

A Tributação dos Lucros de Coligadas e Controladas
Társis Nametala Sarlo Jorge

Para o menino da Rua Mariz e Barros, que se transformou no menino do sobe-e-desce morros e que ficou preso dentro de mim, em cumprimento de sentença por tão singelo e inevitável delito: crescer!

Hoje há um outro menino de olhos quase negros que o enxerga no fundo dos meus olhos castanhos e desavisadamente promete liberdade. Mal sabe ele que um dia será prisioneiro também. Para esta prisão não há salvo conduto.

Do meu caminho vejo velhas casas, com suas histórias esquecidas. Vejo uma cidade que corre para o futuro esquecendo-se de si mesma. Mas se o tempo é um carrossel, sem começo nem fim, é inútil procurar o futuro, porque ele chegará de qualquer forma, contando as velhas histórias do passado, ainda que sob nova roupagem.

Há quem sinta o coração morto e enterrado no fundo do peito como se encerrado em caixão de ossos feito de encomenda. Há quem sinta o coração pulsando, mas preso no peito, como se fora gaiola viva.

Eu sinto o coração agoniado! Estou perplexo! Andamos tão distraídos em busca de nós mesmos, e agora estamos em lento e eterno desfalecimento! Mas os nossos pés não nos fazem caminhar eternamente.

*Para aquele que tem o nome do do chefe da milícia e para aquela que tem o nome daqueloutra que gerou o próprio criador! Meus referenciais de passado e de futuro. Tudo o que fiz, **fiz por ela**, tudo o que faço **faço para ele**.*

1ª PARTE: Estudo dos Conceitos Societários de Controle e Coligação

Introdução: Das Controladoras, Controladas e Coligadas na LSA

A definição dos conceitos societários de controladoras, controladas e coligadas é primordial para o estudo do nosso tema, por virtude do que dispõe o tão citado art. 110 do Código Tributário Nacional, que interdita o legislador de alterar conceitos utilizados pelo Direito Privado. Assim, uma vez estabelecido o conceito societário de controladora, controlada e coligada, será defeso ao Direito Tributário requalificar tal conceito ou fazer nele inseridas situações não contempladas pela tipologia legal societária.

I – Do Poder de Controle

Como bem ressalta Fran Martins, em matéria de estudo de poder de controle, *as dificuldades se iniciam com a própria definição da palavra "controle". Champaud, que estudou aprofundadamente a matéria, destaca que, na linguagem jurídica francesa, a palavra "controle" é ambígua, pois pode significar não só o poder de fiscalização e reforma dos atos de gestão patrimonial como, quando se refere particularmente às sociedades anônimas, no poder de dirigir a atividade social. Daí a confusão que tem dado essa palavra no direito francês, dificultando os estudiosos no entendimento da natureza jurídica do controle. Por essa razão, reconhecendo que "uma verdadeira definição da natureza jurídica do controle não pode ser tentada senão depois do estudo das técnicas jurídicas" por meio das quais o controle se exprime, o autor apresenta uma definição provisória, conceituando o "controle" como "o poder efetivo de direção dos negócios sociais"*¹. Nas linhas que se seguem tentaremos estabelecer um critério mais ou menos seguro do que vem a ser controle, para que, assim embasados, possamos definir o que é, para o Direito Societário, uma controladora, estabelecendo, assim, por virtude do art. 110 do Código Tributário Nacional, um limite intransponível para o legislador tributário.

Por outro lado, várias são as formas de exercício de controle e poder em relação a uma Sociedade Anônima. Aqui, procuraremos determinar estas hipóteses na medida de sua importância para a questão tributária.

1.1. Topologia Jurídica do Estudo do Poder de Controle

O *poder de controle*, enquanto objeto de análise do Direito seria fenômeno fático de natureza empresarial? Ou seria de natureza estritamente societária? Espraiar-se-ia também para os confins do direito concorrencial? Ou seja, em que termos e mediante que parâmetros podemos e devemos estudar o poder de controle?

O questionamento ora apresentado, ao nosso aviso, extrapola ambientes acadêmicos e desponta como de necessário deslinde para a

¹ Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume II; Tomo I; 1978.

apreciação de diversos casos que vicejam na azáfama diária das sociedades e tem conseqüências diretas para a correta compreensão do tema de aplicação do regime de TLCCE – nosso objetivo final neste trabalho.

Com relação ao que se denomina de *controle interno* ou *introverso*, parece, em primeiro plano de análise, que está isoladamente contido na sistemática legal e epistemológica do Direito Societário, enquanto conjunto de normas que rege as relações *internas* dos corpos societários. Mas assim não nos parece, em linha de estudo mais aprofundada. As questões referentes ao poder de controle societário acabam por extravasar as fronteiras do Direito Societário para ingressar no universo mais amplo do Direito Empresarial e, por fim, alcançar as franjas da regulação concorrencial.

Com isto queremos dizer que o fenômeno de controle não é um fenômeno que se possa estudar de forma completa apenas levando em consideração a regulação jurídica societária. Ele é um fenômeno também de direito empresarial. É, aliás, também um fenômeno de *natureza empresarial* desde, ao menos, o reconhecimento dos grupos econômicos de fato e também é um fenômeno de caráter concorrencial.

1.2. Espécies de Controle

1.2.1. Controle Interno na Sociedade Anônima

1.2.1.1. Conceito

Controle interno, na dicção doutrinária, é aquele *endógeno* à S/A, ou, por assim dizer, *introverso*, ou seja, exercido por pessoa, física ou jurídica, ou grupo de pessoas (físicas e/ou jurídicas) que mantenham relações entabuladas no ambiente intra-societário.

1.2.1.1.1. Controle de Formal vs. Controle Material

A Lei das Sociedades Anônimas entabula em seu art. 243 parágrafo 2º o conceito de controlada, construindo conceito assemelhado ao de *acionista controlador* previsto no art. 116 do mesmo diploma. Confirma-se o referido parágrafo 2º : *considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderancia nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*².

Em derredor deste dispositivo legal lavra-se a primeira controvérsia tangentemente ao tema ora tratado, que pode ser antecipadamente resumida em se asseverando haver divergências no que concerne à necessidade de exercício de fato de poder de controle para que este fique caracterizado ou se basta a mera detenção de ações com direito a voto suficientes para superar, ainda que por uma, os cinquenta por cento do capital com direito a voto. Assim, de acordo com Tavares Borba, *a sociedade que, de forma direta ou indireta, tem o poder de conduzir uma outra sociedade, terá nesta uma controlada, ainda que não exerça de fato esse poder*³. Veja-se que é secundado por Calixto Salomão Filho,

² José Edwaldo Tavares Borba; Direito Societário; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

³ José Edwaldo Tavares Borba; Direito Societário; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

que assevera que *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 Assembleia Geral. Em segundo lugar, o uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais*⁴. Deixa cristalino seu entendimento quando afirma que *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 *fattis-pecie* "controle" a ser utilizada à disciplina que deve ser aplicada*⁵.

Discorda dessa opinião Nelson Eizirik, ao afirmar que a *Lei das S.A., em seu art. 116, considerou 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; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia*⁶ concluindo que a caracterização do controle, nos termos da *Lei das S.A.*, pressupõe, assim, além da maioria dos votos, o uso efetivo de tal poder para dirigir os negócios da companhia⁷. Assim é que para este segmento doutrinário, o poder de controle por Companhia em relação a outra deve, para ficar caracterizado, ser efetivamente utilizado, não prevalecendo, para ele opiniões como a de Tavares Borba ou de Calixto Salomão Filho, para quem a tipificação de controle para a pessoa física e para a pessoa jurídica variam. Segundo ele, *a distinção inspira-se na constatação de que uma sociedade, considerado o profissionalismo que rege a sua atuação, não poderá deixar de exercer o poder de que dispõe*⁸. E assevera ainda mais, ou seja, que *a eventual omissão não excluirá nem reduzirá as suas responsabilidades e deveres, sem prejuízo de igual comprometimento daquele que eventualmente for o efetivo agente de controle*⁹, muito embora reconheça o autor que *esse poder, todavia, se não envolver o controle majoritário, que se afirma por si mesmo, dependerá de um exercício efetivo*¹⁰. Ainda no mesmo sentido da lição de Eizirik é a opinião esposada por Modesto Carvalhosa, ao asseverar que *a aptidão de comandar não configura controle. O que identifica*

⁴ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

⁵ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

⁶ Nelson Eizirik; Inexistência de Participação Recíproca Indireta entre Sociedades Coligadas; in *Temas de Direito Societário*; Editora Renovar; 2006.

⁷ Nelson Eizirik; Inexistência de Participação Recíproca Indireta entre Sociedades Coligadas; in *Temas de Direito Societário*; Editora Renovar; 2006.

⁸ José Edwaldo Tavares Borba; *Direito Societário*; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

⁹ José Edwaldo Tavares Borba; *Direito Societário*; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

¹⁰ José Edwaldo Tavares Borba; *Direito Societário*; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

*essa posição de privilégio e responsabilidade legal (...) é o efetivo exercício desse poder de impor a política e os quadros de administradores das sociedades direta ou indiretamente controladas*¹¹. E arremata: *ou seja, não é a possibilidade de exercício majoritário ou minoritário de comando que caracteriza o controle, mas a sua efetividade*¹².

No mesmo sentido ainda é a lição de Alfredo Lamy Filho ao ensinar que *o poder de controle não está disperso entre os acionistas: ninguém é titular de frações de controle. Consequência da adoção do princípio majoritário para presidir o funcionamento das assembleias gerais, o poder de controle só existe na pessoa do detentor da maioria votante, assegurada pela posse direta ou indireta das ações*.

Assim é que pode-se assumir que prevalece, com vantagem, a opinião de que o controle interno somente se caracteriza com o *efetivo exercício* do mesmo, não sendo, portanto, suficiente para caracterizá-lo a mera propriedade da maioria das ações com direito a voto.

Com isso se vê que o Fisco não se poderá pautar, para definir a existência ou não de controle ou ainda de quem o titulariza – se houver – no registro existente. Por outro lado, será bastante útil a observação das atas das assembleias gerais. Isto porque, conforme assevera Fábio Konder Comparato, *a definição do poder de dominação ou controle, na sociedade anônima (...) 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*.¹³

Por via de consequência, como já afirmamos, não é a mera propriedade da maioria das ações com direito a voto por uma Sociedade que a caracterizará irrevogavelmente como controladora de outra.

Um outro argumento se perfilha aos já elencados. É que o Decreto Lei 2627/1940, anterior lei de Sociedades Anônimas, não tratava da figura do acionista controlador, mas somente do acionista majoritário. Foi com a L. 6404/1976 que o direito positivo brasileiro consagrou a distinção entre ser majoritário e ser controlador, não somente no art. 243 da LSA, mas também no seu art. 116.

Comentando a distinção dos sistemas da Lei de 1940 e a de 1976, Modesto Carvalhosa assim se manifesta: *Nas figuras nitidamente diversas do majoritário e do acionista controlador assentam-se as estruturas também diversas do Decreto-Lei n. 2.627, de 1949, e da Lei n. 6.404, de 1976*¹⁴. Ressalta o referido autor que no *antigo diploma, a hegemonia dos majoritários exercia-se na assembleia geral e pressupunha a titularidade da maioria absoluta das ações votantes*¹⁵. No entanto, na atual lei, *o grupo controlador independe da proporção entre o capital por ele possuído e o capital da sociedade, para efetivamente exercer o poder na companhia. Uma minoria de ações do capital emitido pode dominar a sociedade pelo próprio fato da dispersão dos demais*

¹¹ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV; Editora Saraiva; 1997.

