

BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA  
Advogadas Associadas

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL industrial, econômico e financeiro

---

141

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLV (Nova Série)  
janeiro-março/2006

BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA  
Advogadas Associadas

MALHEIROS  
EDITORES

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLV — n. 141 — janeiro-março de 2006

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN, EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI, PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA e VERA HELENA DE MELLO FRANCO

SECRETÁRIO EXECUTIVO: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

### REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3289-0811

Fax: (011) 3251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

BREVES ACENOS PARA UMA ANÁLISE ESTRUTURALISTA DO CONTRATO ..... 7

— CALIXTO SALOMÃO FILHO

APONTAMENTOS SOBRE ALGUMAS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS  
CONTRATOS COMERCIAIS: POTHIER, CAJRU E CÓDIGO COMERCIAL DE 1850 ..... 31

— PAULA A. FORGIONI

### ATUALIDADES

POLÍTICA ECONÔMICA E ESTADO ..... 41

— GIOVANI CLARK

A CONSTITUCIONALIDADE DA “TABLITA” ..... 49

— ARNOLDO WALD

REGIME JURÍDICO NA REGULAÇÃO DE SINISTRO COM RESSEGURO  
OBRIGATÓRIO ..... 52

— RENATO BURANELLO

DIREITO DE RETENÇÃO NO CONTRATO DE EMPREITADA ..... 57

— RENATO VENTURA RIBEIRO

ENDOSSOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS, ENDOSSO PÓSTUMO E CIRCULAÇÃO  
IMPRÓPRIA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO (Código Civil, arts. 919 e 920) ..... 69

— MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

CRÉDITO E TÍTULOS DE CRÉDITOS NA ECONOMIA MODERNA. Uma visão  
focada na Cédula de Produto Rural – CPR ..... 96

— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA e NANCY GOMBOSSY DE MELO FRANCO

LOS EMISORES LATINOAMERICANOS DE VALORES ANTE EL MERCADO  
EUROPEO ..... 105

— JAVIER VALLE

DAS AQUISIÇÕES HOSTIS NA PRÁTICA NORTE-AMERICANA E A PERSPECTIVA  
BRASILEIRA ..... 121

— GUSTAVO SANTAMARIA CARVALHAL RIBAS

THEORY AND PRAGMATISM OF GOVERNANCE REFORM IN BUSINESS  
REORGANIZATION: A CASE STUDY OF BRAZIL ..... 130

— GUSTAVO OLIVA GALIZZI

|   |     |
|---|-----|
| REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS .....                              | 147 |
| — MAURICIO MOREIRA MENDONÇA DE MENEZES  |     |
| REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI FALIMENTAR: OS EFEITOS DA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL .....  | 169 |
| — JEAN CARLOS FERNANDES   |     |
| UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA VIÁVEL NO CONTEXTO DA NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS .....                                      | 185 |
| — EDUARDO ZILBERBERG  |     |
| FRAUDE CONTRA CREDORES: EFEITOS DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA .....  | 192 |
| — JOSÉ ELI SALAMACHA  |     |
| INEXIGIBILIDADE DE MULTAS TRIBUTÁRIAS DO CONTRIBUINTE NA SUA FALÊNCIA .....   | 202 |
| — VINÍCIUS JOSÉ MARQUES GONTIJO   |     |
| A TRIBUTAÇÃO DA RENDA NAS OPERAÇÕES PRATICADAS NO ÂMBITO DO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS E OS NOVOS TÍTULOS PARA FINANCIAMENTO DO AGRONEGÓCIO ..... | 213 |
| — ANDRÉ RICARDO PASSOS DE SOUZA   |     |
| A DISCIPLINA DAS VENDAS CASADAS NO DIREITO ANTITRUSTE: ELEMENTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA .....                 | 231 |
| — PAULO EDUARDO LILLA   |     |

#### ESPAÇO DISCENTE

|   |     |
|---|-----|
| INADIMPLETAMENTO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: UM ESTUDO SOBRE A MORA E AS PERDAS E DANOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ..... | 263 |
| — TARCISIO TEIXEIRA   |     |

#### PARÊCERES

|  |     |
|--|-----|
| A EMPRESA QUE FINANCIAS OUTRAS DO MESMO GRUPO NÃO SE CARACTERIZA COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ..... | 275 |
| — ARNOLDO WALD   |     |

#### JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

|   |     |
|---|-----|
| EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS ..... | 291 |
| — RENATO PELIZZARO  |     |

## COLABORAM NESTE NÚMERO

ANDRÉ RICARDO PASSOS DE SOUZA  
MBA em Finanças e Mercado de Capitais – MP/FGV/BANCO BBM. LL.M. em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais – IBMEC/SP. Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro.

ARNOLDO WALD  
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor *Honoris Causa* da Faculdade de Direito de Paris (II). Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (CCI). Advogado.

CALIXTO SALOMÃO FILHO  
Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

EDUARDO ZILBERBERG  
Graduado pela Pontifícia Universidade Católica no Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogado.

GIOVANI CLARK  
Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC/MG. Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico <www.fbde.org.br>.

GUSTAVO OLIVA GALIZZI  
Mestre em Direito Comercial pela UFMG. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Texas School of Law. Advogado.

GUSTAVO SANTAMARIA CARVALHAL RIBAS  
Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA  
Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor.

JAVIER VALLE  
Professor de Derecho Mercantil en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Abogado Español residente en São Paulo.

JEAN CARLOS FERNANDES  
Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutorando em Direito Privado pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Coordenador e Professor de Direito Comercial dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva em Belo Horizonte. Advogado.

JOSÉ ELI SALAMACHA  
Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Advogado no Paraná.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK  
Pós-Graduado pelo IBRE/EASP-FGV. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

## REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS

MAURICIO MOREIRA MENDONÇA DE MENEZES

*1. Introdução. 2. Aspectos gerais do regime de remessa de royalties ao exterior nos contratos de transferência de tecnologia. 3. Concentração empresarial e noção de coligação entre sociedades. 4. Sociedades coligadas, controladoras e controladas. 5. Controladoras estrangeiras, controladas brasileiras e a transferência de tecnologia. 6. Conclusão.*

### 1. Introdução

O escopo deste ensaio consiste em suscitar breves considerações sobre as restrições impostas à remessa de *royalties* pela sociedade empresária brasileira à sua controladora estrangeira, com a qual tenha contratado a transferência de tecnologia.<sup>1</sup>

Logo, o estudo sob enfoque abrange, a um só tempo, duas discussões de alta relevância para a atividade econômica brasileira: a importação de tecnologia e os efeitos da relação jurídica estabelecida entre sociedades estrangeiras e suas controladas brasileiras.

Nessa linha, será primeiramente comentado o tratamento legal e regulamentar dispensado pelo Poder Público ao proble-

ma da importação de tecnologia, nos últimos anos.

Posteriormente serão examinados os aspectos jurídicos que envolvem a coligação societária, para que, então, se conjuguem a essa análise as críticas à disciplina normativa da importação de tecnologia pelas sociedades brasileiras controladas por estrangeiras. Em linhas conclusivas procurar-se-á demonstrar que a disciplina societária é dotada de conteúdo normativo suficiente para assegurar o cumprimento da função sócio-econômica da transferência de tecnologia entre sociedades coligadas, razão pela qual deve ser refutada a intromissão *a priori* do Poder Público no estabelecimento das condições negociais dessa modalidade contratual.

### 2. Aspectos gerais do regime de remessa de royalties ao exterior nos contratos de transferência de tecnologia

Segundo Egberto Lacerda Teixeira, o capital estrangeiro pode estar representado por dinheiro, valores, equipamentos ou por

1. Gabriel Francisco Leonardos faz distinção entre o termo *royalties*, para ele circunscrito ao pagamento pela utilização de direitos patentáveis e marcas, e o pagamento feito em contraprestação ao recebimento de *know-how* (*Tributação e Transferência de Tecnologia*, p. 153). Para efeitos deste artigo, o autor empregará a palavra *royalties* para distinguir a remuneração devida a qualquer direito de propriedade industrial, independentemente de sua vinculação a patentes, marcas ou tecnologia.

bens imateriais, entre os quais se incluem as marcas, as patentes e o conhecimento tecnológico.<sup>2</sup>

Há décadas a questão da importação de tecnologia vem sendo vítima da grave fragmentação legal e regulamentar, que muito contribuiu para a insegurança das relações jurídicas privadas e para o cometimento de excessos pela Administração Pública.

De fato, o tema de que se trata conduziu o Poder Público a adotar dois diversos mecanismos de controle, dando origem, pois, aos regimes jurídicos de natureza tributária e de natureza cambial, vigentes de modo interdependente, em virtude de sua decisiva influência na contratação de tecnologia pelo particular.

Os primeiros diplomas legislativos sobre capitais estrangeiros no país – Decreto-lei 9.025/1946 e Lei 1.807/1953 –, diante das principais formas de investimentos que então se verificavam, visaram a disciplinar a remessa de lucros e juros ao exterior. Pouco se atentou, naquela ocasião, à aquisição de tecnologia pelos empresários brasileiros.

Assim, a atuação governamental sobre a importação de tecnologia foi, em primeiro momento, motivada por interesses fiscais. Nesse sentido, foi a legislação do imposto sobre a renda, Lei 3.470/1958, que tratou, originariamente, sobre a remessa de *royalties* ao exterior, impondo o limite máximo de 5% sobre a receita bruta do produto fabricado ou vendido, para efeito de dedutibilidade do pagamento (de *royalties*) como despesa, a ser levada em conta para o cálculo do imposto devido.

Além dessa limitação, prevista no art. 74 da Lei 3.470/1958, foi introduzida a

2. Leciona Egberto Lacerda Teixeira que “a tecnologia ocupa lugar de primazia no processo de desenvolvimento econômico. É o *know-how* que comanda os grandes complexos industriais” (“Tecnologia estrangeira no Brasil – Regime jurídico-fiscal – Intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial”, RDM 13/55).

obrigatoriedade de registro da importação de tecnologia (referida no texto legal como *assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante*) em conformidade com o Código da Propriedade Industrial da época (Decreto-lei 7.903/1945), bem como foi delegada competência ao Ministro da Fazenda para que procedesse à revisão dos percentuais admitidos para a referida dedução fiscal, segundo o grau de essencialidade do produto – o que veio a ser feito pela autoridade fazendária logo em seguida, pela edição da Portaria 436/1958, alterada por normativos posteriores,<sup>3</sup> mas que se encontra até hoje em vigor.

