

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

PARECER

REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À SOCIEDADE ANÔNIMA CUJO COMANDO É COMPARTILHADO ENTRE UMA EMPRESA PÚBLICA E UMA EMPRESA PRIVADA. SUJEIÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO COMUM E INAPLICABILIDADE DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO

Arnoldo Wald

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1956. Doutor Honoris Causa da Universidade de Paris II, Paris, 1998. Advogado

A maioria do capital social nem sempre é relevante para determinar o controle, pois pode não assegurar o comando da empresa, em virtude das disposições dos estatutos e dos acordos de acionistas. A Sociedade Anônima não tem a natureza de sociedade controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado, eis que, segundo suas próprias disposições estatutárias, nenhum dos sócios detém, individualmente, o poder de eleger a maioria dos administradores ou de orientar os negócios sociais.

Trata-se, pois, de empresa privada com participação estatal, sujeita tão-somente ao direito comum.

“Como se vê, a lei prevê duas hipóteses em que um grupo de pessoas pode vir a ser titular do poder de controle: (...) quando esse grupo se forma através de um acordo de votos, firmado entre diferentes pessoas, físicas ou jurídicas, associando interesses distintos, se bem que convergentes.

*Em tais hipóteses, fala-se em controle conjunto ou compartilhado (joint control), pois, nelas, o grupo de controle exerce as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador sempre de forma coletiva. Ou seja, as pessoas que o constituem agem e respondem como se fossem uma só pessoa, **sem que cada uma, por si só, possa ser caracterizada como ‘acionista controlador’**. A circunstância de que qualquer um dos*

*participantes seja eventualmente majoritário, dentro ou fora do grupo, não o converte, ipso facto, em um acionista controlador, senão quando visto como parte componente da coletividade”.*¹

*“Acionista controlador, na conceituação legal, é o acionista que exerce o poder de comando da sociedade (e não do grupo de controle). O poder de controle é atributo e prerrogativa do grupo considerado coletivamente, e não de qualquer dos seus participantes considerado isoladamente. O só fato de o acionista precisar do grupo para integrar o controle é suficiente para demonstrar que sozinho ele não pode exercer esse poder”.*²

Sumário: 1. Quesito básico da consulta – 2. Parecer: O controle da Sociedade Anônima: compartilhamento entre empresa pública e empresa privada; – 2.1 O conceito de controle e de acionista controlador; – 2.2. A inexistência de controle por parte de integrante do chamado “controle partilhado”; – 2.3. O efetivo compartilhamento do comando da Sociedade Anônima e a inexistência de controle público; – 3. Conclusão e resposta ao quesito

1. Quesito básico da consulta

Deve ser considerada como sendo de economia mista uma empresa constituída por uma estatal com 51% das ações e de uma sociedade privada com 49% na qual a estatal não exerce o controle?

2. Parecer

O controle da Sociedade Anônima: compartilhamento entre empresa pública e empresa privada

2.1. O Conceito de controle e de acionista controlador

¹LEÃES, Luiz Gasto Paes de Barros. Acordo de comando e poder compartilhado, In: *Pareceres*, São Paulo: Singular, 2004, p. 1309.

²MOTTA, Nelson Cândido. Alienação do poder de controle compartilhado, *Revista de Direito Mercantil*, n° 89, p. 43, jan./mar. 1993.

1. O controle societário pode caracterizar-se de inúmeras maneiras, a depender de sua composição acionária e das regras contidas em seu estatuto ou em eventual acordo de acionistas. O controle societário corresponde, em última análise, a um fato econômico, que gera consequências diversas previstas em cada legislação aplicável³.

2. No direito brasileiro, o legislador definiu o acionista controlador, inclusive conferindo-lhe responsabilidades diferenciadas em relação aos demais acionistas, no artigo 116 da Lei nº 6.404, de 1976 (“Lei das S.A.”), constando as definições de sociedades controlada e controladora do parágrafo 2º do artigo 243 da mesma lei, conforme transcrições abaixo:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, **a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;** e

b) **usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.**

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 243. (...)

