sup> quando se refere a "grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum". Cometeu-se, aí, o vício lógico de fazer entrar o definido na própria definição.

Esse "acordo de votos", para ser reconhecido como elemento integrante do controle, não precisa ser arquivado na companhia, como manda o art. 118. Pode, até mesmo, consistir em acordo tácito. O arquivamento representa, tecnicamente, um ônus, isto é, uma condição de exercício de direitos contra terceiros. Se o reconhecimento do poder de controle devesse ficar submetido ao arbítrio dos próprios controladores, segundo o arquivamento ou não do instrumento contratual na companhia, toda a disciplina da vida societária, fundada na realidade do poder, perderia sentido.

A segunda hipótese de controle conjunto, prevista no *caput* do art. 116, isto é, o grupo de pessoas sob controle comum, supõe que esse controlador em última instância não seja uma sociedade, pois, caso contrário, estaríamos diante de um grupo de sociedades, no qual a controladora, pela regra do art. 243, § 2º, seria a sociedade colocada no cume da pirâmide e não as que, embora submetidas ao poder de mando dessa, controlam, por sua vez, outra. Ou seja, na hipótese de incidência definida no art. 116, o controle é sempre direto e as sociedades sob controle comum são tidas, em conjunto, por controladoras. No art. 243, § 2º, despreza-se o escalão intermédio, buscando-se a sociedade controladora em último grau.

A lei fala, sabidamente, em "titular de direitos de sócio"<sup>82</sup> e não apenas em "acionistas" porque, como veremos amudamente,<sup>83</sup> a natureza jurídica de *coisa* dos valores mobiliários enseja a possibilidade de dissociação entre a titularidade, ou pertinência subjetiva das ações, e a titularidade de direitos desvinculados dela, como o de voto, segundo ocorre no usufruto ou na alienação fiduciária em garantia. Em tais hipóteses, controlador é quem tem os votos decisivos, não o proprietário das ações.

A exigência complementar do poder de eleger a maioria dos administradores da companhia tem como fonte provável o direito anglo-saxônico. No *Companies Act* britânico, de 1948,<sup>84</sup> por exemplo, a relação de subsidiariedade de uma companhia a outra é marcada pelo fato de que uma é acionista de outra e "controla a composição do seu conselho de administração".

82 A expressão "direitos de sócio", inabitual na dogmática brasileira, parece corresponder, exatamente, aos *Mitgliedschaftsrechte* da doutrina germânica.

83 Cf. *infra* n.º 59 e ss.

84 Esse diploma foi alterado pelo *Companies Act*, de 1989, que acrescentou novas hipóteses de subsidiariedade mantendo, no entanto, a supra mencionada definição em suas linhas gerais (fala-se agora em "direito de indicar ou remover a maioria de seus diretores"). Esse texto foi mantido pelo *Companies Act* de 2006.

De qualquer forma, tal exigência, na lei brasileira, soa, à primeira vista, como redundantemente, para quem é titular de direitos de sócio que já lhe asseguram, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral. O que se teve em mente, aí, ao que parece, foi a possibilidade de ocorrência de um acordo de acionistas, pelo qual o majoritário concordaria em ceder ao minoritário a maior parte dos cargos na administração social; ou a atribuição das chamadas "vantagens políticas" a classes de ações (arts. 16, III, e 18). Afigura-se-nos discutível, no entanto, que esse poder de eleger a maioria dos administradores coincide com a essência do poder de controle. É verdade que, nas *companies* inglesas, a assembleia geral tem os poderes expressos nos estatutos e o *board* a competência residual, e que, nos Estados Unidos, os administradores têm até mesmo o poder de declarar dividendos. Mas, no direito brasileiro, a competência privativa dos administradores (arts. 142 e 144) não lhes dá o poder supremo na companhia, relativamente à assembleia geral.

Mas preponderância permanente nas deliberações sociais não significa, estritamente falando, situação majoritária prolongada no tempo. Pode alguém adquirir o controle de uma companhia, para mantê-lo por curto período, apenas. Durante este, há controle, desde que a preponderância nas deliberações sociais dependa unicamente da vontade do titular de direitos de sócio e não de acontecimentos fortuitos.