¹² Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV; Editora Saraiva; 1997.

¹³ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

¹⁴ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

¹⁵ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

acionistas e pela possibilidade de largo uso da emissão de preferenciais até o limite máximo de 2/3 das ações emitidas (art. 15)¹⁶. Remarca que ao estabelecer o regime de poder em torno da figura do controlador, a Lei n. 6.404, de 1976, quebra a proporção entre o risco de capital investido em ações e o poder exercitado na sociedade anônima¹⁷. Assim é que, com razão, em suas palavras, possibilita a lei vigente o exercício do poder na companhia através de um número diminuto de ações, ou seja, com uma participação de capital bem menor do que seria necessária se todas as ações ordinárias pudessem exercer o direito de voto (ordinárias e preferenciais)¹⁸. Portanto, estabelece o novo diploma, dessa maneira, o regime de concentração de poder em mãos de acionistas simplesmente organizados para a tomada e o exercício do controle e não em mãos daqueles que se dispunham, para tanto, a arriscar investimentos no capital social superiores a 50% das ações ordinárias¹⁹. O autor prossegue, explanando que o princípio do acionista majoritário em que se fundava a antiga lei é diverso do princípio do controlador. No sistema majoritário, há uma correlação direta entre risco de capital empregado e mando social. O acionista ou grupo de acionistas que assumiam maior risco de capitais investidos na companhia é que deveriam comandá-la. Assim, aqueles que possuíam mais de 50% do capital votante eram considerados pela lei como os acionistas que teriam os poderes de decisão, de indicação dos administradores e da orientação política da companhia. A assembleia geral, em consequência, era efetivamente o órgão decisório da companhia, já que nela prevalecia o sistema quantitativo de ações, traduzido pelo predomínio da maioria do capital social. Mediante a atribuição do voto a todos os acionistas titulares de ações ordinárias, davam-se aos votos majoritários totais direitos de decisão. Por outro lado, o Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, não outorgava às minorias acionárias qualquer participação institucional nas decisões da assembleia geral, em virtude mesmo do princípio majoritário de poder social²⁰. E, partindo para a análise da atual legislação, ressalta que a Lei n. 6.404, de 1976, fundamenta-se, no que respeita à estrutura do poder e às relações entre acionistas e a companhia, na figura do controlador. Define a lei o acionista ou grupo de acionistas que deve dominar a companhia²¹. Assim é que a atual legislação abandona o critério quantitativo do capital investido na sociedade como susceptível de configurar esse domínio, na medida em que cerceia o voto a grande quantidade de acionistas, ao permitir a emissão de ações preferenciais até 2/3 do total das ações emitidas (art. 15). Retira, assim, a soberania efetiva da assembleia geral, já que reduz drasticamente o colégio eleitoral que a compõe, que praticamente se constituirá apenas dos próprios controladores. Essa ideologia, de todo diversa daquela que informou o antigo diploma, funda-se no princípio da dominação societária independentemente do

¹⁶ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

¹⁷ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

¹⁸ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

¹⁹ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

²⁰ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

²¹ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

*risco de inversão de capital*²². Por isso que a *quantidade de capital subscrito em ações não mais coincide com a quantidade de ações necessárias à formação da maioria na assembleia geral, em que não votam os acionistas rendeiros e especuladores, presumivelmente titulares de preferenciais, que podem constituir a grande maioria das ações emitidas (art. 15)*²³.

Veja-se, ainda ao ensejo, a lição de Fran Martins: *não é necessário, apenas, para ser considerado como controlador, que o acionista, pessoa natural ou jurídica ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum, possua ações capazes de assegurar, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores; indispensável é que esse acionista use efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar os órgãos da companhia*²⁴. O mesmo autor ainda reafirma seu posicionamento na passagem que segue transcrita: *Necessário, contudo, é que, mesmo reconhecida a existência de uma só pessoa, física ou jurídica, ou grupo de pessoas, que detenha direitos de voto capazes de assegurar a eleição da maioria da administração ou de garantir a maioria nas assembleias da sociedade, tal acionista controlador use efetivamente o poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Pode, entretanto, uma só pessoa, física ou jurídica, ou um grupo de pessoas, ligadas por acordo de voto ou sob controle comum, possuir direitos de voto capazes de eleger a maioria da administração social sem desejar, contudo, usar esse direito para dirigir as atividades sociais ou orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Em tal caso, aquelas pessoas não podem ser consideradas como acionista controlador; e por isso, apesar de, com o seu voto, haverem eleito a maioria da administração da sociedade, não estarão sujeitas à responsabilidade própria do acionista controlador por não terem usado, efetivamente, o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia — poder que, na verdade, como acima expusemos, cabe aos órgãos da administração e não ao acionista controlador, que não tem funções específicas na sociedade*²⁵.

Ainda no mesmo sentido é a lição de Roberto Papini ao afirmar que *os requisitos para a configuração do acionista controlador são cumulativos e encontram-se enumerados no art. 116. Acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, e modo permanente, a maioria de voto 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*²⁶. Mais adiante afirma que *o acionista controlador, segundo*

²² Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

²³ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. II; Editora Saraiva; 1997.

²⁴ Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume II; Tomo I; 1978.

²⁵ Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume II; Tomo I; 1978.

²⁶ Roberto Papini; Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários; Editora Forense; 4ª ed.; 2004.

a lei, pode ser pessoa natural ou jurídica, grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum²⁷. Ainda é o autor quem define, com notável clareza para o que estamos procurando demonstrar, que o acionista controlador é um *administrador de fato da companhia*²⁸

Fica bastante claro, portanto que a mera detenção de maioria acionária não significa, por si só, a caracterização de controladora por parte da detentora. Apenas para arrematar o raciocínio, é de se ver que é a própria LSA quem equipara a Sociedade Controladora ao próprio acionista controlador, na forma do art. 246, deixando assim cristalina e clara que somente o efetivo controle é que caracteriza a condição de controladora, e não, repita-se, *ad nauseam*, a mera propriedade majoritária das ações.

Como a norma tributária menciona o *controlador* e não o majoritário, deverá o fisco tomar os cuidados necessários para não considerar como controlador aquele que não o é, ainda que seja detentor da maioria do capital social com direito a voto.

1.2.1.1.2. Majoritário e Controlador – a quem cabe o ônus probatório

Diante das assertivas acima, é de se levantar uma outra questão, a saber, se o fisco poderá presumir como controlador o majoritário, cabendo a este a prova em contrário na respectiva impugnação ao auto de infração eventualmente lavrado ou deverá o fisco produzir a prova do controle interno.

Creemos que a resposta a tal questionamento passa por uma tomada prévia de posicionamento. Para aqueles que, na esteira de Tavares Borba e Calixto Salomão, entendem que a propriedade da maioria acionária com direito a voto já coloca o proprietário como controlador, diante de tal situação fática, o fisco poderá desde logo utilizar o sistema legal de TLCCE, sem maiores questões probatórias. De outra parte, para os que se perfilham com o entendimento de Eizirik, Carvalhosa e demais, a propriedade da maioria acionária com direito a voto não terá como decorrência a situação de controle e, daí, a questão comportará um desenlace: quem deverá se desincumbir do ônus probatório: o fisco, enquanto diligenciar antes do eventual auto de infração ou o contribuinte, ainda no momento pré-eventual-autuação ou quando da sua impugnação?

1.2.1.1.3. Minoritário e Controlador

De outro lado, é possível que seja algum minoritário (pessoa física e/ou jurídica) quem exerça o controle na respectiva S/A. Assim é que uma S/A sediada no estrangeiro tenha a propriedade de suas ações com direito a voto distribuída entre várias pessoas físicas e/ou jurídicas sendo que o seu controle poderá estar, *in casu* nas mãos de alguém que, no seu quadro de acionistas, figure como acionista minoritário. Ora, será esta a Sociedade controladora, ainda que minoritária. Aliás, conforme ensina

²⁷ Roberto Papini; Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários; Editora Forense; 4ª ed.; 2004.

²⁸ Roberto Papini; Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários; Editora Forense; 4ª ed.; 2004.

Calixto Salomão Filho, 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 voto²⁹. Mais adiante, afirma de forma convicta 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 maiorias, 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 assembleia 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 Assembleia, prevendo que, tratando-se de Assembleia Geral, deverá votar favoravelmente a maioria dos presentes³⁰. Lembra que 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 Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias, deixam claro que a mesma Assembleia poderá instalar-se em segunda convocação com qualquer quorum, i. e., que pode prevalecer o voto da minoria caso a maioria esteja ausente. O último dispositivo, ao prever a obrigatoriedade da aquiescência 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 voto³¹. De forma coerente, assevera que

²⁹ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³⁰ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³¹ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

*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*³².

1.2.1.1.3. A propriedade das ações e o controle da S/A

A questão ainda merece análise por outro viés. Em item supra deixamos explicitado o vetor no sentido de que o proprietário da maioria das ações com direito a voto não necessariamente será o Controlador. Aqui aprofundamos um pouco mais a questão: no atual Direito Societário, a propriedade das ações nem sempre é sinônimo de *utilização* das mesmas³³.

³² Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³³ Especialmente marcante para a análise que aqui ensaiamos é a passagem em que o autor, citando Adolf Berle e Gardiner Means, assevera que os autores referidos, *em tese que causou época, e que até o momento é citada como base do entendimento da matéria* ("The Modern Corporation and Private Property", pág. 69), *começam o exame do tema advertindo que "Control" is something apart from ownership on the one hand and from management on the other*. *E prosseguem: "o controle distinto da propriedade não é, entretanto, um conceito familiar. É um produto do sistema anônimo ("corporate system"). Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito elusivo, porque o poder raramente pode ser nitidamente segregado ou claramente definido"*. Aprofundando os comentários à tese de Berle e Means, Fran Martins ressalta que *Berle e Means, que primeiramente estudaram, de modo detalhado, o problema do controle das sociedades anônimas, depois de fazerem a separação entre propriedade e controle, distinguem cinco tipos principais de controle, uns baseados, no todo ou em parte, na propriedade das ações, outros fundados em instrumentos jurídicos, e outros, enfim, de caráter extra jurídico. Tais tipos são; 1) o controle fundado na propriedade quase total das ações; 2) o controle da maioria; 3) o controle por meio de um instrumento jurídico, sem propriedade majoritária; 4) o controle da minoria; e 5) o controle por parte da administração. O controle, na primeira hipótese, se dá quando um só acionista ou um pequeno grupo possui a quase totalidade das ações da sociedade. O da maioria resulta do fato de alguém ou um pequeno grupo de acionistas possuir a maioria das ações em circulação. O controle baseado em instrumentos jurídicos se dá quando a sociedade emite ações sem direito a voto, favorecendo, assim, um pequeno grupo de acionistas possuidores de ações votantes. A nova lei brasileira, por exemplo, favorece essa modalidade de controle, ao aumentar para 66% a possibilidade de emissão de ações preferenciais sem direito a voto, retirando, além do mais, o direito de voto às ações ao portador. O controle da minoria ocorre quando, estando as ações fortemente disseminadas, como acontece com as grandes sociedades americanas, somente um pequeno número de acionistas tem possibilidades de comparecer às assembleias, donde poder-se dizer que a sociedade fica dominada pela minoria. Por último, o controle da administração resulta, também, da ampla distribuição das ações, não existindo, praticamente, acionistas capazes de, individualmente, influir na administração social. Era o caso por exemplo, citado por Berle e Means, da Pennsylvania Railroad, nos Estados Unidos, em que, à época da pesquisa realizada pelos autores (1929-1932), o maior acionista possuía ações que "representavam apenas trinta e quatro centésimos de 1% de todo o capital". A tese fundamental de Berle e Means é a de que há uma separação entre controle da sociedade e propriedade de ações, não havendo relatividade entre ambos. De tal modo, a sociedade pode ser controlada não apenas por um pequeno número de acionistas como mesmo por pessoas não acionistas, como acontece no caso do controle gerencial.* (Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume II; Tomo I; 1978).