§ 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.**

³ WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas, *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, nº 8, p. 171, maio/ago. 1977. Nesse sentido, TULLIO ASCARELLI assevera que o controle é noção meramente econômica e, enquanto situação de fato, pode constituir o pressuposto da aplicação de determinadas normas jurídicas. (“Riflessioni in tema di titoli azionari, personalità giuridica e società tra società”, *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, n. 1, p. 385, 1952). Segundo CLAUDE CHAMPAUD, a noção de controle caracteriza-se por um poder sobre bens alheios, decorrente da administração dos bens empresariais. Para ele, o controle constitui um poder, uma dominação da sociedade, exercida via instituições societárias, com o fim de dirigir a atividade econômica da empresa social (*Le pouvoir de concentration de lasociete par actions*, Paris: LibrairieSirey, 1962, p. 105).

3. Sobre o conceito adotado pelo direito societário brasileiro, **ALFREDO LAMY FILHO** e **BULHÕES PEDREIRA** ensinam que é acionista controlador aquele que detém a capacidade de determinar as deliberações da assembleia geral, permitindo-lhe exercer, em caráter permanente, o poder político sobre as atividades desenvolvidas pela sociedade⁴.

4. Embora normalmente detenha tal capacidade quem detém a maioria do capital social, o conceito de poder de controle e maioria acionária não se confundem, pois a organização empresarial (decorrente, por exemplo, de disposições estatutárias ou de eventuais acordos de acionistas) pode outorgar a outros sócios direitos que lhes assegurem a capacidade de orientar os negócios sociais.

5. Por tal razão é que a Lei das S.A., no art. 243, § 2º, acima citado, não conceitua acionista controlador como aquele que detém maioria acionária, mas como aquele que “*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***”.

6. Com efeito, o poder de controle, atributo específico do acionista controlador, é fundamentalmente o **poder de decidir, no âmbito dos órgãos societários, as questões relacionadas com a direção ou determinação das atividades sociais**⁵. Nessa linha, salienta **JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA**:

Controla uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, escolhendo os seus administradores e definindo as linhas básicas de sua atuação.⁶

7. Tendo em vista a estrutura administrativa deste tipo societário, pode-se afirmar que “*o núcleo da definição de controle, na sociedade anônima, reside no poder de determinar as deliberações da assembléia geral*”, órgão que corresponde, na prática, à “*última instância decisória*” da companhia⁷.

8. Corroborando as assertivas acima, **PEDRO A. BATISTA MARTINS** afirma que:

⁴LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 2, p. 235.

⁵“Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto.” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 489).

⁶BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334.

⁷COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51 e 88.

O acionista controlador exerce, permanentemente, o poder político, porque a titularidade do bloco de controle, que lhe assegura a capacidade de determinar as deliberações da Assembléia Geral, permite dirigir as atividades sociais na certeza de que suas decisões serão formalmente confirmadas pelo órgão social – transformar-se-ão em ‘lei’ para a sociedade.⁸

9. Verifica-se, assim, que o controle não está vinculado à propriedade da maioria das ações votantes, pois prevalece, no caso, a configuração, ou seja, a forma da estrutura societária e a organização empresarial, tanto assim que se admite a existência do controle minoritário e até o controle externo⁹.

10. Esta lição também é adotada pela doutrina administrativista. **MARÇAL JUSTEN FILHO**, por exemplo, registra que “o poder de controle consiste no **poder jurídico de determinar o destino da sociedade**, o que se traduz na eleição da maioria dos administradores da companhia, submetendo-os à observância de diretivas e orientações.”¹⁰

11. A concepção de controle vincula-se, pois, à capacidade do acionista, ou do grupo de acionistas, de impor, em caráter exclusivo, preponderante e permanente¹¹, a sua vontade no âmbito da assembleia geral, não à maioria das ações, muito embora esta, muitas vezes, assegure aquela. Mas o que caracteriza o poder de controle é a capacidade, a prerrogativa de orientar o funcionamento dos órgãos de administração, e, por consequência, a gestão das atividades sociais.

12. Dessa maneira, como destaca **NELSON CÂNDIDO MOTTA**:

Não faz portanto nenhum sentido, nem lógico, nem jurídico, que se possa ou se pretenda identificar o acionista controlador, independentemente da verificação desse prévio e essencial requisito, que é a **efetividade** do voto majoritário nas assembleias gerais da companhia.¹²

⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de acionista controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n° 27, p. 45. 2005.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, *op. cit.* p. 89 e ss.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

¹¹ Na esfera do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito, consignando as noções de preponderância e de permanência para a caracterização do controle de sociedade. Em voto que proferiu, como Relator, o Ministro **BARROS MONTEIRO** teve o ensejo de afirmar, ressaltando a definição legal, que: “*Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*”. (grifamos) (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial n° 556.265/RJ, Relator Ministro **BARROS MONTEIRO**, DJ 13 de fevereiro de 2006).