Muito delicada, sob esse aspecto, é a análise da situação acionária, em que o antagonismo completo e irredutível entre dois blocos de poder de voto equivalente seja superado por um terceiro, que funcione como desempataador, sem se vincular a nenhum dos antagonistas. Três interpretações são aí possíveis: 1) haveria controle conjunto entre o *tertius arbiter* e qualquer dos outros blocos acionários aos quais ele somasse seus votos; 2) o "fiel da balança" seria controlador único; 3) não haveria controle acionário, de espécie alguma. A objeção à primeira interpretação seria a de que nenhum dos blocos acionários antagonísticos deteria um poder permanente, no sentido acima exposto, dado que dependeria sempre, para fazer prevalecer os seus votos, da adesão do terceiro desempataador, a qual, por hipótese, seria incerta. A terceira interpretação, por sua vez, propiciaria o exercício de um poder incontestável na sociedade, sem os correspondentes deveres e responsabilidades. Inclinação-nos, portanto, pela segunda interpretação, isto é, a identificação do terceiro desempataador como titular do controle, sem embargo da objeção possível de que ele não é titular único dos votos majoritários.

### Nota de Texto 13

Aqui novamente se revela a tensão entre controle como situação de fato e posição jurídica já referida. Evidentemente, dentre as alternativas citadas *supra*, a opção pela segunda hipótese, em detrimento da primeira, revela uma preferência pela idéia de posição jurídica. Existem, no entanto, óbices à aplicação generalizada dessa idéia. O art. 116, ao mencionar o requisito do uso efetivo do poder, introduz na definição elemento de fato importante, que não pode ser desconsiderado. Admitida a relevância do poder de fato, não há porque não pesquisar em cada deliberação específica o grupo prevalente, seja os dois acionistas em conjunto (na hipótese de não haver desacordo), ou um dos acionistas e o desempataador. Nesses casos, a solução seria diferente da indicada no texto.

A exigência do uso efetivo do poder "para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia" somente se compreende, como elemento integrante da definição do controlador, em se tratando de controle minoritário. Neste, com efeito, o titular de direitos de sócio que lhe assegurariam a preponderância nas deliberações sociais, em razão da dispersão acionária, pode manter-se ausente das assembleias gerais, perdendo com isto, de fato, o comando da empresa. Já no controle de tipo majoritário, porém, o desuso ou mau uso do poder não é elemento definidor do *status*, pois ainda 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.

**Nota de Texto 14** A consequência é que, não só eventual controlador minoritário será responsável por seu poder efetivamente exercido, mas também o acionista majoritário será responsável por sua negligência no exercício do poder de controle e pelos danos que daí resultam (art. 186 c/c art. 927 do Código Civil de 2002).<sup>85</sup>

<sup>85</sup> O novo Código Civil foi instituído pela Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003.



Resumindo e concluindo, 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 titulares de direitos próprios de acionista, ou de 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, dá conta do fenômeno jurídico examinado.

### Capítulo III

## 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,<sup>1</sup> que o legislador alemão utilizou no § 15 da revogada lei acionária de 1937<sup>2</sup> e no § 17 da atual lei de 1965<sup>3</sup> para definir o liame de subordinação entre empresas; e dele também lançou mão o legislador italiano de 1942 (art. 2.359, terceira alínea) para caracterizar as situações de controle externo contratual, e a lei acionária sueca de 1944 (art. 221). O controlador, no caso, não é necessariamente membro de qualquer órgão social, mas exerce o seu poder de dominação *ab extra*.

**Nota de Texto 15** No direito societário o poder explicativo do termo *influência dominante* é bastante relativo.

Como já visto *supra* (Nota de Texto 12), em direito concorrential o termo ganha sentido. O objetivo de manter ou garantir a manutenção de estruturas de mercado consideradas desejáveis do ponto de vista econômico orienta a identificação e o tratamento jurídico do poder societário de disposição sobre unidades empresariais

1 Cf. *supra* nº 16.

2 “§ 15. 1 – Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.”

3 “§ 17. 1 – Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (Herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.”

juridicamente autônomas, ainda que economicamente dependentes.

No direito societário, a mesma preocupação com a realidade das formas, portanto com o poder de disposição sobre unidades juridicamente autônomas mas economicamente dependentes, tem escopos diversos. A preocupação é com a determinação por interesses estranhos aos interesses da sociedade dos destinos do patrimônio social. Tal escopo é, obviamente, muito mais indefinido do ponto de vista econômico e jurídico que a hoje já bem teorizada discussão sobre as estruturas concorrentiais mais convenientes. Daí porque a idéia de influência dominante no direito societário é de pouco valor explicativo. Acaba sendo necessário empreender, como faz o autor, uma análise casuística de hipóteses que podem levar ao exercício dessa influência dominante. O “controle” tanto dos rumos patrimoniais quanto dos rumos empresariais da sociedade passa a ser relevante.