Por isso cresce de importância a sutil observação de Fábio Comparato no sentido de que *a lei fala, sabiamente, em "titular de direitos de sócio" e não apenas em "acionistas" porque, como veremos amiudamente, 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 destacados dela, como o de voto, segundo ocorre no usufruto ou na alienação fiduciária em garantia*³⁴. Portanto, como afirma o autor, *em tais hipóteses, controlador é quem tem os votos decisivos, não o proprietário das ações*³⁵.

Mais adiante, em sua multi-citada obra, o mesmo Konder Comparato afirma que *entre nós a lei não veta a realização ocasional da operação por pessoa não integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais. Por outro lado, será sempre fácil encontrar um banco, uma sociedade corretora ou sociedade distribuidora, que se preste a fazer o reporte por conta e ordem de um cliente, a fim de influir no controle da sociedade emitente. Reproduzir-se-á, destarte, em outros moldes, a prática do *Bankenstimmenrecht* alemão, com uma autentica transferência de legitimação do voto, ou transferência fiduciária da propriedade das ações*³⁶. Relembra que o negócio fiduciário de ações foi largamente praticado em nosso meio, sobretudo com ações ao portador, com objetivos lícitos ou fraudulentos. Tratava-se, por exemplo, de contornar a proibição legal da representação de acionistas por não acionistas em assembleia; de se dar aplicação à exigência estatutária de que os diretores sejam acionistas; de evitar a incidência da norma de dissolução pleno jure da companhia, quando o número de seus acionistas é inferior ao mínimo legal; de os diretores aprovarem as suas próprias contas³⁷. Observa ainda o autor que a doutrina brasileira admite a validade da transmissão fiduciária de ações. O Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em acórdão de sua quarta Câmara Cível julgou válida e eficaz uma transferência fiduciária de ação nominativa, para o fim de condenar o espólio fiduciário a devolvê-la ao fiduciante. O fiduciante havia feito inscrever a ação a nome do fiduciário no livro de registro da sociedade emitente. Mas, concomitantemente, recebeu deste último uma declaração por escrito de que essa ação pertencia de fato a ele fiduciante, e que lhe seria devolvida quando solicitado, "independentemente de qualquer formalidade" O Tribunal rejeitou, corretamente, a objeção de que a retrocessão, pedida pelo autor da demanda, encontraria obstáculo na exigência legal da formalidade do registro de toda a transferência, no livro próprio. Distinguiu os efeitos da relação obrigacional inter partes e os efeitos decorrentes do registro de titularidade perante a sociedade emitente, tanto mais que esse registro estabelece simples presunção jûris tantum de propriedade (art. 25 do Decreto-Lei n° 2.627 e art. 31 da Lei n°

³⁴ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³⁵ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³⁶ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³⁷ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

6.404³⁸).

De tal forma, diante de uma hipótese que tal, o fisco poderá lançar tributo com base na sistemática do TLCCE sobre controlador meramente aparente para fins tributários. Dissemos *aparente para fins tributários* e explicamos o motivo agora: porque se o Direito Tributário, como querem os autores de índole mais fiscalista, inclusive, deve perseguir a circulação e/ou aquisição de riquezas, se aplicar a sistemática do TLCCE àquele que recebe apenas a titularidade de ações e o controle da Companhia com o fito de participar das votações, estará tributando quem não terá a disponibilização – nem econômica nem jurídica – dos lucros auferidos pelas controladas no exterior, porque tal disponibilidade, fatalmente, se dará em favor daquele que cedeu, por meio de negócio fiduciário, as ações ao fiduciário, ou seja, a disponibilidade da riqueza terá ido parar nas mãos do fiduciante, que não terá sido tributado, em detrimento do fiduciário, com claro desvio de finalidade na aplicação da legislação tributária.

Assim é que propriedade das ações é uma coisa. Outra coisa é o poder de controle. O poder de controle poderá não estar sendo exercido pelo proprietário das ações.

1.2.1.1.4. Do acordo de acionistas e sua importância para definição de controlador

Já nos referimos³⁹ a tema que jaz nas adjacências do acordo de acionistas, que é o *acordo de quotistas*. Veja-se:

A doutrina vem reconhecendo a possibilidade dos denominados pactos parassociais. Na verdade acordos entre quotistas, tratando de compromissos de compra e venda de opções de compra de quotas. Portanto, o acordo seria válido e seria possível a execução específica das obrigações ali assumidas. O vetusto Código Comercial em seu art. 302 alínea 07 c/c art. 19 do Decreto 3708/19 – trazia proibição de condições ou cláusulas ocultas contrárias às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato, o que já não ocorre no atual ordenamento. A doutrina estrangeira menciona os pactes extra-statutaires e os pactes statutaires, em paralelo ao nosso contrato social (este) e acordo de quotistas (aquele).

Na verdade, conforme assevera principalmente a doutrina francesa, a originalidade dos pactos de quotistas está menos no paralelismo do instrumento e mais no seu conteúdo propriamente. Trata-se de uma visão material, mais que meramente formal, do fenômeno. Isto porque as cláusulas contraditórias nos pactos de quotistas muitas das vezes podem encontrar seu lugar naturalmente no cerne do contrato

³⁸ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

³⁹ Nosso: Manual das Sociedades Limitadas; Editora Lúmen Júris; 2007. Confira-se o original para consulta das notas de rodapé e referências bibliográficas completas.

social. Destarte, a escolha de um ou de outro instrumento é determinada mais fortemente pelo perímetro de sua aplicação⁴⁰.

No Direito Italiano, o Código de Comércio de 1882 proibia expressamente a convenção de voto. Era considerada nula qualquer cláusula que configurasse os denominados sindacato di voto ou sindacato di blocco.

No entanto, antes da modificação legislativa, ainda nos anos 20 do Século XX, em defesa dos acionistas nacionais frente ao capital estrangeiro, a doutrina começa a aceitar de modo tímido os acordos de acionistas.

Foi, no entanto, com Ascarelli, em 1931, que o instituto passou a ser mais largamente aceito. A reforma legislativa privada do Direito Italiano, em 1974 não cuidou expressamente do tema, mantendo-se deliberadamente omissa, conforme se pode observar da exposição de motivos ainda de 1942: tendo em vista a multiplicidade de hipóteses sociais era desaconselhável o tratamento legislativo da matéria, remetendo-se ao Poder Judiciário a análise casuística da matéria.

Aplicação da Lei 6404/76 as Sociedades Limitadas: não havendo previsão no Código Civil acerca de acordo de acionistas, a figura será possível, do aspecto positivo, com a aplicação subsidiária da Lei 6404/76 às limitadas. Fonte legislativa nacional: basicamente o art. 118 da LSA. Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

Como se pode já adivinhar, a existência de acordos de acionistas pode modificar enormemente a equação de poder e, portanto, de controle, no âmbito das Sociedades Anônimas. Confirma-se ainda:

Os acordos de voto possuem natureza plurilateral, tendo como objetivo organizar ou combinar de antemão o sufrágio dos acionistas contratantes. Já os denominados acordos de bloqueio possuem natureza bilateral tendo por finalidade restringir a transmissibilidade das ações, presentes e futuras, dos acionistas convenientes, aumentando a eficácia do acordo de voto, posto que não podendo o acionista transmitir livremente suas ações, impede-se o esvaziamento da finalidade de mando ou de defesa objetivada na convenção de voto.

Deve-se questionar, aqui, se as possibilidades de utilização do acordo estão esgotadas no texto legal. Segundo Carvalho de Mendonça: a lei vigente, ao regular a espécie, determinou exaustivamente que os acordos de acionistas poderão versar sobre a disponibilidade patrimonial das ações – acordos de bloqueio – e sobre o exercício do direito de voto – acordos de comando e de defesa. E afirma ainda que: a lei não exclui a eficácia, mas, sim a validade perante a companhia e terceiros em geral dos acordos de acionistas que versarem sobre outras questões. Ainda quanto as próprias Sociedades Anônimas, a doutrina não é pacífica quanto ao tema, admitindo alguns outros aspectos a serem abordados além dos expressamente previstos em lei. Por exemplo:

⁴⁰ *Aussi trouvent-ils parfois autant leur place dans les status que dans des conventions parallèles, le choix des uns ou des autres, étant principalement déterminé par leur périmètre d'application, à savoir tous les associés ou certains d'entre eux seulement.*

*estamos, pois, entre os que acreditam que os acordos de acionistas (...) podem contemplar não só os expressos objetivos nomeados no art. 118 da Lei 6404, mas qualquer outro desiderato, desde que lícito*⁴¹.

*No que respeita à “adaptação” do acordo para as sociedades limitadas, de acordo com a doutrina nacional*⁴²: há, por certo, de se ver o mesmo freio apontado para o caso dos acionistas, por isso que o acordo há que evitar abuso do direito de voto e o exercício abusivo do poder, tal como catalogado na Lei 6404 (...) De resto, pode o acerto entre quotistas avançar naquelas questões todas onde, ou os direitos de preferência na compra e venda de quotas, ou subscrição de novas, ou o direito de voto em deliberações sociais, se faça presente. E ainda: Até as questões jurídicas mais freqüentemente atormentadoras das sociedades por quotas podem ser seu trato simplificado se houver acordo de quotistas a respeito: o direito de retirada, a exclusão forçada, o quantum de pagamento ao sócio retirante, etc. E mais: no acordo entre os sócios de uma sociedade limitada poderá ser objetivado tudo aquilo que vimos como juridicamente palatável dentro do acordo de acionistas, e até com mais elastério diante da muito menor carga de institucionalidade aqui presente⁴³⁴⁴.

⁴¹ Inclusive também de acordo com João Luiz Coelho da Rocha, cit.

⁴² Idem.

⁴³ Ainda de acordo com nosso Manual das Sociedades Limitadas. Veja-se que ainda mencionamos determinados assuntos que são proibidos aos acordos de acionistas: *Matérias proibidas aos acordos de acionistas/cotistas*: A despeito da liberdade atribuída a tais atos jurídicos, alguns temas lhes são vedados, tais como o voto subordinado – por equivaler a uma verdadeira desqualificação ao direito de voto, bem como os compromissos de verdade – onde já se assumem a forfait aprovações de balanços, relatórios de gestão, etc. É que o voto, dependendo do objeto, é uma declaração de verdade ou de vontade. Será o voto um ato de vontade, na medida em que o acionista deva deliberar sobre a matéria institucional da companhia. Constituirá um ato de verdade quando o objeto do voto tem em vista aprovar gestão dos componentes dos órgãos diretivos da companhia. Isto posto, os acordos de voto somente poderão ter por objeto uma declaração de vontade, ou seja, deliberações referentes, por exemplo, à alteração estatutária, eleição e destituição de administradores, ou fusão, cisão, integração em grupos de sociedades ou qualquer outra matéria de caráter institucional ou de política da companhia. Jamais o acordo de voto poderá ter por objeto ato de verdade, como, v. g., aprovação de relatório e contas da administração ou balanço e demonstrações de contas ou mesmo ratificação de atos de natureza legal, dividendo obrigatório, declarado pelos órgãos da administração (art. 202), etc. Neste caso, haveria típica ilicitude, representada pela convenção de voto a favor dos atos de administração e fiscalização da companhia. Será, em consequência, nulo o voto dado sobre essas matérias, desde que se originem de acordo de acionistas. A nulidade, na espécie, é formal, independentemente, portanto, da prova de conluio ou favorecimento.