A mencionada limitação não fazia distinção entre o pagamento de *royalties* ao exterior ou a fornecedor de tecnologia residente no país. Segundo suscitado pela doutrina, suspeitas de fraudes relacionadas a pagamentos excessivos de *royalties* nos anos 50 teriam levado o Governo a fixar os comentados percentuais máximos de dedutibilidade fiscal (ao invés de aumentar a severidade da fiscalização), em cômoda alternativa de universalizar a majoração do ônus tributário, em face de abusos cometidos por alguns.

O controle cambial foi inaugurado pela Lei 4.131/1962, que, nos arts. 9º a 14, dispôs sobre a remessa de *royalties* ao exterior, subordinando-a à prévia autorização da então Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, posteriormente sucedida pelo Banco Central do Brasil.<sup>4</sup> A par de o art. 12 dessa lei ter ratificado para os *royalties* relacionados à importação de tecnologia o regime de dedutibilidade fiscal, previsto na Lei 3.470/1958, houve a introdução, pelo art. 14, da arbitrária regra de proibição de remessa de *royalties* por uso de marca ou patente (e não por tecnologia!) entre a filial estabelecida no Brasil e a matriz estrangeira, ou entre a sociedade sub-

3. As pequenas alterações foram implementadas pelas Portarias 113/1958, 303/1959, 151/1970 e 60/1994.

4. Conforme o art. 8º da Lei 4.595/1964.

sidiária de cujo capital a titular dos recebimentos (dos *royalties*) no estrangeiro detivesse a maioria.

A rigor, esse dispositivo proibitivo – de grande interesse para o estudo vertente –, destinando-se a atingir a sociedade empresária brasileira controlada por estrangeiro, sequer poderia preencher as finalidades a que se propunha, uma vez que os instrumentos jurídicos oferecidos pela Lei Societária em vigor naquele tempo (Decreto-lei 2.627/1940) permitiam ao acionista a aquisição do controle de sociedade anônima sem a necessidade de apropriação de ações representativas da maioria de seu capital social, bastando citar, a título ilustrativo, que o sócio estrangeiro poderia perfeitamente se utilizar do mecanismo de emissão de ações preferenciais sem voto (cujo limite era de 50% do capital social) para, então, avocar a si o poder de direção da sociedade, com base na titularidade de 25% do capital da sociedade mais uma ação.<sup>5</sup>

Naquilo que interessa a este ensaio, a Lei 4.131/1962 foi sucedida pela Lei 4.506/1964, diploma que dispunha sobre o imposto sobre a renda, cujo art. 71, parágrafo único, “e”, item 2, versava exatamente sobre a limitação de dedutibilidade fiscal para pagamentos de *royalties* vinculados à importação de tecnologia, nos termos adiante reproduzidos:

Art. 71. A dedução de despesa com alugueis ou *royalties*, para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda, será admitida: a) quando necessária para que o

5. Neste particular, é conveniente esclarecer que o limite de 50% de emissão de ações preferenciais sem voto, previsto no Decreto-lei 2.627/1940, foi aumentado para 2/3 do capital social pela Lei 6.404/1976. Esse percentual, no entanto, voltou para o patamar de 50% após a reforma da Lei das S/A, implementada pela Lei 10.303/2001, em atendimento a interesses de acionistas minoritários, havendo, inclusive, quem defenda o retorno do direito de voto a todas as ações, como forma de reconhecer a relevância da representatividade política do acionista frente à sua companhia.

contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento; e b) se o aluguel não constituir aplicação de capital na aquisição do bem ou direito, nem distribuição disfarçada de lucros de pessoa jurídica.

Parágrafo único. Não são dedutíveis: (...) e) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando: 1) pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício da sua matriz; 2) pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto; (...).

Já no início dos anos 90, a Lei 8.383 veio a alterar o regime do art. 71, parágrafo único, “e”, item 2, da Lei 4.506/1964, para fins de permitir a dedutibilidade fiscal nessa hipótese, desde que os contratos que importassem transferência de tecnologia viessem a ser averbados perante o INPI e registrados perante o Banco Central do Brasil posteriormente a 31.1.1991, observados os limites previstos na legislação em vigor – vale dizer, na Lei 3.470/1958, regulamentada pela Portaria 436/1958 do Ministério da Fazenda. Confira-se, a seguir, o teor do art. 50 da Lei 8.383/1991:

Art. 50. As despesas referidas na alínea “b) do parágrafo único do art. 52 e no item 2 da alínea “e” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, decorrentes de contratos que, posteriormente a 31 de dezembro de 1991, venham a ser assinados, averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e registrados no Banco Central do Brasil, passam a ser dedutíveis para fins de apuração do lucro real, observados os limites e condições estabelecidos pela legislação em vigor.

Parágrafo único. A vedação contida no art. 14 da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, não se aplica às despesas dedutíveis na forma deste artigo.

Ocorre que o INPI vem interpretando restritivamente o art. 50 da Lei 8.383/1991,

de modo a condicionar a averbação de contratos de transferência de tecnologia, firmados por sociedade brasileira e sua controladora estrangeira, à limitação do pagamento de *royalties* nos limites de dedutibilidade fiscal previstos na Portaria MF-436/1958.<sup>6</sup>

Segundo o testemunho de profissionais especializados, externado em obras e pareceres jurídicos, a falta de controle legislativo sobre o exercício das atribuições administrativas do INPI conduziu a sucessivas extrapolações de suas prerrogativas, disso resultando indevida intervenção desse órgão nas relações patrimoniais privadas, com injustificada limitação da livre iniciativa econômica.<sup>7</sup>

Quanto ao aspecto cambial, a matéria, antes tratada pelo Comunicado FIRCE-19/1972, é hoje disciplinada pela Carta-Circular 2.795/1998, do Departamento de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil, que regulamenta o chamado Registro Declaratório Eletrônico – RDE de operações de transferência de tecnologia, instituído pela Circular 2.816/1998 em substituição aos antigos Certificados de Registro FIRCE.

Muito embora sejam louváveis as medidas empreendidas pelo Banco Central, tendentes à desburocratização do registro de capitais estrangeiros, o resultado não é de se comemorar. Isso porque o art. 2º, o art. 6º e o art. 9º do Anexo à mencionada Carta-Circular vinculam o RDE à análise da operação pelo INPI, tanto para efeitos da concessão do registro pelo Banco Central (arts. 2º e 6º) quanto para o pagamento dos *royalties* (art. 9º).

Mantém-se, pois, a comentada atribuição do INPI de analisar os contratos de transferência de tecnologia, mas não se es-

clarece a efetiva atribuição desse órgão de interpretar extensivamente as leis tributárias e cambiais, bem como até que ponto pode ele intrometer-se na autonomia privada para determinar a eficácia desses contratos.

Nas linhas a seguir articuladas serão abordados o regime jurídico da coligação entre sociedades e a necessidade de sua harmonização com a disciplina de transferência de tecnologia, como forma de assegurar a concreção de valores fundamentais da atividade econômica, consagrados na Constituição Federal.

### 3. Concentração empresarial e noção de coligação entre sociedades

Assinalam Lamy Filho e Bulhões Pedreira que a terceira fase da história das companhias tem início no fim do século XIX, quando o processo de concentração de empresas nas economias industrializadas conduziu à formação de grandes grupos e estruturas de sociedades.<sup>8</sup>

A concentração consiste na diminuição do número de empresas que competem no mercado, com o simultâneo aumento de sua dimensão média. Naquela etapa histórica constatou-se que o incremento da capacidade produtiva de uma empresa representava maior diluição das despesas administrativas e dos custos fixos de produção, barateando o produto final. Em uma palavra, o aumento das quantidades fabricadas consistia em efetivo fator de rentabilidade, estimulando o empresariado a buscar a produção em larga escala.

Pode-se afirmar que o processo de concentração se iniciou nos Estados Unidos, pela constituição de *voting trusts*, com a finalidade de reunir em um *trustee* os direitos de voto que assegurassem o controle de uma ou mais companhias (centralização

8. O panorama histórico das companhias encontra-se bem examinado pelos referidos autores (Lamy Filho e Bulhões Pedreira) in *Lei das S/A*, 3ª ed., vol. I, pp. 60 e ss.

do poder político em uma entidade), mediante a transferência fiduciária das ações dos interessados. Posteriormente prosseguiram as incorporações, fusões, aquisições de controle e a criação de sociedades *holding* e grupos de sociedades.

Reconhecem-se, assim, dois principais objetivos do referido processo de aglutinação: (i) diminuir a instabilidade a que estão sujeitas as empresas que atuam em mercado altamente competitivo; (ii) obter vantagens propiciadas pela grande dimensão (por exemplo, redução de custos, integração vertical da produção, capacidade econômico-financeira para contrair financiamentos de maior valor e para realizar investimentos de grande porte, maior influência na comunidade local e nos governos).<sup>9</sup>

Com efeito, é lícito sustentar que a concentração empresarial reflete uma necessidade econômica, verificada de tempos em tempos, conforme variações conjunturais de dado setor da economia, conjugadas com a situação econômico-financeira e com os objetivos gerenciais do empresário em particular, em busca da eficiência de sua organização produtiva. Esse enfoque foi, aliás, muito bem desenvolvido por Ronald Harry Coase em artigo intitulado "Industrial organization: a proposal for research", divulgado ainda em 1972 e republicado em 1990 no livro *The Firm, the Market and the Law*.<sup>10</sup>

9. V., por todos, Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *Lei das S/A*, 3ª ed., vol. I, p. 62.

10. O artigo soa como convite para que se estudem aprofundadamente as razões pelas quais são feitas as escolhas de organização empresarial, a partir de resultados efetivos, evitando-se julgamentos apriorísticos baseados na suposta tutela da concorrência. Após longa reflexão, o autor conclui no seguinte sentido: "In my view, what is wanted in industrial organization is a direct approach to the problem. This would concentrate on what activities firms undertake, and it would endeavor to discover the characteristics of the groupings of activities within firms. Which activities tend to be associated and which do not? The answer may well differ for different kinds of firm; for example, for firms of different size, or for those with a different corporate

Sob a perspectiva jurídica, ponderada a partir da intensidade econômica das operações de concentração (isto é, intensidade de agregação dos fatores de produção), são estas classificadas em dois principais grupos: (i) aquele que leva à perda da autonomia individual das sociedades, chegando a uma *integração absoluta* entre elas (por exemplo, fusão e incorporação); (ii) aquele de associação de entidades que conservam sua autonomia, mediante a *integração relativa* das sociedades, que se efetiva tanto pela coligação societária (ou seja, mera participação de uma sociedade em outra) quanto pela criação de grupos de sociedades (organizados formalmente sob uma convenção de grupo) ou, ainda, pela constituição de consórcios.