O exercício efetivo desse poder, com ou sem maioria no capital, é elemento chave para aplicação da disciplina. Do ponto de vista jurídico-dogmático, de resto, o fenômeno do controle externo remete à discussão do controle como posição jurídica ou situação de fato, o que se fará a seguir (*infra*, Nota de Texto 22).

O emprego da expressão “influência”, e não “poder”, já dá idéia de que estaríamos diante de situação qualitativamente diversa da analisada no capítulo anterior. Lembremos, no prólogo, que a ciência política moderna procura distinguir a influência determinante do poder, pela ausência de sanção. Não se pode, porém, dizer que as hipóteses que a jurisprudência e a lei caracterizarão como “influência dominante” na sociedade anônima sejam, todas, despidas de sanção. O que há, como veremos, é a ausência de sanção jurídica, tudo se passando, no mais das vezes, no plano puramente fático.

De qualquer modo, convém desde logo analisar as situações de fato, pois elas se apresentam de forma bem variada.

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, muitas vezes, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial.

**Nota de Texto 16** Outras vezes, a existência de poder relevante dos credores faz com que esses pressionem para a configuração de estruturas de poder de controle gerencial ou administrativo, com empresas ou administradores especializados na gerência de empresas em crise assumindo a diretoria e o controle interno da companhia por meio da atribuição a estes de ações preferenciais da classe especial — cf. *supra* Nota de Texto 11.

São, por exemplo, frequentes 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 italiano de 1942, art. 2.352), não suprime o direito de voto do acionista caucionante, mas admite que se possa estipular “no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor caucionado ou pignoratício, votar em certas deliberações” (Lei nº 6.404, art. 113). 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 administração social. 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 e 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 à 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.

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, a operação debenturística pode tornar a companhia emitente subordinada à influência dominante da massa de debenturistas, notadamente 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. O direito brasileiro, tradicionalmente, não consagra nenhum direito de interferência dos portadores de debêntures sobre a vida societária. Apenas, na hipótese de lançamento de debêntures no mercado com a intermediação de uma instituição financeira, a Lei nº 4.728, de 1965, determinou que 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, § 4º).

Tratando-se de obrigações conversíveis em ações, a Lei nº 6.404/76 dispôs que "enquanto puder ser exercido o direito à conversão, dependerá de prévia aprovação dos debenturistas, em assembleia especial, ou de seu agente fiduciário, a alteração do estatuto para: a) mudar o objeto da companhia; b) criar ações preferenciais ou modificar as vantagens das existentes, em prejuízo das ações em que são conversíveis as debêntures" (art. 57, § 2º). Ao editar a Lei nº 6.404/76, o legislador brasileiro poderia ter-se inspirado, nessa matéria, nas disposições do direito francês, protetoras dos debenturistas. O art. 228-55 do *Code de Commerce* atribui ao representante dos debenturistas o direito de obter comunicação de todos os documentos postos à disposição dos acionistas por ocasião de uma assembleia 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. 228-65, 236-13, 238-18). 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 (artigo 228-65). 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 assembleia dos portadores de debêntures (arts. 228-72). 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.<sup>4</sup>

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, aos poucos, sendo feito pelo legislador. Assim, a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, ao regular a intervenção administrativa e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, determinou, reproduzindo o disposto no revogado Decreto-Lei nº 462, 11.11.1969, que "com o objetivo de preservar os interesses da poupança popular e a integridade do acervo das entidades submetidas à intervenção ou à 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 à liquidação extrajudicial" (art. 51 e parágrafo único). Parece óbvio que essa extensão das medidas extremas de intervenção ou de liquidação administrativa não é de se aplicar perante qualquer situação de devedora, mas somente quando esta configure uma verdadeira integração patrimonial dos sujeitos da obrigação.