⁴⁴ Sobre o tema assim se manifesta Fábio Konder Comparato: *D) As Convenções de Voto*: 66. Os acordos de acionistas, expressamente admitidos entre nós desde a promulgação da Lei n° 6.404, passam a exercer um papel vivificador do direito acionário, cujo alcance ainda não estamos em condições de medir com precisão. A autonomia da vontade dos sujeitos de direito, superando lacunas legislativas e adaptando o instrumental societário às renovadas exigências da vida econômica, vem condenando, na prática, as generalizações apressadas de uma concepção puramente mecanicista ou institucional da sociedade anônima. Pode-se dizer que hoje, no Brasil, a linha convencional de transformação do direito das companhias é, pelo menos, tão importante quanto a linha legislativa tradicional. Dentre as diferentes espécies de

acordos de acionistas, escolhemos para discutir, aqui, tão-só as convenções de voto, que mais diretamente interferem com o fenómeno do controle. A doutrina distingue três espécies de convenções de voto, conforme a qualidade das partes convenientes:⁴¹ entre acionistas, entre acionistas e pessoas estranhas à sociedade, entre acionistas e a própria companhia ou seus administradores. A primeira é a mais comum. A segunda pode ter por objeto a organização do controle externo. Quanto à última, embora tenha prosperado na Alemanha nas primeiras décadas do século, é agora, em toda parte, considerada ilícita. Por sua vez, as convenções de voto entre acionistas podem ser classificadas em dois grandes grupos: as que têm por objeto a organização do controle, seja ele totalitário (como nas sociedades de família) ou majoritário, e as que visam à defesa da minoria. Seu objeto não é apenas o voto, mas também - sobretudo nas convenções de minoria - o comparecimento ou não às assembleias da companhia. No regime da Lei n° 6.404/76, partes legítimas para celebrar tais convenções são, em princípio, apenas os acionistas. Devemos, no entanto, admitir que nas hipóteses de dissociação entre a titularidade das ações e a do direito de voto — como sucede, por vezes, no usufruto acionário — o usufrutuário pode, legitimamente, figurar como parte no acordo, com os efeitos previstos no art. 118 da lei. Mas os demais terceiros em relação à titularidade acionária e ao exercício do voto, sejam eles administradores, empregados, titulares de partes beneficiárias, debêntures, opções de compra ou bônus de subscrição, não são partes legítimas para figurar em convenções de voto submetidas ao novo regime legal, ainda que tais pessoas sejam diretamente interessadas no funcionamento da companhia ou na distribuição de seus lucros. Na prática anterior ao advento da Lei n° 6.404, analogamente ao que ocorre ainda hoje, com frequência, em outros países, a própria companhia emitente das ações figurava como parte em acordos de acionistas. As hipóteses eram dos mais variados tipos. Ora tratava-se de vincular a sociedade anônima ao cumprimento do acordado (efeito, hoje, decorrente do registro); ora de aparelhar o adimplemento compulsório dos chamados buy-out arrangements, pelos quais se estipula um recesso convencional; ora, ainda, de regular a execução das chamadas "prestações acessórias", entre a companhia e seus acionistas, ou a proibição de concorrência à sociedade. Parece óbvio que, no sistema legal em vigor, a companhia emitente das ações não pode ser parte, em sentido substancial, em convenções de voto. A lei é formal quanto à proibição de a companhia votar com as ações de seu capital mantidas em tesouraria (art. 30, § 4o), bem como quanto à vedação de a sociedade controlada votar em assembleias da controladora (art. 244, § 2o). Trata-se de simples aplicações do princípio geral de inadmissibilidade de uma interferência do controlador sobre o exercício de direitos acionários que não lhe pertencem. No que concerne aos seus efeitos, os acordos sobre o exercício do direito de voto podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, conforme façam surgir obrigações para uma só das partes, para ambas num contrato sinalagmático, ou para todas elas na convenção em que duas ou mais partes perseguem um objetivo comum.⁴³ São exemplos do primeiro tipo as convenções de voto consequentes a uma venda de ações, em que o vendedor deseja manter, ainda, uma influência sobre a companhia por intermédio do comprador, que é portanto o único a se obrigar no acordo. Costumam também ser unilaterais as convenções ligadas a uma distribuição de ações entre os empregados da companhia, pelas quais o controlador assegura o voto favorável destes.⁴⁴ Exemplo de convenção bilatera' encontra-se no acordo pelo qual um grupo de convenientes se obriga a eleger os componentes do outro para cargos de direção da companhia e estes, por sua vez, se comprometem a aumentar o dividendo, ou a distribuir bonificações. Quanto às plurilaterais, o seu escopo comum é a manutenção do controle, a sua conquista pela maioria dispersa ou a defesa da minoria. Na prática estrangeira, tais convenções compreendem várias estipulações acessórias, como as cláusulas de opção ou de prelação nos chamados "sindicatos de bloqueio",⁴⁵ a consignação das ações ao portador em mãos de uma única pessoa ou a outorga de procuração em favor de um só, para votar em nome de todos; a obrigação de subscrição das futuras emissões de capital, ou a de cessão do direito de subscrição não exercido aos demais convenientes, na proporção das ações que cada qual possui; a obrigação de submeter as novas ações subscritas ou adquiridas às normas da convenção. Tudo isso completado com uma cláusula de compromisso e uma pena convencional. A Lei n° 6.404/76 contém a previsão explícita de apenas dois objetos

possíveis para os acordos de acionistas: o exercício do voto e a circulação das ações. Tal não impede, porém, que se dê ao dispositivo legal a necessária interpretação abrangente, de modo a compreender no exercício do voto, como seu pressuposto ou pré-condição, também a obrigação de comparecimento ou não-comparecimento em assembleias, segundo for estipulado. Vasta discussão travou-se, na Europa, quanto à validade das convenções de voto. Se ninguém mais sustenta hoje a sua nulidade sistemática, ou a sua validade sem restrições, ainda não se chegou a um critério comum, suscetível de servir como divisor de águas entre as convenções lícitas e as ilícitas. Ensina-se, assim, sobretudo na França, que devendo ser o voto a expressão de uma vontade livremente manifestada em conclusão dos debates na assembleia, seriam ilícitas todas as convenções que tendessem a suprimir essa liberdade de expressão. A jurisprudência francesa considera, portanto, nulas as convenções pelas quais um acionista se obriga a não votar, ou a votar unicamente com a autorização e o acordo de outrem (...) A doutrina e a jurisprudência francesas dão à expressão um sentido amplo, compreendendo não apenas, como em geral se entende, as convenções em que se pactua a inalienabilidade temporária ou permanente das ações, ou certas restrições à sua alienação (cf. A. Pedrol, *La Anónima Actualy Ia Sindicación de Acciones*, cit., pp. 289 e ss.), mas também os acordos pelos quais a posse ou detenção das ações passam ao representante dos convenientes (cf. G. Ripert e R. Roblot, *op. cit.*, I, n° 1.248). O mandato irrevogável para representação na assembleia, interpretado como uma cessão do direito de voto. A ideia fundamental subjacente a essa interpretação é a analogia entre o direito de voto do acionista e o direito de voto do cidadão; é a transposição para o direito mercantil dos princípios que informam o direito eleitoral. Mas essa analogia é inadmissível. As prerrogativas políticas do cidadão fundam-se, diretamente, nos atributos de sua personalidade, enquanto ser livre e fonte de todo o Direito. Eis por que a liberdade política é inalienável e a sua supressão sempre ilegítima, embora muitas vezes legalizada. O direito de voto do acionista, ao contrário, não se funda em sua personalidade, mas numa "fração de sua esfera patrimonial". Ele se mede exatamente, em princípio, pela quantidade ou montante das ações que o seu titular possui, ações essas que representam, por sua vez, unidades-alíquotas do capital da companhia. E assim como não se pode mercantilizar um sufrágio político, da mesma forma é inadmissível impor a politização do voto acionário. Uma assembleia geral de acionistas, afinal, não é "uma festa cívica",⁴⁹ "não é um sacramento, é um ato comercial". Ora, na esfera das relações patrimoniais, a autonomia privada consiste, justamente, em poder negociar e ceder, livremente, os seus direitos. Se o acionista não é obrigado a comparecer às assembleias gerais, se pode a todo tempo ceder as suas ações, por que atentaria contra a sua liberdade a estipulação de votar neste ou naquele sentido? No que tange à supressão do debate em assembleia, o argumento torna-se nefelibata, quando se pensa no elevado grau de absentismo que costuma caracterizar as assembleias de grandes companhias de capital aberto; na legitimidade de representação do acionista, universalmente reconhecida; na tendência, igualmente universal, de se editarem normas eficazes de disclosure; finalmente, no próprio movimento de supressão das assembleias gerais. Assinalando as insuficiências da tese "política" do direito de voto, Ascarelli procurou recolocar o problema sobre novas bases. Em um ante-projeto de lei sobre sociedade anônima, fez constar uma regra considerando válidas as convenções que especificassem o conteúdo do voto e inválidas as que obrigassem todos os convenientes a votar conforme deliberação da maioria deles, ou que deixassem o exercício do voto à discricção de um representante comum. Num comentário de jurisprudência, publicado alguns anos mais tarde, teve ocasião de precisar o seu pensamento. O acórdão comentado considerara ilícita uma convenção de voto firmada por todos os sócios, porque contrária ao interesse social. Ascarelli criticou a justificativa, observando que não existe interesse social abstrato, diverso do interesse dos sócios, e que se lhe possa contrapor. Aduziu que a argumentação do tribunal implicava uma confusão entre duas ordens distintas de problemas: a da invalidade do voto em assembleia e a da invalidade da convenção de voto. O voto ou a deliberação da assembleia podem ser nulos, sem que a convenção de voto, que os precedeu, seja inválida, e vice-versa. Sustentou, assim, Ascarelli que a única e verdadeira razão da invalidade das convenções de voto residiria no desrespeito à norma legal de ordem pública, que fixa a mínima maioria deliberante, na assembleia