¹² MOTTA, Nelson Cândido. Alienação do poder de controle compartilhado, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n° 89, p. 42, jan./mar. 1993.

13. O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito, consignando as noções de preponderância e de permanência para a caracterização do controle de sociedade. Em voto que proferiu, como Relator, o Ministro **BARROS MONTEIRO** teve o ensejo de afirmar, ressaltando a definição legal, que:

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.¹³

14. Em precedente mais antigo, o mesmo Ministro houve por bem ressaltar as noções de supremacia nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia como fatores essenciais à caracterização do controle¹⁴.

15. O Supremo Tribunal Federal, em julgado de lavra do Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, tangenciou o tema, tratando da alienação de ações, ao verberar que “[a referida alienação] *deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante à pessoa administrativa a preponderância nas deliberações sociais e marca a natureza da entidade.*”¹⁵

16. Posteriormente, este mesmo entendimento foi reiterado pela Ministra **CARMEN LÚCIA**, em caso análogo, fazendo remissão expressa ao aludido julgado relatado pelo Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, exigindo lei específica para autorizar a alienação de ações, em sociedade de economia mista, que implique a transferência, pelo Estado, de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais, ou seja, do controle acionário¹⁶.

¹³ STJ, 4ª Turma, REsp nº 556.265/RJ, Relator Ministro **BARROS MONTEIRO**, DJ de 13.02.2006.

¹⁴ STJ, 4ª Turma, REsp nº 784/RJ, Relator Ministro **BARROS MONTEIRO**, DJ de 20.11.1989.

¹⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 234/RJ, Relator Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, DJ de 15.09.1995.

¹⁶ É válido conferir o seguinte trecho da ementa: “1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. 2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj (...)” (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 1.348/RJ, Rel. Min. **CARMEN LÚCIA**, DJ de 07.03.2008).

2.2. A inexistência de controle por parte de integrante do chamado “controle partilhado”

17. Como ensina LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, no chamado controle compartilhado, as partes exercem as prerrogativas que incumbem ao acionista controlador de forma coletiva. Em outras palavras, as pessoas que constituem o grupo dominante agem como se fossem uma única pessoa, sem que cada uma, isoladamente, possa ser caracterizada, por si só, como “acionista controlador”¹⁷.

18. De fato, é evidente que “*não é titular do poder de controle o acionista (ou grupo de acionistas) que dependa do voto de outros sócios, para fazer valer a sua vontade nas assembleias gerais*”¹⁸.

19. Nesse sentido, é possível afirmar que, no caso do comando compartilhado que é exercido em conjunto pelos acionistas, nenhum dos sócios detém, individualmente, o controle. Ou seja, no fundo, em boa técnica, não existe controle compartilhado, pois o controle, a hegemonia no comando da empresa, não é divisível.

20. Poucos são os estudos específicos sobre a sociedade sob comando partilhado, o que se explica pelo fato de se tratar de situações que somente se desenvolveram recentemente. Porém, há doutrina mansa e pacífica reconhecendo não só a unidade do controle como também o fato de que, caracterizado como uma hegemonia, só pode pertencer a um único titular, que deve ser reconhecido como sendo o controlador da empresa.

21. Fez-se uma adequada analogia entre o controle societário e a soberania nacional, que também é una e indivisível, pois não se pode dizer que cada um dos vários poderes que integram o Estado seja soberano. Soberano é tão-somente o Estado. E a melhor doutrina reconhece o controle como “poder soberano”¹⁹.

22. Em estudo pioneiro sobre a matéria, NELSON CÂNDIDO MOTTA, escreveu a respeito que:

Evidentemente não é titular do poder de controle o acionista (ou grupo de acionistas) que dependa do voto de outros sócios, para fazer valer a sua vontade nas assembleias gerais. A rigor, só detém realmente o poder de controle o acionista (ou grupo de acionistas) que possa contar, de

¹⁷LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Restrições a transferência de ações e alteração do poder de controle, *Revista de Direito Mercantil*, nº 153-154, p. 290, jan./jul. 2010.

¹⁸MOTTA, Nelson Cândido, *op. cit.*, p. 42.