O direito comercial, na verdade, possui, desde as origens,<sup>5</sup> 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 de modo mais efetivo e rápido o seu crédito, seja para apurar um lucro adicional ao estipulado pagamento do crédito: é a figura do sócio oculto. Não se trata, aqui, da situação, à qual já nos referimos,

4 G. Ripert e R. Roblot, *Traité*, t. I, nº 1.472.

5 Cf. H. Estrella, *Curso de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1973, nº 67.

6 Cf. *supra* nº 11.

do sócio ou acionista, oficial ou ostensivo, que exerce o controle totalitário ou largamente majoritário da sociedade: o chamado sócio "soberano" ou "tirano", como o denominaram alguns autores italianos.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Tal colaboração empresarial, em se tratando, sobretudo, de um credor do comerciante ostensivo, costuma, freqüentemente, transformar-se em autêntica dominação, ou controle externo.<sup>9</sup>

Esse tipo de controle externo degenera, freqüentemente, em saprofitismo. A lei acionária alemã previu, pioneiramente, a situação que denominou "aproveitamento de influência sobre a sociedade" (*Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft*), descrevendo-a como o ato de induzir, dolosamente, um administrador, procurador ou representante a agir em detrimento da sociedade, mediante abuso de influência (§ 117). O aproveitador é obrigado a ressarcir à companhia e aos acionistas os danos causados aos patrimonios respectivos. Com ele respondem, também, os administradores, procuradores ou representantes que se submeteram a essa influência abusiva. Deixou, no entanto, o legislador de prever a hipótese, nada improvável, do abuso de influência sobre o acionista controlador.<sup>10</sup>

7 A primeira expressão é de L. Mossa, "Responsabilità dell' unico socio di un'anonima", cit., II, p. 322; *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Pádua, 1957, vol. IV, pp. 357 e ss.; 461 e ss.; 616 e ss. A segunda é de W. Biglavi, "Responsabilità illimitata del socio 'tirano'", in *Foro Italiano*, 1960, I, pp. 1.180 e ss.

8 Dá por que T. Ascarelli sugeriu, para este caso, a expressão "empresário indireto ou adjunto" (cf. *Problemi Giuridici*, II, cit., p. 476).

9 A jurisprudência, no entanto, tanto aqui como alhures, não parece muito favorável ao reconhecimento do liame societário oculto. Num acórdão de 6 de janeiro de 1977, a Corte de Apelação de Paris julgou que não poderiam ser considerados "dirigentes de fato" de uma empresa falida, de acordo com o art. 99 da lei falimentar de 1967 (cf. *Infra* n° 133), os bancos que haviam concedido empréstimos à falida pouco antes da quebra, colocando à testa da empresa pessoa da sua estrita confiança, e promovendo um renomeamento dos ativos patrimoniais (cf. *Dalloz* 1977, 144 e *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1977, n° 1, pp. 140 e ss.).

10 Com a promulgação do Código Civil de 2002 a hipótese passa a se enquadrar entre os casos de abuso de direito, ora formalmente caracterizado como hipótese de ato ilícito (art. 187).

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*.<sup>11</sup> E realmente, em tais contratos, a doutrina e a 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,<sup>12</sup> 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, freqüentemente, submeter-se ao dilema de tornar-se concessionário ou cessar de comerciar.<sup>13</sup> A supremacia ou mesmo o monopólio técnico do concedente leva o concessionário a aceitar, facilmente, cláusulas contratuais pelas quais o concedente exerce permanentemente

11 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 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, primordialmente, à venda de produtos. O *franchise* é, em geral, produtor ou prestador de serviços, ao passo que o concessionário de venda age como mero distribuidor.

12 Cf. J. Guyénot, *Les Contrats de Concession Commerciale*, Paris, 1968, n°s 79 e ss.; cf., igualmente, J. Théard, "Le Concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur?", *RTDC*, 1972, p. 537 e P. Pigassou, "La distribution intégrée", in *RTDC*, 1980, n° 3, p. 473, onde a exclusividade e a fiscalização (*contrôle*) são apresentadas como critérios do contexto de "distribuição", distinguindo-o da compra e venda tradicional.

13 Cf. J. Guyénot, *Los Contratos de Concession Commerciale*, n° 333. Cf. as considerações que expendemos no artigo F. K. Comparato, "Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?", in *Ensayos e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 372.

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 determinada forma societária. Tudo isso, coberto pela sanção temível da retirada da concessão, costuma deixar os concessionários à inteira mercê dos concedentes.<sup>14</sup>

No que respeita ao *franchising*, o nosso vigente Código da Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, de 14.05.1996, 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 produtos ou serviços" (art. 139).