Importante salientar que a expressão "sociedades coligadas" pode ser empregada em duplo sentido, sendo o primeiro para designar o fato de existir uma relação de participação de uma sociedade no capital de outra (qualquer que seja ela) e o segundo, em caráter estrito, para definir a espécie do vínculo jurídico existente entre duas sociedades, servindo, neste último caso, para distingui-lo da relação de controle e, mais recentemente, segundo o Código Ci-

structure, or for firms in different industries. It is not possible to forecast what will prove to be of importance before such an investigation is carried out; which is, of course, why it is needed. In addition to studying what happens within firms, studies should also be made of the contractual arrangements between firms (long-term contracts, leasing, licensing arrangements of various kinds including franchising, and so on), since the market arrangements are the alternative to organization within the firm. The study of mergers should be extended so that it becomes an integral part of the main subject. In addition to a study of the effects on the rearrangement of functions among firms through mergers, we also ought to take into account 'dismergers' (the breaking up of firms); the transfer of departments or divisions between firms; the taking on of new activities and the abandonment of old activities; and also – something which tends to be forgotten – the emergence of new firms" (Ronald Harry Coase, "Industrial organization: a proposal for research", in *The Firm, the Market and the Law*, pp. 73-74).

6. V., por todos, a crítica de Gabriel Francisco Leonardos elaborada em seu *Tributação e Transferência de Tecnologia*, p. 189.

7. Conforme bem registra Egberto Lacerda Teixeira, in "Tecnologia estrangeira no Brasil – Regime jurídico-fiscal – Intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial", *RDM* 13/55.

vil (Lei 10.406/2002), da relação de *simples participação*.<sup>11</sup>

A doutrina clássica chegou a discutir a ilicitude da coligação entre sociedades. Messineo assim como Ascarelli defenderam que a participação de uma sociedade em outra, por si só, não poderia ser considerada fraudulenta. Salientavam os comercialistas que, de toda forma, a autonomia jurídica entre as sociedades coligadas pode ser manipulada para fins escusos, casos em que surgiria a mencionada ilicitude. Assim, a autonomia jurídica de cada entidade seria a princípio reconhecível, mas poderia ser negada em determinadas situações concretas.<sup>12</sup>

11. O exame do sentido amplo da coligação é antigo, e sobre ele se pronunciava Tullio Ascarelli, com as seguintes palavras: "Num sentido mais rigoroso falaremos em coligação, quando uma sociedade for sócia de outra; em controle, quando a participação de uma sociedade em outra for de molde a facultar legalmente o controle da primeira sobre a segunda" (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., p. 487). A respeito da definição de *coligação societária* no Direito Brasileiro, é fundamental o teor do art. 1.097 do CC de 2002: "Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes". Ainda segundo afirmado por Tullio Ascarelli, a origem da expressão "sociedades coligadas" no Direito Italiano se encontra na obra de Messineo, *Le Società Collegate*, 1932 (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., p. 486, nota 1).

12. Logo, insista-se na consistente lição de Ascarelli, que se mantém atual: "A respeito, parece possível afirmar, em geral, que a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito e, portanto, que: a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas (...). Mas a coligação entre sociedades pode facultar fraudes que afetem os direitos de terceiros credores, seja por meio de típicos atos de fraude contra credores – sujeitos, portanto, às normas da ação pauliana –, seja por meio do recurso à distinção jurídica entre as várias sociedades, para ilidir a observância de determinados compromissos – e, então, neste caso, à vista da fraude, cumprirá atender à existência da coligação e à conseqüente unidade econômica das sociedades coliga-

Desde então, concentrou-se a análise do problema na questão da autonomia das sociedades coligadas, abrangendo não só a hipótese de dano a acionista ou terceiro (geralmente um credor), como igualmente as conseqüências da coligação sob o ponto de vista de dominação dos mercados, quando tal concentração societária tende à prática de atos que prejudiquem a livre concorrência e a livre iniciativa.

Esse postulado de autonomia impõe a não-admissibilidade da subordinação de interesses de duas ou mais sociedades coligadas, afastando a possibilidade de os acionistas minoritários de uma das sociedades ficarem à mercê das decisões tomadas por um grupo de acionistas que dela participem indiretamente, por meio de uma outra sociedade, em cuja assembléia poderiam ser tomadas tais deliberações. Seria o exemplo da sociedade cujos acionistas decidem empreender a construção de uma hidrelétrica, mas, para evitar elevado endividamento para o custeio da empreitada, assim o fazem por intermédio de uma coligada, a cujos diretores determinam sejam tomadas as medidas necessárias para o implemento da pretensão. Assim agindo, esses acionistas indiretos estariam decidindo a sorte da coligada, em um foro que lhe seria absolutamente estranho e, pior, cujo acesso é vedado aos demais minoritários.

Para explicar o problema da quebra da autonomia sob outra abordagem, é válido mencionar a norma expressa no art. 2.361 do CC italiano,<sup>13</sup> que proíbe a participação de sociedade em outra caso disso resulte uma modificação substancial do objeto social da primeira. Em comentário a esse dispositivo, Francesco Ferrara Jr. registra que

das" (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., pp. 490-493).

13. Leia-se o art. 2.361 do CC italiano: "Art. 2.361. **Partecipazioni.** L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo (2.379, 2.424-bis, 2.630, n. 3)".

a intenção do legislador foi impedir a alteração do objeto social sem que haja a aprovação dos sócios, revestida das formalidades legais previstas no Direito Italiano para tão grave deliberação social.<sup>14</sup> Diferentemente da hipótese antes referida – em que se usa uma coligada para a prática de atos de interesse exclusivo da sociedade dominante –, a preocupação do legislador italiano projeta-se no desvio praticado pelos administradores de uma sociedade, no exercício da direção social, velado por meio de uma participação em outra sociedade.

Com efeito, há um princípio que preexiste à disciplina legal das sociedades coligadas e que, portanto, deve servir como paradigma interpretativo desse regime jurídico: a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar normas e obrigações (legais, estatutárias ou contratuais) que digam respeito a uma das sociedades coligadas, seus acionistas e seus administradores.

Essa manipulação só é possível, em tese, quando uma das sociedades ostente o que tecnicamente se denomina *influência relevante*, ou seja, quando a participação societária confere a seu titular poderes suficientes para sua intervenção na vida interna da coligada.

Daf que, na doutrina, a *influência relevante* surge como elemento fundamental para distinguir as coligadas das demais sociedades que detêm participação em outra, sem que ostentem o *status* de coligação. Assim, é a *influência relevante* que vai determinar a sujeição dessas sociedades a um regime jurídico peculiar, visando à proteção da própria entidade, de seus acionistas

14. Ministra o autor que: "(...). Il divieto – che colpisce soltanto le società per azioni, ma che si riferisce anche alle partecipazioni non azionarie – vuole impedire l'attuazione di una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale senza che questa sia approvata dai soci con l'osservanza delle formalità disposte dalla legge per una così grave deliberazione" (Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi, *Gli Imprenditori e le Società*, p. 706).

(minoritários) e de terceiros com os quais a sociedade contrata.<sup>15</sup>

Há ainda uma constatação fundamental, presente na noção de coligação empresarial, que diz respeito à unidade econômica entre as coligadas.

A questão da unidade econômica transborda a vida interna da sociedade em coligação e volta-se para os direitos de credores e terceiros com os quais a sociedade (constituída a partir da coligação) se relaciona. De certo modo, a unidade econômica opera para equilibrar os efeitos da aplicação do princípio da autonomia jurídica, a fim de que o formalismo do último – inicialmente justificável para evitar a subordinação de interesses – não seja empregado para desviar a responsabilidade das entidades.

Logo, casos fraudulentos justificam a convalidação da unidade econômica em unidade jurídica, produzindo a desconsideração do princípio da autonomia jurídica das coligadas, para efeitos de vinculação dos responsáveis.

Ou seja, a unidade das coligadas – uma característica de conteúdo econômico – passa a produzir efeitos jurídicos em situações excepcionais. Como exemplo, tome-se o caso da sociedade que contrata o uso de uma marca ou patente, comprometendo-se a pagar ao titular do direito imaterial, a título de *royalties*, uma porcentagem 10% sobre o montante total da venda dos produtos correlacionados com esse direito. Em

15. Voltando ao exame da experiência estrangeira, o art. 2.359 do CC italiano adota igualmente a noção de *influência dominante*, definindo as sociedades coligadas nos termos a seguir reproduzidos: "le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa" (art. 2.359, última alínea). Cumpre registrar que o referido art. 2.359, que trata das sociedades coligadas e controladas, foi modificado em várias oportunidades pelo legislador italiano, que o desdobrou em cinco dispositivos (arts. 2.359, 2.359-bis, 2.359-ter, 2.359-quater e 2.359-quinquies).

seguida, aquela sociedade constitui uma controlada e com esta celebra um contrato de venda dessas mercadorias, por preço bem inferior ao de mercado, esvaziando, assim, a remuneração a ser paga a quem lhe concedeu os direitos sobre a marca ou patente. Mecanismos como esse, abusivos, não podem prevalecer frente aos legítimos interesses do titular da propriedade industrial, que poderá exigir a correção do abuso, com fundamento na unidade econômica entre essas coligadas, de forma a desconsiderar a autonomia jurídica existente entre elas. Por conseguinte, estendendo à esfera jurídica o referido princípio, poderá ser incluído, para efeitos de pagamento da remuneração do concedente do direito sobre a marca ou patente, o faturamento da entidade controlada, sobre o qual incidirá o percentual dos mencionados *royalties*.

O apelo à unidade jurídica das sociedades coligadas é verificado em diversos microsistemas legislativos – como norma sancionadora –, entre os quais se podem destacar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 28, §§ 2º e 4º), a Lei 8.884/1994 (art. 17), a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452/1943, art. 2º, § 2º), o Decreto-lei 2.321/1987 (em seu art. 15), que dispõe sobre Regime de Administração Especial Temporária – RAET, além de leis tributárias e previdenciárias, que disciplinam a extensão da responsabilidade entre coligadas para o caso de não-pagamento de tributos e contribuições.