¹⁹COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, *op. cit.* p. 135.

modo, se não permanente, pelo menos estável, com mais de 50% dos votos habilitados a concorrer à assembléia geral.²⁰

(...)O poder de controle, sendo soberano por definição, é necessariamente único e exclusivo". (...) O só fato de o acionista precisar do grupo para integrar o controle é suficiente para demonstrar sozinho ele não pode exercer esse poder.²¹

23. Por sua vez, o Professor LEÃES define o controle, afirmando que:

*É tendo em vista essas características do poder de comando que se pode falar em controle comum ou compartilhado. No controle comum ou compartilhado, os integrantes do grupo dominante exercem, em conjunto, de forma coletiva, as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador (joint control). Ou seja, a pessoas, que constituem a coletividade, agem e respondem como se fossem uma única pessoa, **sem que cada uma, isoladamente, pudesse ser caracterizada, por si só, como acionista controlador.***²²

24. E conclui, após ter comparado o controle compartilhado ao condomínio, que:

A circunstância de que qualquer um dos participantes seja eventualmente majoritário, dentro ou fora do grupo, não o converte, ipso facto, em um acionista controlador.²³

25. Em todo grupo de controle, a lei pressupõe sempre o exercício de um poder coletivo, entendendo que essa coletividade deva ser encarada como um único sujeito de direito. Nesse sentido, o artigo 116 da Lei das S.A. conceitua o acionista controlador usando expressão no singular, abarcando tanto a pessoa natural ou jurídica, como grupo de pessoa, acionistas da companhia, vinculados por acordo de voto ou sobre o controle comum²⁴.

26. O poder de controle é, no caso do comando compartilhado, um atributo do grupo e não dos seus membros individualmente considerados.

²⁰ MOTTA, Nelson Cândido, *op. cit.* p.42.

²¹ MOTTA, Nelson Cândido, *op. cit.* p.43.

²² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *op. cit.*, p. 290.

²³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Acordo de comando e poder compartilhado, In: *Pareceres*, São Paulo: Singular, 2004, v. 2, p.1309.

²⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Restrições a transferência de ações e alteração do poder de controle, *op. cit.*, p. 291.

27. É exatamente este o caso da Consulta, em que o poder de controle é exercido conjuntamente por EMPRESA PRIVADA e EMPRESA PÚBLICA, como se demonstra a seguir.

2.3. O efetivo compartilhamento do comando da Sociedade Anônima e a inexistência de controle público

28. No caso da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, o comando, que podemos denominar poder de controle, é claramente exercido de modo compartilhado pelos sócios, EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA em decorrência de três fatores principais, quais sejam:

(i) a *SOCIEDADE ANÔNIMA* foi criada para realização de um empreendimento comum, em que ambas as partes (EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA) teriam participação *equivalente* nas decisões estratégicas e obrigações de natureza *complementar*;

(ii) a Escritura Pública, de criação da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, estabeleceu que cada parte teria o direito de eleger um diretor e que as decisões seriam tomadas conjuntamente; e

(iii) se verificou, em toda a existência da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, que o comando sempre foi, de fato, exercido de forma compartilhada entre os sócios EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA.

29. De fato, com relação ao fator descrito no item (i) acima, da leitura da Escritura Pública de sua constituição extrai-se que a *SOCIEDADE ANÔNIMA* foi criada para a realização de um empreendimento comum entre os sócios, EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA, em igualdade de condições, embora cada um tivesse obrigações de natureza complementar.

30. A *SOCIEDADE ANÔNIMA*, com efeito, foi criada e incumbida de lavrar o minério das minas dos dois sócios e vendê-lo a EMPRESA PRIVADA, para beneficiamento e tratamento industrial. E foram definidas, desde logo, as participações de cada empresa nos resultados do empreendimento, com a peculiaridade de que o lucro não é proveniente, na sua maior parte, do processo de mineração, mas do beneficiamento e da industrialização do minério e de sua venda no mercado nacional e internacional, etapas a cargo exclusivo da EMPRESA PRIVADA.

31. A EMPRESA PÚBLICA, em particular, tem dupla participação no empreendimento, pois recebe:

a) 50% do lucro da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, que recebe 100% da receita decorrente da venda de todo o minério, de acordo com a Escritura Pública;

b) 25% do lucro de toda a operação da EMPRESA PRIVADA, em virtude de sociedade em conta de participação prevista na Escritura Pública.