Não é surpreendente, em tais condições, que se tenham assimilado as relações econômico-jurídicas entre concedente e concessionário às do grupo econômico,<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

Entre nós, o Professor Rubens Requião, embora negando haver um fenômeno de integração empresarial vertical, nas relações derivadas do contrato de concessão de venda com exclusividade, admite que se possa falar, em certos casos, de uma "quase-integração".<sup>17</sup> De nossa parte, não hesitamos em afirmar a possibilidade da ocorrência de situações de autêntico controle externo do concedente sobre o concessionário, gerando inevitáveis consequências 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,

14 Cf. A. A. Berle Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, Nova Iorque, 1954, pp. 27/28, 77 e ss.

15 P. B. Cousté, no prefácio à obra de J. Guyénot, *Qu'est-ce que le franchising?*, Paris, Dunod, 1973; J. Guyénot, "La Franchise commerciale, étude comparée des systèmes de distribution Interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires", in *RTDC*, 1973, nº 2, p. 161.

16 Cf. J. Guyénot, *Les Contrats de Concession Commerciale*, cit., nº 388.

17 R. Requião, "O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade" (Concessão Comercial), in *RDM*, 1972, nova série, nº 7, p. 21.

configura autêntica dependência econômica, que pode ser aproveitada para obter a dominação dos mercados (art. 20, II, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994).

**Nota de Texto 17** A dependência econômica é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo. As duas hipóteses (dependência econômica e controle externo) não se identificam, no entanto. A primeira procura individualizar situações negociais relevantes para o direito concorrencial, já a segunda é um conceito eminentemente societário. A diferença de escopo entre esses dois ramos do direito empresarial já foi discutida (cf. *supra* Nota de Texto 15).

Ainda assim, o dispositivo da lei concorrencial alemã (§ 26, Abs 2, Satz 2 GWB), do qual se origina toda a construção teórica em torno da dependência (*Abhängigkeit*) traz hipóteses úteis para a identificação de situações de controle externo no direito societário, que vão desde o monopólio (dependência absoluta, de todos os agentes daquele mercado em relação ao monopolista) até a dependência empresarial direta (dependência relativa, de um agente em relação a outro oriunda de relações negociais específicas – exemplo: cliente – fornecedor).<sup>18</sup>

Aliás, o controle externo não deriva, apenas, de uma situação de dependência do vendedor, mas também de dependência do comprador. 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, 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 re-

18 V. a respeito C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, cit., pp. 205 e ss.

sultados 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 de Energia Atômica norte-americana reserva-se o poder de intervir não apenas nas decisões do conselho de administração da companhia privada, com a qual celebrou tais contratos, como também em quaisquer atos de gestão empresarial que digam respeito à sua execução.<sup>19</sup>

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 nº 4.544, de 26.12.2002, 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, da importação"; e também "quando uma vender à outra, mediante contrato de participação ou ajuste semelhante, produto tributado que tenha fabricado ou importado" (art. 520, III e V).<sup>20</sup>

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

O art. 762 do Código das Obrigações suíço dispõe que, nas hipóteses em que uma pessoa jurídica de direito público interno tem "um interesse público numa empresa" explorada sob a forma de companhia, os estatutos podem atribuir a essa entidade estatal, ainda que não acionista, o poder de delegar representantes em seus órgãos administrativos e de fiscalização. A responsabilidade desses administradores e fiscais delegados pelo Poder Público, perante a companhia, seus acionistas ou credores sociais, é impu-

tada à pessoa jurídica pública que os nomeou, sem prejuízo da ação regressiva contra o agente faloso. O Tribunal Federal suíço julgou que essa atribuição estatutária constitui, para a entidade estatal considerada, um direito adquirido, que lhe não pode ser retirado sem o seu consentimento.<sup>21</sup>

A mesma solução foi adotada pelo Código Civil italiano (art. 2.458), exigindo-se apenas que o Estado tenha participação societária na companhia.

Em tais hipóteses, bem se vê, a assembléia geral perde não só a prerrogativa de eleição, como igualmente a de destituição.<sup>22</sup> Há, pois, a possibilidade de dissociação entre propriedade empresarial e controle, dado que a primeira continua privada, e o segundo pode tornar-se 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 deixa de assinalar o quanto essa solução fere os princípios do capitalismo privado.