O STJ tem estendido os efeitos da unidade econômica para alcançar a esfera jurídica das coligadas, sobretudo em casos de tutela de interesses do consumidor.<sup>16</sup>

16. “Seguro – Legitimidade – BB Corretora – Doença preexistente – Legitimidade passiva da empresa corretora de seguros (BB Corretora de Seguros), integrante do mesmo grupo a que pertence a companhia seguradora integrante do grupo (Aliança Brasil), para responder à ação de cobrança – Precedentes – Doença preexistente – Inexistência de prova da má-fé do segurado – Recurso não conhecido” (STJ, 4ª Turma, REsp 331.465-RO, rel. Min. Ruy

Particularmente, a unidade econômica é substancialmente relevante para o tópico central deste ensaio, respeitante às restrições impostas às sociedades controladas por residentes no exterior para a remessa de *royalties* para sua controladora estrangeira com a qual tenha contratado a transferência de determinada tecnologia.

Como se verá, muito embora o reconhecimento dos efeitos jurídicos da unidade econômica seja medida excepcional e derogatória da autonomia jurídica das coligadas, parece que o legislador, no caso de que se trata, o acolheu como regra geral.

Antes, porém, é conveniente comentar os aspectos legais do fenômeno da coligação societária, mediante o exame dos conceitos de *sociedade coligada* (em sentido estrito), *controlada* e *controladora* e diferenciando seu regime daquele próprio das sociedades convencionalmente grupadas.

#### 4. Sociedades coligadas, controladoras e controladas

As sociedades coligadas, controladoras e controladas tiveram sua disciplina sistematicamente introduzida no Direito Brasileiro pela Lei 6.404/1976, que lhes reservou o Capítulo XX, fixando, além dos conceitos que lhes são pertinentes, normas de escrituração contábil (art. 243 e arts. 247-250), normas de proteção a credores e acionistas minoritários (arts. 244 e 245) e

Rosado de Aguiar, DJU 8.4.2002). E, ainda: “Comercial e processual civil – Contrato de seguro de acidentes pessoais – Legitimidade passiva da empresa corretora pertencente ao mesmo grupo econômico da seguradora – Recurso não conhecido – A empresa corretora do contrato de seguro por acidentes pessoais pertencente ao mesmo grupo econômico da empresa seguradora, valendo-se de toda a estrutura funcional da líder do grupo, tem legitimidade passiva para a causa na ação de execução do contrato por ela intermediado – Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª Turma, REsp 255.637-PB, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 10.9.2001).

normas de responsabilidade de administradores (art. 245) e controladores (art. 246).<sup>17</sup>

O vínculo existente entre elas é pautado puramente na titularidade de participação societária. Por essa razão, os usos e a doutrina a ele se referem como *grupo de fato*.

A esse respeito, confira-se a lúcida interpretação de Modesto Caravahosa: “Caracterizam-se a coligação e o controle como modalidades fenomenológicas de concentração empresarial em que as sociedades envolvidas mantêm sua identidade e, assim, sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado, formando, pela participação relevante no capital das sociedades envolvidas, um grupo societário de fato, e, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica, que demanda a observância de diversos procedimentos legais, tais como a publicidade em notas explicativas constantes do relatório anual e a elaboração de balanços anuais consolidados mediante o critério de equivalência patrimonial, para o conhecimento de terceiros, do mercado, do Fisco e das autoridades administrativas (...). As sociedades integrantes dessa entidade econômica (grupo de fato ou não-convencional) devem manter sua individualidade estrita de seus objetivos empresariais e da formulação de suas políticas e estratégias, visando precípua e unicamente ao seu próprio interesse social”.<sup>18</sup>

Regime amplamente distinto é o do chamado *grupo de direito*, regulado pelos arts. 265 e ss. da Lei 6.404/1976.

17. O diploma societário anterior – Decreto-lei 2.627/1940 – não cuidou da concentração econômica. No entanto, fez referência à participação de uma sociedade em outra, determinando que o valor dessa participação estivesse discriminadamente escriturado em balanço patrimonial (art. 135, § 2º). Já nessa etapa se constata a preocupação do legislador em conferir transparência às relações entre sociedades, o que veio a ser substancialmente aprimorado na Lei 6.404/1976.

18. Modesto Caravahosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. II, p. 11.

O *grupo de direito*, a que a lei se refere, no Capítulo XXI, como *grupo de sociedades*, consiste em uma forma bem mais complexa de relacionamento entre sociedades, devidamente disciplinada na convenção de grupo, cujo conteúdo mínimo está previsto na lei (art. 269 da Lei 6.404/1976) e sujeito à formalidade de publicidade e registro (art. 271 da Lei 6.404/1976). Nessa espécie de concentração empresarial as sociedades podem contratar a coordenação e a subordinação de interesses, razão pela qual a adesão ao grupo deve ser formalizada pelos órgãos deliberativos de cada uma das sociedades (art. 270 da Lei 6.404/1976).

Justamente tendo em vista a possibilidade de subordinação de interesses, a lei faculta o exercício do direito de retirada ao acionista dissidente da decisão de adesão ao grupo, mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 136 c/c o art. 137 e art. 45, todos da Lei 6.404/1976) e a obrigatoriedade da nacionalidade brasileira da sociedade controladora do grupo (art. 265, § 1º, da Lei 6.404/1976).<sup>19</sup>

19. Acerca dos *grupos de fato* e *grupos de direito*, a lei brasileira, embora não prime pela última sistematicidade (diante da dispersão de normas sobre coligação tanto na Lei 6.404/1976 quanto no Código Civil de 2002), encontra-se em posição vantajosa relativamente a outros países de raiz romano-germânica, como a Argentina, cujo ordenamento é omissivo a respeito daquela distinção, reconhecida, no entanto, pela boa doutrina de Raúl Aníbal Etcheverry: “Distinguidos autores utilizan las palabras ‘grupo’ y ‘agrupamiento’ como sinónimo. Sin embargo, para nosotros, lo que distingue al primero de los segundos es que en el grupo se impone alguna fuerza de subordinación, en tanto que en los agrupamientos empresarios primaria la colaboración o cooperación. Empero, la cuestión no es tan sencilla y podemos decir que las funciones a veces adquieren perfiles no nítidos o se entremezclan, lo que indica la necesidad de legislar el fenómeno, en protección de socios y terceros, y no solamente en situaciones en que una o todas las empresas se encuentran en cesación de pagos (...). Los grupos de sociedades o conjuntos económicos no fueron legislados aún en nuestro Derecho, salvo las agrupaciones contractuales de colaboración (AC y UTE)” (*Contratos Asociativos, Negocios de Colaboración y Consorcios*, p. 164).



As sociedades coligadas, em sentido estrito, são, conceitualmente, aquelas que detêm a participação de 10% ou mais no capital de outra, sem controlá-la. Esta é a definição legal, prevista no art. 243 da Lei 6.404/1976 e reproduzida no art. 1.099 do CC de 2002.

Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 positivou no ordenamento brasileiro a sinonímia entre as expressões “coligada” e “filiada”,<sup>20</sup> antes reservada unicamente para as sociedades que integrassem formalmente um grupo, por meio da correspondente convenção.<sup>21</sup> Sem dúvida, a ninguém interessa a manutenção desse duplo sentido de “filiada” no Direito Brasileiro, em razão dos erros de interpretação que tal duplicidade pode produzir. Logo, não é coincidência o fato de o Projeto de Lei da Câmara 7.160/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, ter entre suas propostas a alteração do art. 1.097 e do art. 1.099 do Código de 2002, com vistas à exclusão da expressão “filiada”, afastando sua antes criticada equivalência com o conceito legal de sociedade coligada em sentido estrito.

No sistema brasileiro há uma presunção legal e absoluta de *influência relevante* na hipótese de uma sociedade participar de outra com 10% ou mais de seu capital social. Pelo conceito do art. 243, § 1º, infere-se – como já ministrava Rubens Requião<sup>22</sup> – que a falta de controle é que caracteriza a coligação (*stricto sensu*) entre sociedades, as quais assim permanecem em um plano horizontal, sem que haja hierarquia entre elas.

Quanto ao conceito de “sociedade controladora”, cabe formular, ainda que sucintamente, alguns comentários sobre o

20. “Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”

21. V. arts. 265, § 1º, 266, 269, II, 271, III, e §§ 1º e 3º, 273, 275, § 3º, 276, §§ 1º e 3º, e 277, §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei 6.404/1976.

22. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, vol. II, p. 227.

significado, a natureza e a extensão do poder de controle.

A doutrina do poder de controle surgiu a partir do estudo das relações de poder nas sociedades empresárias. Em meio ao conflito de interesses entre os diversos personagens que se fazem presentes na vida societária, a Ciência do Direito interveio para estabilizar suas relações jurídicas, seja tutelando os interesses do sócio minoritário,<sup>23</sup> do empregado, dos credores e da comunidade em geral, seja fixando deveres e responsabilidades para o cotista ou acionista que dirige a sociedade empresária.

A definição do poder de comando é sempre feita em função da assembléia-geral (podendo ser igualmente pela reunião de sócios, no caso das sociedades limitadas), que constitui a última instância societária. Nessa linha, Tullio Ascarelli define o controle como a possibilidade de uma ou mais pessoas imporem sua decisão à assembléia da sociedade.<sup>24</sup>

Apesar de concordar com o jurista italiano, Comparato defende que a assembléia

23. Conforme muito bem salientado por Fábio Ulhoa Coelho, o termo “minororia” não se refere à quantidade de cotas ou ações detidas pelo sócio minoritário, mas sim a seu poder político na sociedade, que permanece sob a dominação dos sócios controladores. Portanto, “não há relação direta entre o poder e a proporcionalidade na subscrição das ações da companhia. Os negócios sociais podem ser dirigidos pelos acionistas que menos aportes realizaram na sociedade (...). Quando se fala, portanto, em maioria e minoria, no contexto das relações entre acionistas, as expressões não dizem respeito à maior ou menor participação no capital social, mas, sim, à maior ou menor influência na condução dos negócios da sociedade” (*Curso de Direito Comercial*, vol. 2, p. 273).