32. No projeto conjunto, portanto, a expressiva participação numérica da EMPRESA PÚBLICA só existe num primeiro momento, de extração do minério, que é todo vendido à EMPRESA PRIVADA, para que esta desenvolva, por sua conta e risco, as atividades de beneficiamento e de industrialização do minério, com tecnologias que não pertencem à EMPRESA PÚBLICA, nem foram objeto do contrato de constituição do negócio. Aliás, o *know-how* já pertencia à EMPRESA PRIVADA no momento em que as partes se associaram e foi por ela aperfeiçoada no tempo.

33. Mas não é só. Com relação ao fator descrito no item ii acima, tendo em vista a natureza e o contexto de criação da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, as partes decidiram, desde o início, estabelecer **participação igualitária nas decisões sociais relevantes**.

34. Para tanto, em primeiro lugar, as ações da *SOCIEDADE ANÔNIMA* foram divididas em três classes distintas.

35. Em segundo lugar, o Estatuto Social constante da Escritura Pública de criação da *SOCIEDADE ANÔNIMA* estabeleceu que a empresa teria dois administradores:

a. o **Diretor Presidente** – a quem compete privativamente a direção dos serviços relativos à administração, contabilidade, tesouraria, faturamento e cobrança de vendas, escrituração fiscal e cumprimento de todas as obrigações legais da sociedade;

b. o **Diretor de Operações** – a quem compete privativamente a direção de todos os serviços que integram o objeto social: a extração mineral e a entrega do minério extraído à EMPRESA PRIVADA, para que o comercialize.

36. E, em terceiro lugar, o Estatuto Social conferiu aos titulares de cada classe de ações preferenciais direitos políticos que, em seu conjunto, outorgam à EMPRESA PRIVADA poderes de efetiva direção sobre os negócios sociais, em situação de igualdade com a EMPRESA PÚBLICA.

37. Mais especificamente, aos titulares de ações preferenciais classe A, o Estatuto conferiu direito de voto, juntamente com as ações ordinárias, para eleger ou destituir o Diretor-Presidente.

38. Aos titulares de ações preferenciais classe B, conferiu-se o direito de voto, juntamente com as ações ordinárias, para eleger ou destituir o Diretor de Operações.

39. E, por fim, aos titulares das ações preferenciais classe C, conferiu-se o direito de voto, juntamente com as ações ordinárias, nas principais decisões sociais, de modo a orientar os negócios da *SOCIEDADE ANÔNIMA*.

40. Assim, para verificar quem tem o poder de eleger o Diretor Presidente, somam-se as ações ordinárias e as preferenciais classe A e apura-se, desse cálculo, quem tem a maioria. Conforme os números acima, a EMPRESA PÚBLICA detém 53,62% das ações com direito a voto nessa matéria enquanto os demais acionistas detêm, em conjunto, 46,37% das ações com direito a voto nessa matéria. Neste sentido, à EMPRESA PÚBLICA foi atribuído o poder de eleger o Diretor Presidente.

41. Da mesma forma, para verificar-se quem tem o poder de eleger o Diretor de Operações, somam-se as ações ordinárias e as preferenciais classe B e apura-se, desse cálculo, quem tem a maioria. A EMPRESA PRIVADA detém 50,69% das ações com direito a voto nessa matéria enquanto os demais acionistas detêm, em conjunto 49,31% das ações com direito a voto nessa matéria, pois as PNA não o têm. À EMPRESA PRIVADA foi atribuído, portanto, o poder de eleger o Diretor de Operações.

42. Por fim, as **principais decisões da SOCIEDADE ANÔNIMA** (dentre as quais qualquer alteração do próprio Estatuto, incorporação, fusão, dissolução, liquidação, destinação dos lucros, alienação, locação ou sublocação de bens ou direitos do seu ativo ou constituição de ônus reais, aquisição de bens imóveis, participação em outras sociedades, criação ou participação em qualquer outro empreendimento, contratação de empréstimos e aquisição de bens a prazo) **dependem necessariamente de voto conjunto da EMPRESA PÚBLICA e da EMPRESA PRIVADA**, pois uma é detentora de 51% das ações ordinárias e outra de 49% de ações ordinárias e de 100% de preferenciais Classe C, **totalizando exatamente 50% das ações com direito a voto na matéria**. Não podem, nessas matérias, que são essenciais para a sociedade, qualquer um dos sócios decidir sem o consenso do outro.

43. Assim, fica evidente que, desde a criação da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, o poder de controle é exercido pelas duas sócias principais, EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA, já que cada um dos dois administradores da sociedade seria indicado por uma dessas sócias e que as decisões relevantes para a *SOCIEDADE ANÔNIMA* dependeriam de manifestação unânime desses mesmos sócios.