Nota de Texto 18 Aceita a tese institucional organizativa do interesse social, a idéia de introduzir outros interesses no interior da sociedade, além do interesse dos acionistas e mesmo que fora da Assembléia Geral, ganha força e consistência. Como já visto (*supra* Nota de Texto 8) a idéia institucional organizativa está presente no próprio art. 116, parágrafo único, da lei societária.

Mas não apenas aí. Também em outros dispositivos a possibilidade de recepção da idéia organizativa revela-se claramente. É o que ocorre com o art. 18, ao permitir, até certo ponto, a separação entre propriedade e controle. Afirma-se na Exposição de Motivos da lei de 1976: "O artigo 18, sancionando práticas usuais, inclusive nas participações no BNDES, autoriza a atribuição a determinadas classes de ações preferenciais do direito de eleger representantes nos órgãos de administração e o poder de veto em modificações estatutárias."

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.303/2001, em especial o novo § 7º do art. 17, a situação ficou mais

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

20 Veja-se, a respeito, o Parecer Normativo CST nº 36, de 13.05.1976, publicado no *Diário Oficial da União*, Seção I, Parte I, de 21.06.1976, p. 8.611.

21 Cf. F. Stelger, *Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse*, Lausanne, 1973, p. 218.

22 Cf. G. Fetti, *Le Società*, cit., p. 518.

clara. Poder de veto é faculdade exclusiva do ente desestabilizante. Não pode ser incluído (e essa interpretação já se impusera na vigência da lei anterior) entre os direitos políticos atribuídos às ações preferenciais pelo art. 18. O que esses dispositivos têm em comum é a tentativa de eternizar via estatuto dispositivos que muito bem e comumente, como afirma o próprio legislador, podem fazer parte de acordo de acionistas. Ao fazê-lo criam situação estrutural de divisão interna de poderes.

Pergunta-se então: é possível, a partir das referidas normas, inferir a possibilidade de transferência de controle da companhia? A resposta é mais complexa do que à primeira vista possa parecer. O objetivo explícito da norma, como já referido, era possibilitar que sócios predominantemente capitalistas, como grandes bancos estatais, pudessem fomentar o desenvolvimento de empresas com participação de capital que não representassem em divendramento para essas. A contrapartida era o interesse em poder participar, via poder de veto, de decisões estratégicas.

Mais recentemente ainda esse dispositivo foi usado para permitir que o Estado mantivesse o poder de participar de decisões estratégicas de empresas privatizadas, como a Vale do Rio Doce. Ai é que essa ação adquiriu o hoje já famoso *cognome* de *golden share*, exatamente pelos direitos especiais que conferia.

Essa interpretação do dispositivo está completamente de acordo com a ideia institucional organizativa que admite representação na sociedade dos interesses por ela afetados. Nos casos das ações preferenciais de classe especial emitidas quando de processos de privatização, o interesse é o público em setor estratégico desestatizado. A ação de classe especial é nesse momento um útil mecanismo regulatório-societário. Acrescenta instrumento societário à disciplina regulatória, permitindo uma co-participação do interesse público na definição dos rumos da empresa – v. a respeito das relações regulção-direito societário nas empresas públicas e de economia mista *infra* (Nota de Texto 24).

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.<sup>23</sup> 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 assembleia. 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 inconsistentes, a própria subsistência da empresa.<sup>24</sup>

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

É o que ocorre na intervenção administrativa e na liquidação extrajudicial de instituições financeiras, objeto da Lei nº 6.024, de 13.03.1974. “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. 5º). Os órgãos sociais não 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.

O estabelecimento desse controle externo, com a intervenção estatal na empresa privada, não pode deixar de produzir consequências 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.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Cf. G. Ferri, *Le Società*, cit., nº 205; G. Ripert e R. Roblot, *Traité*, cit., I, nº 1.265; J.

Hémond, F. Terré, P. Mabliat, *Sociétés Commerciales*, Paris, 1972, t. I, nº 861 e 862.

<sup>24</sup> Cf. *infra* nº 116.

<sup>25</sup> Cf. Parte III.

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 reciprocas, 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 assembleia 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 vinculados contratuais com ela" (art. 2.359, nova redação dada pelo Decreto Legislativo nº 127, de 9.04.1991). 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 gestão empresarial (*Pachvertrag*, *Betriebsueberlassungsvertrag* e *Betriebsfuhrungsvertrag*). 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.<sup>26</sup>

Não resta dúvida de 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.

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 equípoleto 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.