24. Nas palavras de Ascarelli: “Controllo – e cioè possibilità di uno o più soggetti di imporre la propria decisione all’assemblea della società – che potrà poi derivare ora dalla misura e dalla qualificazione (data la possibilità di azioni a voto limitato) della partecipazione sociale (potendo allora essere maggioritaria o minoritaria a seconda che la possibilità ipotizzata presupponga la proprietà della maggioranza azionaria o invece sia sufficiente anche la proprietà di una minoranza delle azioni), ora anche da vincoli contrattuali della società” (*Problemi Giuridici*, p. 267, nota 23).

nada mais é que um instrumento jurídico, previsto em lei, para fins de legitimar o exercício do poder de controle. Mas – continua o jurista – essa legitimação é meramente formal ou procedimental, pois pode até ocorrer que o verdadeiro titular do poder decisório não seja acionista, mas sim uma figura externa à sociedade, que impõe sua vontade, perante a qual se curva a assembléia-geral. É o caso da modalidade de controle externo, da figura de poderoso credor contratual, que, ao exercer seu poder de dominação, determina, por exemplo, a reorganização empresarial da sociedade devedora. Esse fenômeno do controle externo apóia-se essencialmente em uma situação de fato, em que há *influência dominante* (não apenas *relevante*) da entidade externa.<sup>25</sup>

O controle externo não é admitido pela Lei 6.404/1976, vez que tanto o art. 116 quanto o art. 243 (adiante examinados) exigem a titularidade de *direitos de sócio*.<sup>26</sup>

Outro ponto de grande relevância do estudo do poder de controle diz respeito à sua natureza jurídica, ainda controversa.

Comparato analisa o tema sob o ponto de vista subjetivo, com a finalidade de defender a natureza pessoal do controle, de modo a defini-lo como faculdade de disposição dos bens alheios – ou seja, pertencentes à sociedade – como prerrogativa

25. Nesse ponto, a Lei 6.404/1976 destoa da legislação de alguns países, com tradição no direito societário, que admitem o controle externo, como a italiana (art. 2.359, 3ª alínea, do CC italiano, de 1942, com a redação dada pelo Decreto-lei de 8.4.1974, n. 95, convertido na Lei de 7.6.1974, n. 216, e alterado posteriormente pelo Decreto-lei de 9.4.1991, n. 127); a alemã (Lei de Sociedades alemã, de 1965, §§ 15 e ss.) e a sueca (Lei sueca, de 1944). Todas essas legislações consagram a expressão “influência dominante”, dando margem à ocorrência do controle externo da empresa.

26. Entretanto, mencione-se a existência de trabalhos acadêmicos nos quais se defende a admissibilidade no Direito Brasileiro da modalidade de controle externo, valendo citar a dissertação de Mestrado de Ricardo Ferreira de Macedo, publicada sob o título *Controle Não-Societário* (2004).

própria, exercida pela pessoa do controlador.

Diversamente, destaca-se na doutrina nacional a convincente construção de Rubens Requião, que pondera a natureza de coisa incorpórea do controle, a agregar às ações um sobrevalor, consistente no poder de dirigir a companhia, diferenciando-as, portanto, daquelas ações que conferem os habituais direitos outorgados aos acionistas, previstos em lei e no estatuto social.

De fato, os usos corroboram a sustentação de Rubens Requião. Os candidatos à aquisição de ações representativas do bloco de controle de uma companhia têm ciência de que sobre seu valor recai um *plus* pecuniário, correspondente às prerrogativas de seu adquirente, que, a partir de então, difundirá a nova ordem social.

Com referência à disciplina legislativa, o arcaico art. 254 da Lei 6.404/1976 – segundo a redação aprovada em 1976, após a *Emenda Lehman*, com origem no Senado Federal<sup>27</sup> – obrigava ao interessado na aqui-

27. Os autores do Anteprojeto não inseriram nesse dispositivo a obrigatoriedade de oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta. Após a emenda, com origem no Senado, e quando da sanção e promulgação da Lei das S/A, os professores Lamy Filho e Bulhões Pedreira endereçaram carta ao Ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen, sugerindo o veto a tal artigo. Sustentaram os juristas que essa medida (oferta pública), sem precedentes no Direito Estrangeiro, viria a afetar a abertura de capital pelas companhias, uma vez que alterava drasticamente o regime de alienação do controle de companhia aberta. Para maiores comentários a respeito, inclusive com relação às razões históricas que motivaram a emenda ao art. 254, v. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A*, 3ª ed., vol. I, pp. 285-292.

Confira-se a redação do art. 254, tal como promulgada em 1976:

“Art. 254. A alienação do controle da companhia aberta dependerá de prévia autorização da Comissão de Valores Imobiliários.

“§ 1º. A Comissão de Valores Mobiliários deve zelar para que seja assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição de ações.

“§ 2º. Se o número de ações ofertadas, incluindo as dos controladores ou majoritários, ultrapassar o máximo previsto na oferta, será obrigatório o ra-

sição do controle de companhia aberta a realização de oferta pública de compra de todas as ações com direito a voto,<sup>28</sup> nas mesmas bases daquelas previstas para as ações representativas do controle. Esse dispositivo foi revogado pela Lei 9.457/1997, por nítidos interesses da Administração Pública (visando à facilitação das privatizações, usualmente realizadas por venda em leilão das ações do controle de companhias estatais).

O conceito de oferta pública para aquisição do controle de companhia aberta foi reintroduzido na Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001. Não por acaso, o art. 254-A foi promulgado, no sentido de obrigar o adquirente do controle de companhia aberta a formular aos demais acionistas (detentores de ações com direito a voto) proposta que tenha como base 80% do valor ofertado para a compra das ações representativas do controle. Após longas e acaloradas discussões no Congresso Nacional (entre aqueles que pretendiam o retorno do art. 254, em sua integralidade, e aqueles que defendiam a exclusão da oferta pública), elegeu-se uma fórmula de equilíbrio, que bem evidencia o sobrevalor das ações representativas do controle, nos termos defendidos por Rubens Requião.

Sendo o controle, assim, passível de negociação entre os interessados em avocar a direção da sociedade, nada mais natural que inferir sua condição de objeto de direito, classificando-o, nesse sentido, como

teio, na forma prevista no instrumento da oferta pública.

“§ 3º. Compete ao Conselho Monetário Nacional estabelecer normas a serem observadas na oferta pública relativa à alienação do controle de companhia aberta.”

28. A questão não era pacífica, devido à ambigüidade da expressão “acionistas minoritários”, que pode abranger a minoria com direito a voto ou, como comumente ocorre, a minoria sem voto; entretanto, diante do teor da Resolução 401, de 22.12.1976, do Conselho Monetário Nacional, tornada pública pelo Banco Central do Brasil, a tendência da doutrina era interpretar o dispositivo legal para abranger exclusivamente minoritários com direito a voto.

bem intangível, pertencente ao titular de um número estratégico de ações, suficiente a lhe assegurar a hegemonia nas decisões assembleares.

O legislador de 1976 adotou esse modelo, ao descrever analiticamente o controle no art. 116 da Lei das S/A: “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, sob controle comum, que: a) é titular dos 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”.

Há nesse poder, por conseguinte, um aspecto dinâmico, que apenas se satisfaz pela permanente atuação do titular das funções de dirigente, pressuposto para a configuração daquela situação jurídica.

Portanto, na hipótese de um acionista, proprietário de pouca quantidade de ações, vir a fazer predominar seus propósitos de modo permanente, ou seja, por três sucessivas deliberações assembleares, segundo fixado por norma regulamentar,<sup>29</sup> ter-se-á caracterizado o poder de controle, pois que haverá uma presumida estabilidade na direção da sociedade, centrada naquela pessoa.

Com específica referência às sociedades controladoras, define o art. 243, § 2º, que: “§ 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”.

Como se vê, o legislador empregou, no § 2º do art. 243, o termo “preponderân-

29. Conforme disposto pelo Conselho Monetário Nacional, via Resolução 401, de 22.12.1976, tornada pública pelo Banco Central do Brasil.

cia”, com o declarado escopo de incluir no conceito de sociedade controladora a modalidade de controle indireto (igualmente referida no dispositivo), atribuindo, assim, deveres e responsabilidades a quem, de fato, toma as decisões da vida social, ainda que por interposta pessoa. A preponderância, aqui, funciona como uma *influência relevante qualificada* (vez que se trata do próprio poder dominante), de modo que dispensa os rigores do formalismo, a exigir, em tese, o efetivo comparecimento e exercício do direito de voto da controladora na assembléia-geral da controlada.

Há quem diga que entre a sociedade controladora e a sociedade controlada forma-se um vínculo societário vertical ou de subordinação, tendo em conta as prerrogativas de direção tituladas pela primeira. Ainda que se possa admitir esse raciocínio, deve-se registrar que essa hierarquia não corresponde à submissão dos interesses de uma sociedade à outra, o que é vedado pela lei e pelos princípios de coligação, notadamente o princípio da autonomia jurídica, anteriormente comentado.

Assim, por tudo que acima se disse acerca da noção de coligação empresarial, as sociedades coligadas e controladoras estão obrigadas a observar normas que se destinam a conferir transparência a essa relação e a tutelar os interesses de acionistas minoritários e terceiros, dentre as quais se devem comentar, na Lei 6.404/1976, os dispositivos adiante indicados.<sup>30</sup>

30. Ao lado dessas normas, há dispositivos presentes em microsistemas legislativos que tratam da matéria, de forma casual e não sistemática. Dentre eles, é interessante citar a Lei de Reforma Bancária, Lei 4.595/1964, que hoje funciona como verdadeiro Estatuto da Atividade Bancária (ao menos até que seja aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 47/1991, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional). O art. 34 desse diploma veda às instituições financeiras a concessão de empréstimos tanto a seus administradores quando às sociedades nas quais tais administradores participem com 10% ou mais no capital social (art. 34, V). Aqui, o legislador equipara a posição do administrador da controlada e do da controladora, vez que

(i) O art. 244 veda a participação recíproca entre tais sociedades. A norma visa a assegurar a integridade do capital social, equiparando a situação (de participação recíproca) à compra de ações emitidas pela própria companhia (o que é proibido, em regra, pelo art. 30).

Há uma presunção legal no sentido de considerar que a controlada, ao adquirir ações emitidas por sua controladora, está devolvendo à última aquilo que teria recebido a título de integralização do capital (assim como ocorreria com a companhia que compra suas próprias ações, devolvendo ao acionista o numerário que antes recebera em sua capitalização).<sup>31</sup>

Essa presunção do legislador não é absoluta, e encontra uma exceção prevista na própria lei, de modo taxativo.

Logo, tal exceção – dispõe o § 1º do art. 244 – coincide com a situação cujas condições autorizam a aquisição pela companhia de suas próprias ações (art. 30, § 1º, “b”).

Essas condições são: (a) que tal aquisição seja realizada com base em lucros ou reservas, exceto a legal; (b) que o escopo da aquisição seja a manutenção das ações em Tesouraria ou seu cancelamento, sem diminuição do capital social.

A vinculação dessa aquisição à existência de lucros ou reservas, exceto a legal, justifica-se em virtude de tais fundos corresponderem, a princípio, aos frutos gerados pela atividade social e, assim, constituírem, em tese, valores distintos daqueles percebidos pela companhia quando da integralização do capital. A exclusão da reserva legal é motivada pela sua especial

o último poderia, mantendo seu poder de influência na controlada, utilizar-se da autonomia entre as sociedades para obter vantagens indevidas.