geral. Se 51 ações em 100 são submetidas a um acordo acionário, estipulando-se que o conteúdo dos votos em assembleia será fixado pela deliberação da maioria dos pactuantes, teríamos que as deliberações do órgão máximo da sociedade poderiam ser dadas pelos titulares de 26 ações apenas, ainda que presentes à assembleia todos os acionistas, por si ou por intermédio de representantes. Havia e há, porém, contra a tese do mestre italiano, uma objeção de fato que ele próprio pressentiu e procurou afastar. Por que sustentar a invalidade das convenções de voto que redundam no desrespeito à norma da maioria deliberante mínima, em assembleia, e admitir a validade de sociedades holding que produzem o mesmo resultado? Mais coerente, nesse sentido, parece a jurisprudência francesa, quando declara nulas as holdings, que representam mera personificação de convenções de voto. A isso Ascarelli respondeu, de modo pouco convincente, que as holdings têm a seu favor a publicidade do registro público, e que não são simples contratos com eficácia interna entre os contratantes. O argumento é fraco. Em primeiro lugar, porque uma convenção de voto pode ser levada a arquivamento nos livros da própria companhia ou no Registro Público. Em segundo lugar, porque nem toda sociedade holding é necessariamente personificada, e tampouco pode-se pré-excluir o caráter societário de certas convenções de voto. Na verdade, o pensamento de Ascarelli continuou preso à concepção publicista da garantia da liberdade individual do acionista, como bem inalienável. Se o acionista - que pode alienar suas ações, que pode deixar de comparecer à assembleia ou constituir procurador para representá-lo sem mandato imperativo, que pode se abster de votar - decidir aceitar, antecipadamente, o voto que em seu nome vier a ser dado por outros sócios, qual o interesse público ferido? No que concerne à inaproximação entre o voto societário e o voto político, assim comentou Calixto Salomão Filho: *Nota de Texto 41 O direito de voto na esfera societária, tanto quanto na política, é garantia de manifestação na esfera individual, de expressão de opinião e de interesses, patrimoniais ou não, em uma realidade marcada pelo fenômeno do poder. Na teoria constitucional, separação de poderes e direitos individuais, respectivamente garantia institucional e direito fundamental, nascem ambos como garantia do indivíduo contra o poder - absoluto - do Estado monárquico. Aplicado o raciocínio constitucional ao direito societário seria necessário indagar não só acerca do direito de voto (direitos individuais) mas também sobre a separação de poderes (garantia institucional). Ocorre que esta, especialmente na lei brasileira, não foi realizada. Conselho de Administração e Diretoria, como "órgãos executivos", e Conselho Fiscal, como órgão "judicante", continuam, mesmo após as reformas, totalmente ligadas ao controlador e, portanto, ao poder prevalente na Assembleia Geral (órgão legislativo). Ausente a garantia institucional da separação de poderes, fica claro quão absoluto é o poder do controlador no sistema societário brasileiro. Nessas condições, diminuir ou restringir os direitos individuais e sobretudo a garantia máxima da livre manifestação, o voto, implicaria em vários prejuízos a todo e qualquer interesse do acionista, mesmo que de ordem meramente patrimonial e submissão ainda maior ao poder hegemônico do controlador, o que é contrário aos princípios expressamente declarados na própria lei societária (art. 116, parágrafo único). Daí por que é necessário interpretar com rigor a garantia do voto na lei societária e restritivamente suas exceções (v. infra Nota de Texto 42).* Ainda em nota de rodapé, assim se manifestou: 57 Cf. por todos o interessante capítulo 4, § 12, de H. Wiedemann (*Gesellschaftsrecht, Band I - Grundlagen, Munique, Beck, 1980*), intitulado "*Gesellschaftsrecht und Verfassungsrecht*" - direito societário e direito constitucional, abordando os grandes temas de direito societário à luz da Constituição e da jurisprudência constitucional alemã. A analogia entre teoria constitucional e societária é, de resto, hoje bastante aceita e aplicada em matéria societária, sobretudo por influência da doutrina alemã. Bem como : 58 Na verdade, na história do direito "*Constitucional Societário*" a garantia das liberdades básicas dos associados sempre constituiu o primeiro passo. Assim, primeiro reconheceu-se nas próprias constituições o direito do indivíduo de associar-se ou manter-se associado (direito individual de associação - Constituição Federal, art. 5o, incisos XVII e XX). Em um passo seguinte (sobretudo após os Estados totalitários do século XX) passou-se a atribuir o direito de associação à própria pessoa jurídica, impedindo que ela fosse arbitrariamente dissolvida (art. 5o, XIX). No Brasil, o direito de associação, hoje previsto no inciso XVII do art. 5o da Constituição Federal,

ingressou no direito brasileiro no § 8o do art. 72 da Constituição de 1891, que tratava em um só dispositivo o direito de associação e de reunião. Já a garantia constitucional da intangibilidade da associação, o chamado direito de associação coletiva (kollektive Vereinigungsfreiheit) só foi introduzido na Constituição Federal de 1988.

Retornando às lições de Comparato, veja-se que afirma que as convenções de voto não podem ser tratadas como um negócio jurídico sui generis, mas devem submeter-se às normas comuns de validade de todo negócio jurídico privado, em particular no que se refere à causa, enquanto elemento objetivo, e aos motivos dos convenentes. A doutrina comercialista transviou-se, nesse particular, do roteiro seguro dos princípios da teoria geral do direito. Ilicitude da causa, viciando a convenção, haverá por exemplo no comércio do voto (Código Penal de 1940, art. 177, § 2o),⁶⁰ ou na convenção entre acionistas e diretores, enquanto tais, visando à aprovação antecipada de suas contas (Código Penal de 1940, art. 177, § 1o, VII). Por outro lado, ainda que lícita a causa objetiva da convenção (e.g., a nomeação de um representante comum), poderá esta ser anulada se o motivo ou propósito comum aos pactuantes for ilícito, como ocorrerá, por exemplo, se todos visarem, com o acordo, ao aproveitamento abusivo do poder de controle em detrimento da minoria. Ao que, em comentário, obtemperou Calixto Salomão: Nota de Texto 42 A proibição da "alienação do voto" decorre da própria lei societária. Em se tratando de direito de voto a lei expressamente prevê que a cada ação ordinária corresponde um voto e que eventual limitação desse direito incumbe ao estatuto (art. 110, caput e § 1o, da lei societária). Se assim é, então o art. 118 só pode se referir à forma de exercício do voto (v.g. à realização de reunião prévia) e não à titularidade para o exercício do direito de voto. Assim é que deve ser entendida a menção expressa a "exercício do voto" do art. 118 da lei societária. A razão para a limitação às convenções de voto é, portanto, primordialmente societária. A transferência do direito de voto, a par de sua ilicitude determinada por leis extravagantes, configuraria uma ofensa à lei e ao estatuto societário. O objetivo é, sem dúvida, salvaguardar garantia fundamental de manifestação dos interesses do acionista.

Mais uma vez recorrendo a Comparato: Restaria, para medir a utilidade de tais pactos na organização do poder de controle, determinar o grau de sua eficácia, entre as partes e perante a sociedade. No regime da Lei n° 6.404/76, a eficácia dos acordos de acionistas perante a companhia e terceiros adquirentes de ações, compreendendo até a execução específica (art. 118, § 3°), depende do cumprimento de uma dupla formalidade publicitária: o arquivamento do instrumento na sede da companhia (art. 118, caput) e a averbação de seus termos nos livros de registro e nos certificados acionários, se emitidos (art. 118, § 1°). Tais formalidades correspondem, em nosso entender, aos dois gêneros previstos de objeto dessas convenções: o exercício do voto em assembleia e os atos de circulação das ações. Por isso mesmo, são autônomas entre si. O arquivamento do instrumento do acordo na sede social torna a companhia vinculada ao cumprimento do que nele for estipulado em matéria de voto, ainda que não averbados os termos da convenção nos livros de registro. Essa averbação somente se faz necessária para a eficácia do pactuado perante não-acionistas, na hipótese de alienação das ações. Ao que teceu Calixto Salomão o seguinte comentário: Nota de Texto 43 Em matéria de eficácia do acordo de acionistas, a lei não foi totalmente coerente (ao menos de forma expressa) com o objetivo de integrar o acordo de acionistas à realidade societária. A lei societária limitou-se a declarar (art. 118, caput e § 1°) que, para produzir efeitos perante a sociedade, o acordo deve ser arquivado em sua sede, e para produzir efeitos perante terceiros, deve ser averbado no livro de registro de ações. Isso significa transformar a sociedade em órgão de registro oficial dos acordos. Nota-se que essa característica da lei fez abalizada doutrina sustentar a existência de verdadeira divisão de registros por matérias. A averbação nos livros serviria somente para pactos de preferência, já os acordos sobre direitos de voto demandariam apenas arquivamento na sede da sociedade. Isso porque os primeiros demandariam apenas a produção de efeitos perante terceiros, enquanto os últimos apenas efeitos perante a sociedade. Essa opinião não pode ser compartilhada. Exatamente porque integrante da estrutura societária, o cumprimento do acordo de acionistas incumbe a seus órgãos. A sociedade não é mero oficial de registro de pactos de natureza não societária. Seus órgãos e administradores devem zelar pelo

Por isso que, em havendo acordo de acionistas com efetiva alteração do controle societário, deverá o fisco necessariamente considerá-lo para fins de aplicação do regime de TLCCE.

1.2.1.1.5. Do Controle Direto e do Conceito de Controladora para fins de TLCCE

Do que restou acima explicitado, é de se ver que o conceito predominantemente aceito no Direito Societário sobre o que vem a ser

cumprimento do acordo, como fazem pelo do estatuto, inclusive deixando de aceitar votos contrários a suas disposições. Desse modo, o pacto sobre preferência ou sobre compra e venda de ações é relevante para a sociedade (devendo ser nela registrado), pois a ela incumbe cumpri-lo. Do mesmo modo, o acordo de voto é relevante não só para a sociedade, mas também para os adquirentes, que poderão por ele obrigar-se. Assim, sua averbação no livro de transferência de ações é fundamental. Da mesma forma que cabe aos administradores zelar pelo respeito ao estatuto e à lei, inadmitindo votos contrários a estes, cabe a eles também zelar pelo cumprimento do acordo (obviamente este último está subordinado, e pelas razões já expostas não pode modificar os dois primeiros). E isto, ainda que tenha sido objetivo implícito da lei de 1976, não ficou claro em seus termos. A Lei nº 10.303/01 procurou esclarecer melhor a forma de produção de efeitos do acordo de acionistas perante a sociedade. O modo escolhido foi, no entanto, não de todo coerente. Em sua maioria as novas disposições meramente esclarecem interpretações já estabelecidas na vigência da lei anterior. O art. 118, § 6º, vem repetir opinião firmada em doutrina e jurisprudência a respeito da impossibilidade de denúncia unilateral imotivada de acordos de acionistas por prazo indeterminado ou sob condição.