44. Assim, em face da estrutura jurídica do empreendimento, que hoje não é passível de modificação, a *SOCIEDADE ANÔNIMA* deve ser entendida como um

empreendimento privado típico de exploração mineral, na qual a EMPRESA PÚBLICA **não tem qualquer participação na gestão, embora disponha dos elementos necessários para exercer estrito controle de sua participação nos lucros**, mediante procedimentos contábeis e realização de auditorias.

45. Por fim, com relação ao item (iii) acima, é fácil verificar, do exame dos atos societários da SOCIEDADE ANÔNIMA, que as regras estabelecidas na Escritura sempre foram observadas, sendo o poder de controle exercido efetivamente de modo compartilhado entre EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA durante toda a existência da sociedade, ou seja, durante mais de 40 anos. As deliberações em assembleia geral da *SOCIEDADE ANÔNIMA* têm sido sempre tomadas de forma unânime pelos acionistas EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA.

46. Em suma, o poder de controle da *SOCIEDADE ANÔNIMA* é e sempre foi exercido, desde sua criação, em conjunto, pelos dois sócios principais, EMPRESA PÚBLICA e EMPRESA PRIVADA, não tendo nenhum deles o controle da companhia se não tiver a concordância do outro. **Cada um dos dois administradores da sociedade é indicado por um sócio e as decisões relevantes para a SOCIEDADE ANÔNIMA dependem de manifestação unânime desses mesmos sócios.**

47. Desse modo, nenhum dos sócios detém, individualmente, o poder de eleger a maioria dos administradores ou orientar os negócios sociais da *SOCIEDADE ANÔNIMA*, razão pela qual a premissa de que partiu o Tribunal de Contas do Estado – qual seja, a de que a *SOCIEDADE ANÔNIMA* é controlada pelo Estado, por meio da EMPRESA PÚBLICA – simplesmente não é verdadeira e se baseou numa presunção inexata quanto à representação dos sócios na companhia e desconsiderou a letra e o espírito dos estatutos da empresa e do acordo de acionistas.

48. Tais conclusões, vale registrar, por fim, se harmonizam, inclusive, com o arcabouço legal estadual pertinente. Com efeito, não consta das leis instituidoras e modificativas da antiga EMPRESA PÚBLICA, a previsão específica para a criação de subsidiárias e/ou participação no capital de sociedade de economia mista, mas é admitida a participação em empreendimento econômico em parceria “com empresas estatais ou privadas”.

49. Trata-se, destarte, de acordo com a determinação legal de mera *participação* ou *parceria*, como a lei frisa, e não de *controle*.

3. Conclusão e resposta ao quesito

50. Diante do exposto, passamos a responder à Consulta que nos foi formulada.

PRIMEIRO QUESITO: A SOCIEDADE ANÔNIMA é uma entidade controlada pelo Estado e, portanto, integrante da Administração Indireta, à luz da Constituição?

51. Não. A SOCIEDADE ANÔNIMA não se amolda à situação prevista na Constituição do Estado, uma vez que a EMPRESA PÚBLICA, não tem poder de controle sobre ela, nos termos preconizados pelos arts. 116 e 243, §2º, da Lei das S/A.

52. Conforme restou demonstrado neste Parecer, desde a criação da SOCIEDADE ANÔNIMA, e à luz da composição acionária atual, a EMPRESA PÚBLICA não tem capacidade de impor, sozinha, em caráter permanente, a sua vontade no âmbito da assembleia geral, ou seja, além de não deter preponderância nas deliberações sociais, tampouco pode eleger a maioria dos administradores.

53. Na verdade, o comando e, conseqüentemente, o controle da SOCIEDADE ANÔNIMA é, efetivamente, compartilhado entre a EMPRESA PÚBLICA e a Consulente, de modo que a decisão do TCE/MG partiu de premissa equivocada, o que invalida as demais conclusões a que o tribunal administrativo chegou.

54. A conclusão inarredável, portanto, é a de que a SOCIEDADE ANÔNIMA deve se sujeitar, como sempre se sujeitou, exclusivamente às normas de direito privado, não lhe sendo aplicáveis quaisquer das obrigações de direito público afeitas às entidades da Administração Indireta.

Este é o nosso parecer, atendendo à consulta formulada.

São Paulo, agosto de 2013.