31. Equivalendo, assim, a uma operação de descapitalização da companhia, o que só se admitiria pelo processo de redução do capital social – arts. 173 e 174 da Lei 6.404/1976 –, que, a um só tempo, exige justificação e ostenta regras peculiares de proteção a acionistas e credores.

destinação, que é a manutenção da integridade do capital social, só podendo ser utilizada em casos de aumento do capital ou reposição de perdas (art. 193, § 2º). Já a referência à manutenção das ações em Tesouraria ou seu cancelamento visa a impedir a manipulação do exercício do direito de voto, vez que as ações em Tesouraria têm desde logo tal direito suspenso (art. 30, § 4º). Aliás, o legislador, em clara redundância, reafirmou a suspensão do direito de voto das ações abrangidas pela participação recíproca entre controladas e controladoras (art. 244, § 2º).

(ii) O art. 245, à luz do princípio da autonomia jurídica das coligadas, controladoras e controladas, veda o favorecimento de uma sociedade em detrimento de outra ou em desfavor de acionistas minoritários, devendo os administradores *zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado*. Esse mesmo dispositivo determina a responsabilidade dos administradores, perante a companhia, pelo descumprimento desse dever.

Fácil perceber que a norma sob enfoque exige objetivamente do administrador das entidades envolvidas conduta proba e não-tendenciosa, independentemente do fato de ele (administrador) participar da direção de duas ou mais sociedades coligadas (aqui consideradas em sentido amplo), o que é muito comum na prática, mas que pode vir a gerar grave conflito de interesses. No caso de inobservância da regra disposta no art. 245, a responsabilidade do administrador obedece a um regime próprio, distinto do art. 158 (pautado, segundo grande parte da doutrina, na responsabilidade subjetiva no caso do inciso I, e subjetiva com culpa presumida, no caso do inciso II). Como no art. 245 a aferição do descumprimento do dever é realizada em patamares absolutamente objetivos, sem levar em conta a vontade interna do administrador, a responsabilidade deve ser igual-

mente objetiva, prescindindo da comprovação de culpa.

Em negócios empresariais de menor monta (a maioria no Brasil), casos de conflito de interesses podem ser originalmente produzidos pelos sócios das coligadas e projetados na pessoa dos administradores, indicados pelos primeiros ou cujos cargos são inclusive ocupados pelos próprios empreendedores. Por exemplo, tome-se uma associação entre uma companhia de navegação, uma de transporte multimodal e outra de armazéns, que se unem com o específico propósito de explorar um terminal portuário, cujos serviços (de carregamento e descarregamento de containeres) serão executados com os equipamentos da transportadora, sob a marca da companhia de navegação, ofertando aos clientes a armazenagem de produtos segundo a tecnologia transferida pela empresa de armazéns. Cada um desses contratos (prestação de serviços, concessão de uso da marca e transferência de tecnologia), assinados entre sociedades coligadas, deverá observar os padrões de mercado (art. 244 da Lei 6.404/1976), para que nenhuma das sócias seja prejudicada tanto em seu próprio contrato (se celebrado a preço vil) quanto nos contratos entre a sociedade de propósito específico e as demais coligadas (se a remuneração estiver acima dos valores usualmente praticados para contratações similares).

(iii) O art. 246 cuida dos deveres e responsabilidades da sociedade controladora, sujeitando-a às disposições dos arts. 116 e 117, que tratam dessas matérias, relativamente à pessoa do sócio controlador. Aquele dispositivo, assim, reafirma não apenas o princípio da autonomia jurídica, mas sobretudo a ausência de subordinação de interesses entre as controladoras e controladas, ainda que, como já acima observado, haja uma nítida relação de hierarquia entre ambas.

O conteúdo do art. 246 mostra-se igualmente relevante para a solução de conflito de interesses, sobretudo quando alguns

acionistas de uma das coligadas não o são da outra. Nesse caso, Ascarelli sugere que se recorra aos princípios aplicáveis em caso de conflito de interesses entre acionistas e a companhia, sobretudo para o exercício do direito de voto e a tomada das deliberações sociais, implicando tanto o impedimento daquele que estiver na posição de conflito (art. 115, § 1º, da Lei 6.404/1976) quanto a anulabilidade da deliberação tomada por força do voto proferido nessas circunstâncias (art. 115, § 4º, da Lei 6.404/1976).<sup>32</sup>

Esses dois últimos pontos – comutatividade contratual e responsabilidade das controladoras – são fundamentais para os fins deste estudo, pois representam, em uma palavra, os mecanismos previstos em lei para concreção da função sócio-econômica do contrato de transferência de tecnologia celebrado entre controladora e controlada.

Cabe, pois, explorá-los com maior profundidade – o que será feito no tópico adiante apresentado.

##### 5. Controladoras estrangeiras, controladas brasileiras e a transferência de tecnologia

A valoração do problema da coligação societária ganha novas bases a partir do exame da contratação de transferência de tecnologia entre sociedades controladoras estrangeiras e sociedades controladas brasileiras. Nesse ponto, a análise jurídica vem se mostrando sensível a ideologias que vão desde a defesa da empresa nacional até questões políticas, entre as quais se destacam o papel do país na comunidade internacional e a manutenção da soberania nacional, frente à influência exercida por agentes externos.

Na doutrina jurídica, Lamy Filho e Bulhões Pedreira tratam da figura da *empresa transnacional* nos seguintes termos:

32. Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., p. 493.

O processo de crescimento da macroempresa não se deteve nas fronteiras nacionais, e o Pós-Guerra assistiu a uma expansão, sem precedentes, de internacionalização das empresas – não mais na busca de mercado para os bens produzidos em um país (como a tradição do comércio), mas, sim, através da criação, em diversos países, de unidades de produção que utilizam força de trabalho e matérias-primas locais para produzir bens padronizados, empregando tecnologia desenvolvida exclusiva ou predominantemente no país-sede da empresa.

A principal razão econômica para a criação desse tipo de organização é o aumento da escala dos mercados de produtos e fatores de produção em que a empresa pode explorar diretamente (ao invés de mediante licenciamento de patentes ou transferência de *know-how*) as inovações tecnológicas que cria. A produção em cada mercado consumidor evita barreiras alfandegárias; a localização das unidades produtivas em diferentes mercados de trabalho e de matérias-primas permite à empresa otimizar sua atividade mediante distribuição por diversos países do volume total de produção; e a maior escala dos mercados diminui o risco e aumenta a rentabilidade dos investimentos em pesquisa científica e tecnológica e em desenvolvimento de produtos e processos produtivos.<sup>33</sup>

As ponderações articuladas pelos referidos juristas levam desde logo a uma questão que não pode passar despercebida neste estudo: há que se diferenciar a *empresa transnacional* que explora diretamente a atividade econômica em países outros que não aquele de sua sede e aquela que, ao contrário, explora tal atividade indiretamente, por sociedades controladas.

No primeiro caso, a *empresa transnacional* expande-se por meio de constituição de filiais no exterior, enquanto no segundo caso ela o faz por meio de constituição de sociedades controladas ou coliga-

33. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *Lei das S/A*, 3ª ed., vol. I, p. 72.

das (denominadas subsidiárias) ou, ainda, pela celebração de instrumentos jurídicos estranhos ao direito societário (como, por exemplo, a outorga de franquia).

A estratégia de constituição de filiais nem sempre é a mais adequada, pois que, nesse caso, a empresa desenvolvida fora do país de origem continua pertencendo a um *estrangeiro*, sem, portanto, obter os benefícios da nacionalização no local da expansão.

Tratando do regime brasileiro sobre o tema de filiais de sociedades estrangeiras, o Decreto-lei 2.627/1940 (antiga Lei de Sociedades por Ações) foi mantido em vigor pelo art. 300 da Lei 6.404/1976, tendo sido revogado pelo Código Civil de 2002, que disciplina a matéria nos arts. 1.134 e ss.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 manteve substancialmente a disciplina do antigo decreto-lei, sujeitando a sociedade estrangeira, que pretenda funcionar no país sob *estabelecimentos subordinados*,<sup>34</sup> à obtenção perante o Poder Executivo de prévia autorização para essa finalidade – o que, na prática, gera uma morosidade incompatível com a dinâmica da vida econômica.

Não obstante, a manutenção do regime da autorização para o funcionamento de sociedades estrangeiras é plenamente justificável e não chega a representar um descompasso entre o legislador e a realidade econômica (ainda que globalizada!).

Efetivamente, a sociedade estrangeira que pretenda empreender diretamente sua atividade no país pode subordinar o funcionamento da empresa a seus exclusivos interesses, que nesse caso podem significar a

34. "Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no país, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira." Cabe observar que o conceito de sociedade estrangeira continua sendo, pelo Código Civil de 2002, aquela que não mantenha no país a sede de sua administração, nos termos da redação do art. 1.126.

exploração exaustiva do empreendimento, sem qualquer compromisso sócio-desenvolvimentista e com a finalidade única de obter o máximo de retorno pecuniário à matriz. Guardadas as devidas proporções, essa estratégia de expansão econômica remonta às expedições colonizadoras dos séculos XVI e XVII, organizadas sob a forma de companhia,<sup>35</sup> que usaram e abusaram de seus poderes privilegiados para retirar das colônias todo tipo de proveito possível.

Nesse raciocínio, a plena liberdade de constituição no país de sociedade controlada pela sociedade estrangeira não constitui paradoxo ao regime da autorização para o estabelecimento de filiais. A despeito de muitos juristas equipararem essas situações (filial vs. controlada), em virtude da presença, em ambas, de uma *empresa transnacional no comando* da atividade,<sup>36</sup> a principal e mais relevante distinção consubstancia-se na proibição legal da subordinação dos interesses da controlada aos da controladora (impedindo a exploração desenfreada e descompromissada da empresa), nos termos acima expostos, e que serão retomados adiante.

35. Relembre-se que a organização societária das companhias colonizadoras dos séculos XVI e XVII é referida como o embrião do atual modelo de sociedade anônima.