É ainda Calixto quem se manifesta em nota de rodapé: É clara a posição da doutrina a respeito da vigência e rescisão dos acordos de acionistas, no sentido de que tais acordos só podem ser unilateralmente denunciados por justa causa ao defender que "nesse contrato tipicamente parassocial e plurilateral há a possibilidade de extinguir-se por resilição unilateral. A denúncia dependerá de justa causa, ou seja, a quebra da affectio, por conduta incompatível ou dissídio de vontades das partes, ou ainda de interpretação das cláusulas do pacto, e qualquer outra que configure materialmente a desavença, ou ainda a deslealdade em face dos pactuantes e do interesse social" (M. Carvalhosa, "Acordo de acionistas", in RDM 106/21 e Comentários à lei de sociedades anônimas, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 481). No mesmo sentido, os argumentos de D. Bessone e L. G. P. B. Leães em pareceres publicados na Revista Forense, respectivamente v. 300, pp. 123-130, e vol. 297, pp. 161-168; A. Lamy Filho, J. L. Bulhões Pedreira, "Denúncia unilateral de acordo por prazo indeterminado" in A Lei das S. A., cit., pp. 313 e ss. Da mesma forma, trata-se de matéria acolhida pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores: "O entendimento segundo o qual o contrato por tempo indeterminado pode ser a qualquer tempo denunciado colide no caso do acordo de acionistas com a própria existência do vínculo contratual (...) a convenção de votos, por sua natureza, só manifesta sua força vinculativa (sua existência no mundo jurídico) quando, havendo divergência, uma das partes deve curvar-se diante da outra; se se entendesse que nesse momento - sendo a convenção por prazo indeterminado — ela pode denunciar o acordo, sustenta-se, na verdade, que essa convenção não teve efeito nenhum" (Apelação Cível nº 34.167, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). E ainda: Esse entendimento é decorrência direta da construção do acordo de acionistas como pacto parassocial. Admitida a natureza parassocial do acordo, este, evidentemente, não pode derrogar o pacto social (ou societário) - i. e., o estatuto. Nesse sentido, expresso G. Oppo, "'Per la stessa ragione il pactoparasociale non può essere un patto 'antisociale', cioè um pacto che distregga il sociale" ("Le convenzioni parasociali", cit, p. 182). Consequência disso é que são absolutamente ineficazes, por exemplo, acordos que alterem quorum de votação e aprovação de matérias em Assembleia de Acionistas ou Conselho de Administração. Possível é apenas pré-definir orientação de votos de acionistas e conselheiros em reuniões prévias, parassocietárias; essas sim podem aprovar matérias com o quorum estabelecido em acordo. (...)

controle é conceito de *controle efetivo*, ou, por assim dizer, *controle material e não meramente formal*. E, diante das firmes peias do art. 110 do Código Tributário Nacional, a Administração Tributária deverá estar atenta ao aplicar o regime de TLCCE. Para que tal regime seja aplicável, será mister que exista um controle não meramente formal mas também material, ou seja, efetivamente utilizado pela controladora. Fora daí, inaplicável será o regime de TLCCE.

Por outro lado, não nos parece juridicamente possível que, diante de uma situação de controle formal, possa a Administração Tributária *presumir* um controle material e, com isso, impingir ao contribuinte respectivo o regime de TLCCE, porque a tanto não lhe autoriza o sistema jurídico. A utilização de presunções e ficções no Direito Tributário é bastante restrita e somente pode ser feita mediante previsão legal, e, ainda assim, com bastante cautela. Destarte, se o Fisco entende estar diante de uma situação de controle formal *e material* caberá ao próprio Fisco fazer a prova disso, pena de nulidade de tão descuidada atuação fiscal.

1.2.1.1.6. A Oferta Pública de Ações e sua meramente parcial aplicação como indício de controle efetivo⁴⁵

⁴⁵O posicionamento esposado por Calixto Salomão Filho (Poder de Controle..., cit.) demonstra, conforme, aliás, aduziremos mais adiante, a ocorrência de OPA é prova cabal de controle, mas a fórmula não funciona da mesma forma em sentido contrário, ou seja, a não ocorrência de OPA não é critério seguro para afastar a hipótese de controle, por uma série de razões que serão estudadas nas linhas abaixo. De qualquer forma, eis a transcrição do excelente trecho do autor: *Definições de hipóteses legais de incidência ligam-se a disciplinas do ponto de vista funcional. Assim, em se tratando de definir o controle (fattispecie - 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 n° 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 n° 401/76).⁵¹ 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 n° 10.303/01 (que passou a chamar-se 254-A), resolvendo dúvida que vinha se colocando na doutrina e*

Verdade é que e muitos casos será extremamente difícil ao fisco para caracterizar o controle de uma companhia pela outra, dado aos diversos expedientes utilizáveis e não necessariamente usados com o fito de disfarçar o controle.

Destarte, observando os registros históricos da companhia, será de grande utilidade observar-se eventuais ocasiões – porventura existentes – de ofertas públicas de aquisição de ações. Seu funcionamento e sua utilidade para detectar um poder de controle que, muito embora efetivo, não esteja claro serão demonstrados nas linhas a seguir. No entanto, - cumpre desde logo esclarecer – não é porque houve obrigatoriedade de OPA que haverá controle efetivo e, portanto, aplicação do regime TLCCE.

De início é de bom tom observar a redação do art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas. Isto porque a oferta pública de ações, ou simplesmente OPA tem duas modalidades no que respeita a hipótese de alienação de controle acionário. Uma delas é a do art. 257 e ss. da LSA que cuida da OPA voluntária do que se denomina de *tomada hostil de controle acionário* e a OPA obrigatória que decorre de *alienação de controle de companhia aberta* – prevista no art. 254-A. Confira-se: Art. 254-A. *A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº. 10.303, de 2001).* É o parágrafo primeiro do preceito ora transcrito que conceitua o que vem a ser alienação de controle, como *a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.* (Incluído pela Lei nº. 10.303, de 2001)

Assim é que, tendo havido OPA por determinação do art. 254-A da LSA, é de se ver que estamos diante de uma situação de controle acionário⁴⁶.

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 ideia 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. De certa forma a opinião do autor aplica o conceito de controle de forma variável, de acordo com a finalidade perquirida: 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.

⁴⁶ No entanto, (como já alertamos anteriormente, mas seguindo o pensamento de

A única exceção fica por conta da parte final do parágrafo 1º acima transcrito, quando menciona *valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade porque neste caso ainda não se formou de fato o controle acionário efetivo*. Trabalhando justamente nesta distinção, relevante para o desenho conceitual que tentamos ora traçar, explicita Carlos Augusto Siqueira: *o negócio da transferência do controle é definido como aquele em que há transferência de propriedade de valores mobiliários e/ou direitos que asseguram o poder de preponderar nas deliberações societárias*⁴⁷. E prossegue: *duas noções são relevantes a esse respeito: uma relativa ao controlador potencial; outra, referente ao controlador que não exerce, efetivamente, o poder, embora o detenha. São relevantes porque se distinguem para os efeitos do preceito constante do art. 254-A. A primeira noção diz respeito à compra potencial do controle. A sociedade necessita captar recursos em grande escala e delibera, por exemplo, uma emissão de debêntures conversíveis em ações ordinárias. Todos os títulos são tomados por um único investidor, ou grupo de investidores. Dado o vulto da emissão, se as debêntures forem convertidas, o seu tomador passará a deter ações ordinárias em quantidade superior àquela possuída pelo acionista controlador, tornando-se, assim, o novo majoritário*⁴⁸. No entanto, como obtempera, *a conversão, entretanto, constitui apenas uma faculdade, sujeita a condições. A possibilidade de que os títulos venham a ser convertidos em sua totalidade, assegurando o controle da companhia, não é um fato sobre o qual haja certeza. Poderá ocorrer a conversão, o resgate das debêntures ou, simplesmente, a permanência dos títulos com seu tomador*⁴⁹. Assim é que *não ocorrendo a conversão, não se concretiza a transferência do controle, que só será efetivada se e quando as debêntures forem convertidas em ações ordinárias*⁵⁰. Isto porque *até lá, o debenturista é mero detentor de títulos de créditos estranhos ao capital social, sem sequer poder manifestar sua vontade nos conclaves sociais*⁵¹. E, mencionado a opinião de Modesto

Horácio, *bis repetita placent* – há repetições que agradam) é preciso uma certa dose de cautela no terreno ora analisado. É que, como dissemos, se há OPA, é porque há transferência de controle. E se há transferência de controle, por óbvio (!) há controle, porque ninguém pode transferir mais do que tem. No entanto, o detalhe que merece relevo é o de que esse *controle transferido* pode não ser um *controle efetivo*, ou seja, poderá haver a transferência do controle formal, mas poderá ocorrer que o adquirente deste controle não faça uso do mesmo e – como já vimos defendendo – se não há controle efetivo, não há se falar em aplicação do regime tributário da TLCCE. Evidentemente que, em regra, se alguém está comprando o controle é porque deseja usá-lo. Mas isto poderá comportar exceções na prática dos negócios societários e o fisco, por intermédio de seus agentes, deve estar atento a tais sutilezas para não aplicar de forma desenganadamente equivocada o regime de TLCCE onde ele resta inaplicável.

⁴⁷ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; *Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor*; FMF Editora.

⁴⁸ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; *Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor*; FMF Editora.

⁴⁹ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; *Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor*; FMF Editora.

⁵⁰ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; *Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor*; FMF Editora.

⁵¹ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; *Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor*; FMF Editora.

Carvalhosa, transcreve: “*Tratando-se de valores mobiliários conversíveis em ações, não é a sua aquisição que caracteriza a alienação do controle, mas a sua efetiva conversão de ações. Com efeito, a Lei não cogita de controle potencial, mas de controle efetivo, de uma relação fática que se materializa mediante o poder de dirigir os negócios sociais e de eleger a maioria dos administradores. Assim, se o adquirente de debêntures conversíveis em ações em montante tal que lhe permitiria assumir o controle da companhia jamais converte tais debêntures em ações, não se caracteriza a alienação do controle, pois tal debenturista não chegará jamais a exercer os direitos de acionista que lhe assegurariam o poder de controle*”⁵². Prossegue no sentido de que nessas situações, embora um terceiro tenha passado a deter a propriedade de títulos que poderão vir a conferir o status de controlador, não há a incidência da obrigação de efetuar a oferta pública determinada pelo art. 254-A enquanto a assunção de posição majoritária não passar de uma potencialidade. E, nessa hipótese, mesmo que, vindo os títulos à conversão, o debenturista assuma a posição de novo controlador, não incidirá a obrigatoriedade de efetuar a oferta, uma vez que o valor pago pelas debêntures não foi recebido pelo antigo majoritário, mas pela própria companhia aberta, emissora e vendedora dos títulos⁵³. Trazendo o tema para o tema que ora nos interessa, a verdade será que não terá havido assunção de controle por parte do comprador e, portanto, não há se falar em aplicação do sistema de TLCCE no que concerne a ele, mesmo porque o debenturista não é sócio. O regime de TLCCE será aplicável, se for o caso, a quem já era controlador.

A questão, no entanto, apresenta outras sutilezas, como bem assevera o autor, quando relembra que *se a emissora das debêntures não for a própria companhia aberta mas, por exemplo, uma holding pessoal do majoritário que a controle, caso haja a conversão, o controle acionário da aberta estará sendo indiretamente transferido e, nesse caso, será obrigatória a efetivação da oferta visando a compra das ações votantes em circulação*⁵⁴.

O autor passa a cuidar da segunda hipótese: *a segunda noção refere-se à compra de ações que representam o controle acionário. O controlador da companhia aberta decide alienar suas ações e busca um terceiro disposto a adquirir o controle. Encontra um comprador que, entretanto, não deseja assumir o comando efetivo dos negócios. Trata-se de sócio capitalista, que pretende atribuir a gestão dos negócios sociais a um administrador profissional. Adquire, então, o lote de ações representativo do controle. Ao contrário da primeira situação, aqui o adquirente já detém, efetivamente, o poder de controle e, embora não o esteja exercendo diretamente, poderá fazê-lo no momento que desejar. Assim, será devida a oferta de compra de ações aos minoritários no momento em que foi concretizada a transação pois, de fato e de direito, o*

⁵² Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor; FMF Editora.

⁵³ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor; FMF Editora.

⁵⁴ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor; FMF Editora.

controle acionário foi transferido. Não seria aceitável que o comportamento do adquirente afastasse a incidência da regra, até mesmo porque tornar-se-ia fácil elidir a obrigação legal mediante mera postura de distanciamento da administração -real ou fictícia - por parte daquele que comprou o bloco de ações majoritário⁵⁵. Neste caso, muito embora tenha sido obrigatória a oferta pública, não se falará em TLCCE se o comprador não efetivar o seu controle de forma fática.

Assim, como afirmamos no início, nem sempre que houver OPA haverá controle efetivo –e, portanto, nem sempre será aplicável o TLCCE. Aliás, o próprio autor nos direciona neste sentido: Para efeitos, portanto, da incidência do disposto no art. 254-A não são aplicáveis, em sua inteireza, os elementos fixados no art. 116 quando há compra de valores mobiliários ou direitos que impliquem na transferência do controle. Inversamente, quando se trata do controle potencial, nenhum daqueles requisitos estará sendo satisfeito pelo detentor de títulos que poderão, futuramente, conferir-lhe a posição de controlador. Usando a classificação de João Luiz Coelho da Rocha, pode-se dizer que, para caracterizar a pessoa do adquirente do controle, obrigado a suprir a obrigação imposta pelo art. 254-A, basta a presença do elemento objetivo constante da alínea "a" do art. 116. Assim, o negócio de transferência de controle não está subordinado, integralmente, à definição de acionista controlador que, na lei, inclusive tem abrangência mais ampla, destinando-se a outras finalidades, em especial àquelas relacionadas aos deveres e responsabilidades que permanentemente o acionista controlador deve observar. Já a obrigação de o adquirente efetuar a oferta pública é singular e passageira, ainda que indispensável enquanto condição de eficácia do negócio. Daí, o adquirente do controle só passa a reunir, na plenitude, os elementos que informam o conceito de acionista controlador, conforme se desenvolva sua atuação na sociedade adquirida, sem que essa circunstância interfira, entretanto, no suprimento do preceito legal que determina a extensão da oferta aos minoritários⁵⁶.

De toda sorte, a existência de uma OPA obrigatória, sem dúvida que dá fortes indícios de um notável poder de controle bem como de seu detentor. Por isso que, nas linhas seguintes, aprofundaremos o estudo deste instituto de Direito Societário com o fito de procurar aclarar as questões tributárias impostas pelo regime de TLCCE.

Uma das formas mais usuais de alienação de controle é descrita por Robeta Prado: *A cessão de controle é uma operação de caráter privado que decorre de uma prévia negociação e acordo entre as partes (acionista controlador alienante e adquirente do controle), na qual, entre outras condições, os mesmos estabelecem contratualmente a quantidade de ações a ser alienada ou cedida e o preço que corresponderá a esse bloco. A principal vantagem para o adquirente do controle fazê-lo por meio de cessão privada fundamentalmente consiste na segurança de alcançar o controle efetivo da companhia em curto espaço de tempo. A*

⁵⁵ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor; FMF Editora.

⁵⁶ Carlos Augusto Junqueira de Siqueira; Transferência do Controle Acionário – Interpretação e Valor; FMF Editora.

principal desvantagem é o custo da operação. Em primeiro lugar, em razão do prêmio pelo controle que geralmente será pedido pelo alienante. Em segundo lugar, em face do custo não estimado que advirá de tal operação, nos países em que a OPA a posteriori é obrigatória por lei, tal qual no Brasil segundo o art. 254-A da LSA de 1976⁵⁷. E, remarcando as características próprias do mercado de valores mobiliários no Brasil, em face da falta de dispersão acionária, ou da excessiva concentração de poder nas mãos do sócio-controlador, a cessão privada de controle é a forma mais usual pela qual um terceiro alheio ao controle societário poderá adquiri-lo. Nela incidirá o art. 254-A da LSA de 1976, que prevê e regula a OPA a posteriori⁵⁸.

1.2.1.1.7. Do Controle Indireto

Como bem realça Eizirik, o controle poderá se dar de forma indireta: *pode ainda ocorrer o controle indireto, o qual é modalidade de poder dentro de uma estrutura de sociedades: no caso, a relação de poder não integra a organização interna de uma companhia, mas vincula o papel de acionista controlador de uma sociedade aos órgãos de administração de outra. Assim, se A controla B, que por sua vez controla C, ocorre o controle indireto de A com relação à C, posto que os órgãos de administração de C, de fato, estarão submetidos, embora indiretamente, às determinações de A⁵⁹. Com efeito, o art. 243 parágrafo*

⁵⁷ Roberta Nioac Prado; Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A.; Editora Quartier Latin.

⁵⁸ A autora ainda ressalta que *Fundamentalmente, esta espécie de OPA legalmente obrigatória tem como objetivo regular e limitar a liberdade das partes nas cessões privadas de controle societário, assegurando aos demais acionistas da companhia participar do prêmio de controle pago ao acionista controlador.*

Com isto o legislador pretende, em primeiro lugar, obrigar a divisão do prêmio de controle entre todos os acionistas detentores de ações da mesma espécie e classe e, em segundo lugar, garantir que todos os acionistas detentores destas ações recebam tratamento igualitário ao dispensado ao controlador.

A imposição legal de OPA a posteriori quando da cessão privada de controle de companhias abertas foi inicialmente adotada na Grã-Bretanha.

Como mencionamos acima, o marco legal desta regulação na Grã-Bretanha foi a promulgação do City Code, em 1968, contra práticas de take over consideradas nocivas ao mercado e, concomitantemente, a criação do City Panel on Takeover and Mergers, órgão responsável pela administração do City Code, até a criação do Securities Investment Board.⁷⁷

Esta imposição legal decorreu especialmente do fato que, entre os anos de 1961 e 1962, vinha ocorrendo na Inglaterra um número expressivo de aquisições privadas de controle, sem que as informações necessárias fossem levadas ao conhecimento público, precedidas de ofertas públicas de compra e venda de ações, fazendo com que, na prática, cada acionista recebesse, por ações iguais, um preço distinto.

Este modelo de regulação do mercado de capitais, mediante a imposição de OPA a posteriori em decorrência da cessão privada de controle contratada fora das Bolsas de Valores entre controladores e terceiros interessados em adquiri-lo, visa notadamente a corrigir os prejuízos dos acionistas minoritários nestas ocasiões, levando em consideração o fato de os controladores receberem pessoalmente todo o prêmio relativo ao poder de controle.⁷⁸

No Brasil, a finalidade e os fundamentos desta OPA, defendidos pela doutrina, são bastante similares aos acima expostos e serão especificamente tratados no item 2.4 do próximo capítulo.

⁵⁹ Nelson Eizirik; Inexistência de Participação Recíproca Indireta entre Sociedades Coligadas; in Temas de Direito Societário; Editora Renovar; 2006.

3º da LSA assim dispõe: §2º *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*

O controle indireto possui uma série de situações de ocorrência, que merecem nossa análise na medida em que possam ser relevantes para o enquadramento das respectivas situações – ou não – no regime da TLCCE.

II – Das Coligadas

2.1. Definição legal e conceito

O mesmo art. 243, em seu parágrafo 1º explicita o que vem a ser empresa coligada. Ainda segundo Tavares Borba, *há sociedades que, embora não sujeitas ao controle, encontram-se a outras ligadas em virtude da relação de participação entre elas existentes. Quando, consideradas duas sociedades, uma detenha dez por cento ou mais do capital da outra, essas companhias serão consideradas coligadas. A coligação correspondente, portanto à um nível de participação igual ou superior a dez por cento, desde que incapaz de conduzir ao controle, haja vista a possibilidade de controlar-se uma companhia (controle minoritário) com dez por cento do capital, ou até uma participação inferior⁶⁰.*

Comentando o referido art. 243, assim se posiciona Modesto Carvalhosa: *a lei não faz qualquer distinção entre ações com e sem direito de voto para caracterizar o regime de controle e de coligação. Assim, para que se configure a coligação, são consideradas tanto as ordinárias como as preferenciais. Por outro lado, para caracterizar o controle, considera apenas as ações votantes⁶¹.*

2.1.1. Posições doutrinárias relevantes acerca do conceito de coligada

Se o conceito de controlada e controladora parece passar ao largo de maiores controvérsias, ao menos quando nos referimos ao seu sentido formal, o mesmo não ocorre com o conceito de coligação.

a) A Posição de Modesto Carvalhosa

É o mesmo Carvalhosa quem adverte que *muito se discute na doutrina a respeito do conceito de coligação. Uma corrente entende que qualquer participação relevante, que não importe em subordinação caracteriza a coligação⁶².* (Grifos nossos).

O autor afirma que *essa interpretação é correta na medida em que se coaduna com o moderno e universal entendimento segundo o qual a coligação ou o controle são caracterizados pelo nível de influência que uma sociedade com participação relevante em outra exerce sobre esta⁶³.*

b) A posição de Fran Martins

⁶⁰ José Edwaldo Tavares Borba; Direito Societário; 10ª ed.; 2007; Editora Renovar.

⁶¹ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV Editora Saraiva; 1997.

⁶² Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV Editora Saraiva; 1997.

⁶³ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV Editora Saraiva; 1997.

Por sua vez, Fran Martins manifesta-se no sentido de que ***coligadas são as sociedades em que uma participa com dez por cento ou mais, do capital de outra sem, contudo, controlá-la.*** (Grifos nossos). *O elemento essencial da classificação é, como foi dito acima, o controle de uma sociedade por outra; a porcentagem mínima de dez por cento é fixada apenas como uma regra geral, para efeito de tornar obrigatória a menção da participação não apenas no relatório anual das companhias como nas demonstrações financeiras que devem obedecer a certos requisitos especiais, segundo o estabelecido nos arts. 247 e 248⁶⁴.* Continua o autor asseverando que ***nessas condições, para que uma sociedade possa ser considerada como coligada de outra é necessário que tenha, na segunda, uma participação no capital superior a dez por cento mas que não a controle.*** (Grifos nossos).

Até o presente momento, deve-se assinalar que a opinião de ambos os tratadistas é, em última análise, bastante coincidente.

Vejam os ainda o que preceitua Fran Martins: ***isso significa que a participação no capital da coligada pode mesmo ser superior a 50 por cento, limite usual para que uma sociedade obtenha o controle de outra. Acontece, entretanto, que o que dá o controle da sociedade são as ações votantes, que pela lei atual podem ser reduzidas a um número mínimo, fazendo com que a sociedade seja controlada por acionistas que participam com reduzidíssima importância do capital; basta que a sociedade possua ações preferenciais sem direito a voto no limite permitido pela lei (66% do capital social) e, além do mais, entre as ações ordinárias, ações sob a forma ao portador. Em virtude desses fatos, pode uma sociedade possuir mais de cinquenta por cento do capital de outra sem, contudo, controlá-la, desde que sua participação seja em ações de que foi retirado o direito de voto. Em tal hipótese as sociedades são apenas coligadas. Por outro lado, o argumento serve para mostrar que uma sociedade pode ser controlada por outra mesmo participando com uma pequena parcela ao capital desta, desde que essa parcela se constitua de ações votantes; Berle e Means citam inúmeros casos em que o controle de sociedades pertence a acionistas com reduzida participação no capital. Isso, sem falar no controle em virtude de relações contratuais ou disposição legal⁶⁵.***

2.1.1.1. Análise dos conceitos acima e sua aplicação para o regime de TLCCE

Conforme já visto, o regime de TLCCE engloba também as *coligadas*. Como se pode facilmente deduzir das lições acima, será, por vezes, muito tênue a linha divisória entre coligação e controle. E esta constatação é importante para o tema presente, mormente diante do posicionamento esposado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *case* da inconstitucionalidade alegada do regime de TLCCE, e que poderá ser o entendimento consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o regime tributário mencionado pode ser aplicado sem maiores problemas no que concerne às controladoras, por virtude da imediata disponibilidade da renda de suas controladas no

⁶⁴ Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume III; 1978.