36. Como exemplo de autorizada opinião que parece equiparar tais situações, cite-se a de Jorge Lobo, em sua monografia específica sobre o tema (*Grupo de Sociedades*). No Capítulo Segundo do Livro Segundo da mencionada obra, o autor, ao tratar das sociedades coligadas, controladoras e controladas, assina a seguinte passagem: "Interessa ao Estado, para coibir abusos e defender a economia nacional contra a expansão imperialista das grandes organizações internacionais, conhecer a ligação que existe, no país, entre as entidades que exploram certas indústrias-chave. As publicações nos balanços das empresas de energia hidrelétrica, se bem que nem todas obedientes aos preceitos do decreto-lei, mostram a coligação delas e o domínio de uma, com sede no exterior, sobre as sociedades-filhas aqui existentes. Seria insensato repelir a cooperação do capital e da técnica estrangeiros. Precisamos, ao contrário, atraí-los. Mas ao Estado compete controlar e fiscalizar as atividades econômicas que têm influência decisiva sobre os nossos destinos, quer exploradas por brasileiros, quer por estrangeiros" (p. 97).

Por conseqüência, muito mais vantajoso para a sociedade estrangeira é, inclusive do ponto de vista ético, a constituição no país de sociedade coligada ou controlada. Além da questão moral, a sociedade estrangeira obtém, pela sua controlada, plena equiparação constitucional às sociedades brasileiras, já que, como dito, a Emenda Constitucional 6, de 15.8.1995, consolidou o tratamento isonômico entre empresas brasileiras de capital nacional e de capital estrangeiro, como resultado da revogação do inciso IX do art. 170, e do art. 171.

A Lei 6.404/1976 não teve o objetivo de disciplinar os investimentos estrangeiros externos, quando realizados por um *veículo* societário. Segundo declarado pelos autores de seu Anteprojeto, a lei visou às conveniências do empresariado nacional, sem pretender favorecer a proliferação das transnacionais em território brasileiro.<sup>37</sup>

Em certas passagens, porém, a Lei 6.404/1976 procurou regular as relações entre investidores estrangeiros e o empresariado brasileiro, sob o ponto de vista estritamente societário, introduzindo os dispositivos adiante referidos:

(i) O art. 245 – já exaustivamente comentado – responsabiliza o administrador que, em prejuízo da companhia, favorece

37. Na oportunidade de discussão pública do Projeto de Lei de S/A, inúmeras críticas foram feitas por políticos, empresários e advogados. Dentre os últimos, Modesto Carvalhosa chegou a afirmar, em depoimento à *Comissão Parlamentar de Inquérito para Investigar o Comportamento e as Influências das Empresas Multinacionais e do Capital Estrangeiro no Brasil*, na Câmara dos Deputados (sessão de 16.9.1975) que "o Anteprojeto de Reforma da Lei das S/A, se transformado em lei com a redação atual, poderia ampliar ainda mais a desnacionalização da economia do país". A OAB, por sua vez, encaminhou ao Presidente da República, pelo Ofício de 19.3.1976, memorial com considerações e sugestões sobre o referido Anteprojeto, que conteria, na opinião da entidade, "dispositivos de atendimento a empresas multinacionais, de discutível interesse para as empresas nacionais" (Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *Lei das S/A*, 3ª ed., vol. I, pp. 170 e 201).

sociedade coligada (aqui entendida em sentido amplo). Como acima ventilado, nos chamados *grupos de fato* não se admite a subordinação de interesses, por força do princípio da autonomia jurídica entre as sociedades.

(ii) O art. 265, § 1º, apenas permite a constituição do grupo de sociedades (os chamados *grupos de direito*), no qual se faculta a subordinação de interesses, por sociedade controladora brasileira.

(iii) O art. 251 só admite a subsidiária integral (sociedade dependente exclusivamente de uma outra, que detém a totalidade de suas ações) constituída por sociedade brasileira, vez que nessa modalidade societária inexistente a figura do acionista minoritário, que poderia, de certa forma, fiscalizar e impedir a subordinação dos interesses da subsidiária pelo controlador estrangeiro.

(iv) O art. 119 trata da representação do acionista domiciliado no exterior, que deverá indicar mandatário e outorgar-lhe poderes para receber citação em ações judiciais propostas em face dele. O *parágrafo único* desse dispositivo reconhece a qualquer mandatário do acionista residente no exterior, que exercer qualquer de seus direitos de sócio, legitimidade para receber citação judicial, independentemente da efetiva outorga desses poderes pelo acionista.

Deve-se registrar que a lei brasileira sempre exigiu que as empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país constituíssem mandatários com poderes para receber citação (art. 67 do Decreto-lei 2.627/1940 e art. 1.138 do CC de 2002). Na prática, o expediente também é adotado no âmbito dos contratos internacionais, pelos quais as partes usualmente são obrigadas a indicar um *process agent*, outorgando-lhe aqueles poderes. Vale observar que há, inclusive, escritórios especializados na prestação desses serviços, que gozam de confiabilidade nos locais onde atuam e que, em geral, são indicados pelo próprio interessado (ou seja, pela contraparte resguardada).

dada pela facilidade de citar o outorgante, em caso de demanda judicial).

Ocorre que até a edição da Lei 6.404/1976 havia uma lacuna legal para o caso de empresa estrangeira que atuasse no país por intermédio de uma outra sociedade. Com o avanço do fenômeno da coligação entre sociedades, as *empresas transnacionais*, meras sócias de sociedades brasileiras, permaneciam quase que inatingíveis pelos Tribunais Brasileiros, salvo pelo caro, moroso e muitas vezes ineficiente instrumento da carta rogatória. A supressão da lacuna pelo legislador de 1976 trouxe mais efetividade à responsabilidade do acionista controlador, a seguir examinada.

(v) O art. 246 – também já abordado – sujeita a sociedade controladora aos princípios, deveres e responsabilidades previstos nos arts. 116 e 117, obrigando-a a pagar os danos causados à controlada pela não-observância desses dispositivos e reconhecendo legitimidade a acionistas representantes de 5% do capital social ou a qualquer acionista<sup>38</sup> para a proposição da ação de responsabilidade, prevendo, ainda, um prêmio ao autor da ação (5% sobre o valor da indenização), como forma de estimular a constante fiscalização pelos minoritários e sua diligência na defesa dos interesses sociais.

O STJ já decidiu que a legitimidade ativa dos minoritários não é subsidiária e prescinde da realização de assembleia-geral<sup>39</sup> a fim de que seu direito de ação não

38. Desde que tal acionista preste caução de custas e honorários, para que sejam evitadas demandas judiciais aventureiras, que não contrariam com qualquer respaldo do corpo acionário minoritário.

39. “Direito societário – Sociedade anônima – Ação de responsabilidade civil – Administrador – Sociedade controladora – Acionistas minoritários – Legitimidade ativa *ad causam* – Prescrição – Prazo – Interrupção – Arts. 116, 117, 245 e 246 da Lei n. 6.404/1976. I – Detendo a sociedade controladora mais de 95% do capital social e das ações com direito a voto da sociedade controlada, os acionistas minoritários desta têm legitimidade ativa extraordinária para, independentemente de prévia deliberação da assembleia-geral, ajuizar, mediante prestação

seja obstado pelo órgão no qual prepondera a vontade do acionista que se pretende responsabilizar.

Com efeito, no que concerne às sociedades controladoras, a Lei 6.404/1976, ao conceituar a figura do *acionista controlador*, no art. 116, vincula juridicamente a matriz estrangeira à realização da função social da empresa, responsabilizando-a frente aos acionistas minoritários, aos empregados e à comunidade em que atua.

Em complemento a essa norma, de natureza programática, o art. 117 tipifica, exemplificativamente, as hipóteses de abuso de poder pelo controlador, indicando na alínea “a” do § 1º a seguinte conduta como geradora de responsabilidade do controlador: “orientar a companhia para fim estranho a seu objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

A redação do aludido dispositivo é, a um só tempo, clara e incisiva, e sua observância pode ser exigida não apenas pelos acionistas diretamente envolvidos com a sociedade controlada, como também por órgãos de proteção da economia nacional, entre os quais podem ser mencionados o Banco Central do Brasil, o INPI, a Comissão de Valores Mobiliários, além do próprio Ministério Público, atuando na defesa dos interesses da ordem econômica.

Postas estas considerações a respeito do regime jurídico societário entre controladoras estrangeiras e controladas brasi-

de caução, ação de responsabilidade civil contra aquela e seu administrador, em figurando este simultaneamente como controlador indireto. II – Prescreve em três anos a ação contra administradores e sociedades de comando para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos (art. 287, II, “b”, da Lei n. 6.404/1976). III – A interrupção da prescrição, na lacuna da lei especial quanto ao ponto, regula-se pelo Código Civil” (STJ, 4ª Turma, REsp 16.410-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 16.5.1994).

leiras, há que considerar o atual tratamento de transferência de tecnologia entre elas.

O INPI aplica o art. 50 da Lei 8.383/1991, de modo a condicionar a averbação de contratos de transferência de tecnologia, firmados por sociedade brasileira e sua controladora estrangeira, à limitação do pagamento de *royalties* nos tetos de dedutibilidade fiscal previstos na Portaria MF-436/1958.

Essa política intervencionista da Administração Pública parece objetivar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dessa contratação e, quiçá, o controle da remessa de divisas ao exterior (muito embora este último não seja atribuição do INPI).

Sem dúvida, a orientação do Poder Público mostra-se equivocada, em ambos os casos.

Quanto à remessa de divisas ao exterior, a par de o Governo Brasileiro ter estabelecido o conhecido regime de flutuação cambial (conferindo ao investidor estrangeiro mais conforto para verter seus capitais no país), os indicadores de macroeconomia demonstram que a realidade brasileira é amplamente distinta daquela de 40 anos atrás, valendo frisar que o volume das exportações – inclusive realizadas por sociedades controladas por estrangeiros (como é o caso das montadoras de automóveis)<sup>40</sup> – vem aumentando em ritmo extraordinário,<sup>41</sup> produzindo excelentes resultados no conta corrente do país.

40. V. *Informativo* 33/5, de janeiro/2003, da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior: “(...) Deve-se também destacar que, dos 10 principais produtos da pauta de exportação em 2002, 5 pertencem ao setor de manufaturados: aviões, automóveis, aparelhos transmissores/receptores, calçados e motores para veículos (...)”.

41. Cf. a *Nota* de junho/2006 – 2ª semana, publicada pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com os resultados gerais da balança comercial brasileira: “Na 2ª semana de junho, a balança comercial apresentou exportações de US\$ 2,772 bilhões e importações de US\$ 1,982 bilhão, resultando em superávit de US\$ 790

Nessa linha, não se pode presumir, *a priori*, que a sociedade controlada brasileira atue exclusivamente segundo a conveniência da controladora estrangeira, majorando injustificadamente o valor dos *royalties* incidentes sobre a importação de tecnologia.