⁶⁵ Fran Martins; Comentários à Lei das S.A. ; Ed. Forense; Volume III; 1978.

exterior, por decorrência do liame de subordinação jurídica existente, mas será inconstitucional se aplicado às coligadas, uma vez que não há supremacia de uma em relação à outra, não se podendo falar, por isso, em disponibilização de renda.

Retomando, assim, a linha de raciocínio, como dissemos, *haverá situações de tênue distinção entre controle e coligação*. Quanto a isto, cremos que as linhas anteriores já seriam suficientes para que se possa distinguir entre uma e outra situação.

Caso realmente venha a prevalecer o entendimento da Ministra Ellen Gracie, então deve-se ver que o Fisco deverá ser bastante cauteloso na identificação das situações de controle e de coligação, porque disto dependerá a possibilidade jurídica de aplicação do regime de TCCE.

Deve-se, ainda, atentar, para o critério legislado na LSA, no sentido de que **não poderá ser considerada coligada Sociedade que detenha menos de 10% (dez por cento) do capital – com e/ou sem direito a voto – de outra**⁶⁶.

2.1.1.2 As coligações indiretas

A questão não encontra limites aí, porque ainda deve ser mencionado o fenômeno da *coligação indireta*. Muito embora rechaçada essa qualificação por autores como Eizirik, para quem *a lei das S/A, em seu art. 243 parágrafo 1º, seguindo no particular a orientação do direito italiano, igualmente excluiu, com o silêncio, a coligação indireta. Com efeito, embora tenha previsto expressamente o controle indireto, a lei silenciou a respeito de eventual caracterização de coligação indireta. Daí pode-se concluir que o legislador excluiu, para todos os efeitos, a possibilidade de se cogitar de uma situação de coligação, por exemplo, entre A e C, quando A é coligada de B, que, por seu turno, é coligada de C, afirmando ainda que é de todo evidente, assim, que seria inteiramente ilegal, caracterizando o abuso de poder, o eventual ato de autoridade administrativa que resolvesse vedar a aquisição de ações por parte de uma companhia, fundamentado na ocorrência de coligação indireta*⁶⁷, fato é que a CVM – Comissão de Valores Imobiliários, em sua Instrução 247/96 previu essa figura no parágrafo único de seu art. 2º, especificamente na alínea “a”.

Sem querer penetrar na questão da validade legal da Instrução 247/96 da Comissão de Valores Mobiliários, fato é que não havendo configuração da *coligação indireta* em nosso direito privado, não poderá, nem o legislador tributário, nem tampouco (e menos ainda!) a administração tributária criar um tal conceito para fins de aplicação de TLCCE, ainda por virtude da expressa norma do art. 110 do Código Tributário Nacional.

⁶⁶ Será, por outro lado, interessante notar que em alguns casos, embora não possa ser enquadrada como coligada, uma Sociedade poderá possuir, por exemplo, 7% do capital social com direito a voto de outra e ser considerada materialmente como controladora, o que nos demonstra que a coligação não é necessariamente um *minus* qualitativo em relação ao controle, nem mesmo *um degrau de passagem necessária* para o controle. São, em verdade, dois institutos com características e natureza próprias, e apenas alguns pontos em comum.

⁶⁷ Estudo publicado na Revista de Direito Mercantil 99:93 e ss. 85 e 86.

III – Das Holdings e da importância da sua caracterização para a TLCCE

3.1. Caracterização legal e conceito

Como bem explicita a doutrina, *a entidade concentracionista, que surge das coligações e do controle de outras sociedades, encontra na holding o instrumento fundamental de sua organização. As holdings são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando, nesse caso, constituir a cligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Trata-se, neste caso, de holding pura, ou seja, que tem como atividade única administrar a titularidade de ações emitidas por outras companhias. Quando exerce o controle (art. 245) a holding tem uma relação de dominação com suas controladas, que serão suas subsidiárias*⁶⁸.

O professor Fábio Konder Comparato, traçando um panorama evolutivo entre o acordo de acionistas e a holding, leciona como se segue: *Perante a sociedade holding, tanto a comunhão acionária quanto o voting trust fazem figura de soluções precárias ou incompletas. A holding representa, de certo modo, o seu aperfeiçoamento natural. A sua origem se encontra também nos Estados Unidos. Já em 1780 assinalava-se, no estado de Pensilvânia, uma autorização legislativa para que cerca de 40 sociedades assumissem, livremente, participações no capital de outras sociedades, em contraste com a orientação até então prevalecente, de somente se autorizarem tais participações com a fixação de um percentual máximo e da espécie das ações a serem adquiridas. Superando o sistema dos privilégios (leges privatae), é no Estado de Nova Jérсия, em 1888, que se promulga a primeira lei geral, autorizadora da aquisição de ações de uma companhia por outra sociedade. O imediato sucesso comercial da inovação correspondeu a um paralelo êxito financeiro, pois a receita do Estado logrou substancial aumento, com o produto das taxas cobradas por ocasião da constituição de novas companhias (incorporation fees), criadas, exclusivamente, para o aproveitamento do favor legal. Não querendo ficar atrás, os demais Estados da federação passaram, desde logo, a imitar o de Nova Jérсия, levando em pouco tempo a rede de holding companies a cobrir quase todo o território da União*⁶⁹.

3.1.1. Holdings puras – há empresarialidade?

Esta questão tangencia o tema de TLCCE e sobre ele já nos manifestamos anteriormente, conforme se segue: *Há quem defenda que, apesar dos estudos da teoria da interposição, já vista, que a existência (ou não) de empregados ou de colaboradores é indiferente para a sua classificação como empresária ou não empresária. Para este setor doutrinário, o que se deve ter por parâmetro é que: Nell'attività*

⁶⁸ Modesto Carvalhosa; Comentários à Lei das SA; V. IV Editora Saraiva; 1997.

⁶⁹ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.

commerciale il lavoro può essere svolto dallo stesso imprenditore personalmente od avere carattere marginale: la vita offre esempi di esercizi commerciali in cui in cui il lavoro umano è sostituito nella massima parte da congegni meccanici (automatici), Che a seguito dell'introduzione della moneta o del gettone consegnano al cliente da merce desiderata, ed in cui la presenza dell'impresa è inegabile⁷⁰.

Entre nós, na mesma senda, segue Tavares Borba: Hoje, com o avanço científico e o automatismo, algumas indústrias quase não têm empregados, os quais foram substituídos pelo aparato tecnológico, que processa a matéria-prima, elabora o produto, e até mesmo o acondiciona para o mercado. Nesses casos, ainda que não se tenha uma organização de pessoas, tem-se a coordenação de meios materiais, e a sociedade empresária, por essa razão, avulta indiscutível.⁷¹

É ainda a doutrina italiana que afirma que o exercício de atividade econômica pode ser verificado quando há a criação de nova forma de riqueza, seja através da geração direta de lucro ou da agregação de valor a outros bens ou atividades pré-existentes. Conforme Ferrara Jr. e Corsi: Produzione di ricchezza si há non solo quando si creino nuovi beni, ma altersi quando si aumenti il valore dei beni esistenti (portandoli nel luogo di smercio od altrimenti)⁷². Nesse sentir é que deveria-se ter uma acepção ampla de circulação e produção de bens e serviços, inclusive englobando não somente a manufatura e comércio, como também as atividades de coordenação ou de subordinação tais como as exercidas pela sociedade holding.

Não nos parece, no entanto, ser esta a melhor solução. Nos parece que a atividade de holding por si própria não poderá ser considerada como empresarial, posto que não promove a circulação e produção de forma direta. A holding pura é uma sociedade cujos escopos principais são a aquisição, titularidade, alienação e controle de participações societárias. Tais escopos são exercidos com profissionalismo, vez que a holding as executa como principal atividade e razão da sua existência como vértice de estrutura de controle (cf. art. 2º, §§ 1º e 2º c/c art. 243 §2º, ambos da LSA. c/c art. 1.053, § único, do Novo Código Civil).

É verdade que a doutrina italiana, como visto, em especial, Ferrara Jr. e Corsi confirmam o entendimento contra o qual nos batemos: Le società aventi por oggetto di investire il próprio patrimonio in azioni o quote di altre società esercitano attività econômica, tano nell'ipotesi in cui si propognano di corrispondere ao soci um dividendo constante (come avviene da tempo nell' investment trust del diritto anglosassone ed ora nei fondi comuni d'investimento mobiliare di recente disciplinati da noi), quando nell'altra in cui si propongnano, attraverso il dominio di altre società ed il coordinamento della loro azione, di valorizzare le partecipazioni sociali possedute e di realizzare maggiori redditi (come avviene nela holding): sai nell'uno che ne l'altro caso l'attività è direta alla produzione di nuova ricchezza⁷³.. É verdade ainda que Comparato, citando Kohler e Ascarelli, fala da utilização das

⁷⁰ Cit.

⁷¹ Cit.

⁷² Cit., p 31.

⁷³ Op. Cit. p. 31

sociedades holdings como negócio jurídico indireto e acentua: Parece-nos, em consequência, impossível excluir, completamente, a atividade empresarial das sociedades controladas do objeto da sociedade de controle pura, ainda que essa atividade empresarial não venha explicitada no contrato social ou nos estatutos da holding⁷⁴. No entanto, continuamos entendendo que as Holdings Puras quando Limitadas (porque as Sociedades Anônimas são empresariais por determinação legal) serão meramente sociedades simples.

No entanto, é de se ver que a empresarialidade das holdings, ainda que puras, é defendida por respeitáveis setores doutrinários. Da lavra de Calixto Salomão Filho são as palavras: *No Brasil, a holding será sociedade empresária (art.966 do Código Civil de 2002). Mesmo quando não for possível a ela atribuir o objeto da sociedade controlada (por não ser ela, por exemplo, holding pura), parece possível dizer que na gestão de participações a holding organiza-se para a prestação de um serviço. Há, assim uma empresarialidade autônoma da holding. É inegável, porém, que o controle não existe nunca como um objetivo per se da holding, mas surge sempre em função da exploração empresarial que constitui objeto das sociedades controladas. Poder-se-ia, pois, falar em negócio jurídico indireto na constituição de sociedades de controle puras. Como ensinou Ascarelli, "o negócio indireto fica subordinado, quer quanto à validade, quer quanto à disciplina, a duas ordens de normas jurídicas: as que dizem respeito ao tipo de negócio adotado, e as que concernem à função deste no caso concreto. Parece-nos, em consequência, impossível excluir, completamente, a atividade empresarial das sociedades controladas do objeto da sociedade de controle pura, ainda que essa atividade empresarial não venha explicitada no contrato social ou nos estatutos da holding. Ela pode e deve ser levada em consideração, todas as vezes em que se trate de evitar uma fraude à lei ou desvio de poder, por exemplo, como teremos ensejo de verificar na terceira parte deste estudo⁷⁵*

Assim é que, *empresariais* ou *simples*, fato é que as holdings verdadeiras controladoras e sobre elas deve ser aplicado a sistemática da TLCCE.

⁷⁴ COMPARATO, Fabio. O Poder de Controle na Sociedade Anônima – Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 135.

⁷⁵ Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho; O Poder de Controle na Sociedade Anônima; Editora Forense; 2005.