Essa (equivocada) presunção seria considerar a submissão dos interesses da sociedade controlada aos da controladora, o que equivaleria considerar a unidade jurídica da coligação empresarial como regra geral.

Reitere-se que a produção de efeitos jurídicos a partir da unidade econômica das sociedades coligadas deve ser reconhecida apenas excepcionalmente, pois que derroga o princípio da autonomia jurídica, que fundamenta a efetivação de responsabilidades pela conduta danosa de administradores ou controladores.

Enfim, quanto ao equilíbrio contratual, é a Lei Societária que impõe a comutatividade na relação contratual entre controladoras e controladas, à luz do princípio da autonomia jurídica, responsabilizando – insista-se – os administradores e a sociedade controladora pelo descumprimento dessa norma.

Antes de se condenar o modo de organização da produção – ou seja, exploração de atividade por meio de sociedade coligada e o recebimento de *royalties* como contrapartida pelo uso da tecnologia –, deve-se investigar qual prejuízo efetivamente advém dessa prática (se é que existe algum), a fim de que, a partir daí, possa estar a autoridade administrativa (INPI) legitimada a intervir na relação privada.<sup>42</sup>

milhões. Até a 2ª semana de junho, as exportações acumulam US\$ 3,880 bilhões e as importações US\$ 2,569 bilhões, com superávit de US\$ 1,311 bilhão. No ano, as exportações totalizam US\$ 53,346 bilhões e as importações US\$ 36,571 bilhões, com saldo positivo de US\$ 16,775 bilhões” (disponível em [http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/dep/PladDesComExterior/IndEstadisticas/IndEst\\_BalPrevia.php](http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/dep/PladDesComExterior/IndEstadisticas/IndEst_BalPrevia.php), acesso em 21.6.2006).

42. Conforme a relevante contribuição de Ronald H. Coase, reproduzida na nota 10 deste artigo.

Deve, assim, ser amplamente defendido o afastamento da limitação prévia e geral da remessa de *royalties* na importação de tecnologia entre controladas brasileiras e controladoras estrangeiras, conferindo-lhes autonomia mínima para fixar as bases do negócio. Em caso de eventual abuso, estará aberta a via para a apuração e concreção das respectivas responsabilidades. Pensar em contrário seria afrontar a livre iniciativa econômica, expressa no art. 1º, IV, da Carta Constitucional como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

## 6. Conclusão

De tudo que se expôs, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

6.1 Há décadas a questão da importação de tecnologia vem sendo vítima da grave fragmentação legal e regulamentar, que muito contribuiu para a insegurança das relações jurídicas privadas e para o cometimento de arbitrariedades pela Administração Pública.

6.2 O INPI vem interpretando restritivamente o art. 50 da Lei 8.383/1991, de modo a condicionar a averbação de contratos de transferência de tecnologia, firmados por sociedade brasileira e sua controladora estrangeira, à limitação do pagamento de *royalties* nos limites de dedutibilidade fiscal previstos na Portaria MF-436/1958.

6.3 A expressão "sociedades coligadas" pode ser empregada em duplo sentido, sendo o primeiro para designar o fato de existir uma relação de participação de uma sociedade no capital de outra (qualquer que seja ela), e o segundo, em caráter estrito, para definir a espécie do vínculo jurídico existente entre duas sociedades, servindo, nesse último caso, para distingui-lo da relação de controle e, agora, segundo o Código Civil (Lei 10.406/2002), da relação de *simples participação*.

6.4 A *influência relevante* surge como elemento fundamental para distinguir as

coligadas das demais sociedades que detêm participação em outra, sem que ostentem o *status* de coligação. É a *influência relevante* que vai determinar a sujeição dessas sociedades a um regime jurídico peculiar, visando à proteção da própria entidade, de seus acionistas (minoritários) e de terceiros com os quais a sociedade contrata.

6.5 A autonomia jurídica consubstancia-se em princípio fundamental da coligação societária, mas pode ser manipulada para fins fraudulentos.

6.6 A unidade econômica das coligadas serve para equilibrar os efeitos da aplicação do princípio da autonomia jurídica, a fim de que o formalismo do último – inicialmente justificável para evitar a subordinação de interesses – não seja empregado para desviar a responsabilidade das entidades.

6.7 Casos de fraude e de produção de danos a terceiros justificam a convalidação da unidade econômica em unidade jurídica, produzindo a desconsideração do princípio da autonomia jurídica das coligadas, para efeitos de vinculação dos responsáveis. No entanto, deve-se concluir que o reconhecimento dos efeitos jurídicos da unidade econômica é uma medida excepcional e derogatória da autonomia jurídica das coligadas.

6.8 As sociedades coligadas, controladoras e controladas tiveram sua disciplina sistematicamente introduzida pela Lei 6.404/1976, sendo seu vínculo pautado na titularidade de participação societária e, portanto, não contratual. Por essa razão, os usos e a doutrina a ele se referem como *grupo de fato*.

6.9 Regime amplamente distinto do *grupo de fato* é o do chamado *grupo de direito*, regulado pelos arts. 265 e ss. da Lei 6.404/1976, e que consiste em uma forma bem mais complexa de relacionamento entre sociedades, devidamente disciplinada na convenção de grupo.

6.10 As sociedades coligadas e controladoras estão obrigadas a observar normas, previstas na Lei 6.404/1976, que se destinam a conferir transparência à relação de coligação e a tutelar os interesses de acionistas minoritários e terceiros.

6.11 Dentre tais normas, o art. 245, dirigido aos administradores das coligadas, controladoras e controladas, veda o favorecimento de uma sociedade em detrimento de outra ou em desfavor de acionistas minoritários, à luz do princípio da autonomia jurídica das entidades que compõem a coligação societária.

6.12 Por sua vez, o art. 246 cuida dos deveres e responsabilidades da sociedade controladora, sujeitando-a às disposições dos arts. 116 e 117, que tratam dessas matérias, relativamente à pessoa do sócio controlador. Aquele dispositivo, assim, reafirma não apenas o princípio da autonomia jurídica, mas sobretudo a ausência de subordinação de interesses entre as controladoras e controladas, ainda que haja uma nítida relação de hierarquia entre ambas.

6.13 A Lei 6.404/1976, ao inserir as sociedades controladoras no conceito de *acionista controlador* a que se refere o art. 116, vincula juridicamente a matriz estrangeira à realização da função social da empresa, responsabilizando-a frente aos acionistas minoritários, aos empregados e à comunidade em que atua, sobretudo em face do disposto no art. 117, parágrafo primeiro, "a" ("orientar a companhia para fim estranho a seu objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional").

6.14 Não se pode presumir, *a priori*, que a controlada brasileira atue exclusivamente segundo a conveniência da controladora estrangeira, majorando injustificadamente o valor dos *royalties* incidentes sobre a importação de tecnologia. Essa (equivocada) presunção seria considerar a

submissão dos interesses da controlada aos da controladora, o que equivaleria a considerar a unidade jurídica da coligação empresarial como regra geral.

6.15 A Lei Societária impõe a comutatividade na relação contratual entre controladoras e controladas, à luz do princípio da autonomia jurídica, responsabilizando os administradores e a sociedade controladora pelo descumprimento dessa norma.

6.16 A capacidade de exportação do empresariado brasileiro demonstra seu preparo tanto para competir com seus concorrentes internacionais quanto para assimilar a tecnologia que lhe é fornecida, à luz dos interesses da controlada brasileira, de seus sócios (nacionais e estrangeiros) e de outros agentes que tiram proveito dos progressos trazidos pela atividade, incluindo-se o público consumidor, o Erário e, dependendo das dimensões da empresa, a própria comunidade de sua localidade. E a satisfação desses interesses coincide com o cumprimento da função sócio-econômica do contrato de transferência de tecnologia.

6.17 Deve ser amplamente defendido o afastamento da limitação prévia e geral da remessa de *royalties* na importação de tecnologia entre controladas brasileiras e controladoras estrangeiras, conferindo-lhes autonomia mínima para fixar as bases do negócio. Em caso de eventual abuso, estará aberta a via para a apuração e concreção das respectivas responsabilidades. Pensar em contrário seria afrontar a livre iniciativa econômica, expressa no art. 1º, IV, da Carta Constitucional como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

## Referências Bibliográficas

- AMARAL, Luiz Henrique do. "Overview of the legal treatment of licenses and technology agreements in Brazil". *Les Nouvelles* XXXVI-3/170-176. Setembro/2001.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.



- . *Problemi Giuridici*. Milão: Giuffrè Editore, 1959.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. vol. 4, t. II. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CASELLA, Paulo Borba. "Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional". *RDM* 103/79-86.
- COASE, Ronald Harry. "Industrial organization: a proposal for research". In: *The Firm, the Market and the Law*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1990 (pp. 57-74).
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins". *RDM* 47/41-53.
- , e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CORREA, Jose Antônio B. L. Faria. "Impact of new trade secret laws in Brazil". *Les Nouvelles* XXXIII-4/170-176. Dezembro/1998.
- CORSI, Francesco, e FERRARA Jr., Francesco. *Gli Imprenditori e le Società*. Milão: Giuffrè Editore, 2001.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Contratos Asociativos, Negocios de Colaboración y Consorcios*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.
- FERRARA Jr., Francesco, e CORSI, Francesco. *Gli Imprenditori e le Società*. Milão: Giuffrè Editore, 2001.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. "Contratos de transferência de tecnologia: intervenção estatal e tutela legal". *RDM* 33/59-67.
- LAMY FILHO, Alfredo, e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 3ª ed., vols. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Controle cambial e fluxo internacional da moeda nacional". *RDM* 83/11 e ss.
- . "Sociedades coligadas e consórcios". *RDM* 12/137-148.
- LEONARDOS, Gabriel Francisco. "A validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil". *RDM* 85/101-119.
- . *Tributação e Transferência de Tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle Não-Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MAGALHÃES, José Carlos de. "Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo". *RDM* 14/61-86.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões, e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/A*. 3ª ed., vols. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- PIRES, Paulo Valois. "A evolução da transferência de tecnologia no Brasil". *Revista da ABPI* 14/20-23. Janeiro-fevereiro/1995.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, e COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. "Tecnologia estrangeira no Brasil. Regime jurídico-fiscal – A intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial". *RDM* 13/55-69.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "Notas sobre o sistema de controle de câmbio no Brasil". *RDM* 78/24-45.
- VIEGAS, Juliana L. B. "Função da averbação de contratos no INPI". *Anais do XX Seminário da Propriedade Intelectual*. 2000 (pp. 90-94).