

## PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA E FUNCIONAMENTO DA SOCIEDADE ESTRANGEIRA NO BRASIL

ADEMIR BUITONI

I — Capital estrangeiro: hermenêutica e ideologia. II — A sociedade estrangeira como acionista da sociedade brasileira. III — Poder de controle e acionista estrangeiro. IV — Conclusão.

### I — CAPITAL ESTRANGEIRO: HERMENÊUTICA E IDEOLOGIA

No Direito brasileiro há matérias com alta dosagem de ideologia. A questão do capital estrangeiro no Brasil é um desses assuntos cuja abordagem pelos aspectos estritamente legais é quase impossível. Há tempos vem provocando conflitos de interesses econômicos, políticos, culturais e afins refletidos nas normas jurídicas.

Tentaremos aqui demonstrar um caso concreto, onde a interpretação da lei referente à sociedade estrangeira está profundamente ligada a interesses ideológicos subjacentes. Tentaremos detectar e desvelar a ideologia na lei separando-a da realidade dos fatos. Começemos pelo problema das relações entre hermenêutica e ideologia.

A interpretação em direito é uma tarefa singularmente diversa da interpretação em outras áreas de conhecimento como bem assinalou Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “A finalidade prática domina aí a tarefa interpretativa. Esta se distingue das atividades semelhantes das demais ciências humanas, na medida em que a intenção básica do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador, isto é, estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance pondo-o na presença dos dados atuais de um problema”.<sup>1</sup>

Efetivamente, quem interpreta e chega a um resultado qualquer está solucionando um problema. Soluções em direito estão associadas a uma certa interação entre a análise dos fatos e princípios valorativos visando a composição de interesses, no mais das vezes, conflitivos.

Admitindo-se que a norma jurídica espelha a axiologia dominante sobre a matéria por ela regulada, interpretar a norma seria, de certo modo, fazer a leitura da ideologia nela contida. Ideologia, nesse sentido, seria o valor de segundo grau, o valor que valora os demais valores, a orientação prevalecente adotada pela norma para compor as situações de fato.

Quando as normas carregam conteúdos ideológicos muito fortes, corre-se o risco de interpretar colocando em segundo plano a realidade de fato. Dessa

forma, a ideologia vicia a interpretação antecipando a conclusão, já que, antes mesmo de ser analisado o caso, a resposta existe no nível dos interesses predominantes e não deve ser contrariada. A ideologia justifica a solução, sem explicá-la.

Pior ainda do que fazer interpretações para defender e justificar soluções adredeamente preparadas é escamotear a presença da ideologia na norma apresentando problemas nitidamente ideológicos como se fossem problemas neutros, imparciais, indiferentes.

Vale aqui lembrar a advertência precisa de Luiz Alberto Warat: “A ideologia jamais pode ser superada através da técnica de marginalizá-la da teorização. Apresentar um problema ideológico através de suas fachadas não ideológicas é promover uma amputação que consolida o ideológico”.<sup>2</sup>

A legislação sobre a sociedade estrangeira no Brasil, por razões históricas conhecidas, tem sido discutida ao sabor das paixões e dos interesses ideológicos. A partir da nova Lei de S/A (Lei 6.404/76) caberia rediscuti-la, serenamente, dentro dos limites das regras do jogo, livre da manipulação dos resultados predeterminados. Reconhecemos que é difícil estabelecer relações de equilíbrio entre o nacional e o estrangeiro nas normas jurídicas formais, quando esse equilíbrio não existe nos fatos reais. Mas cabe aos que acreditam no bom-senso dos homens e no bom-senso social tentar fazer prevalecer uma ponderada visão dos problemas.

Feitas essas digressões preliminares que visam mais uma vez ressaltar a importância da temática ideológica no Direito, preocupação recorrente de nossa vida profissional,<sup>3</sup> demonstraremos na prática um caso de interpretação com profundos matizes ideológicos.

## **II — A SOCIEDADE ESTRANGEIRA COMO ACIONISTA DA SOCIEDADE BRASILEIRA**

O art. 64 do Dec.-lei 2.627/40 preceitua: “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o objeto, não podem, sem autorização do governo federal, funcionar no País, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representam, podendo todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira”.

O dispositivo legal contém uma regra e uma exceção: a) a regra é que as companhias estrangeiras não podem funcionar no Brasil sem autorização do governo federal; b) a exceção é que podem ser acionistas de companhias brasileiras.

Na realidade societária atual o que tem acontecido é o seguinte: as companhias estrangeiras que pretendem funcionar no Brasil, ao invés de pedirem autorização ao Governo Federal, criam através de terceiras pessoas uma sociedade nacional com o mesmo objeto social e, depois, passam a ser “acionistas da companhia brasileira”, adquirindo, na maioria dos casos, o seu controle acionário. Usam da exceção para conseguir o que a regra geral proíbe, ou seja, funcionar sem autorização do Governo Federal.

Trajano de Miranda Valverde, autor do Dec.-lei 2.627/40, apressou-se a justificar a exceção, como que a confessar, veladamente, o aproveitamento da permissão legal que as sociedades estrangeiras fariam:

“Não se diga que a lei facilita, por meio indireto, a atividade da sociedade anônima estrangeira no País, porque todas as ações ou a maioria delas poderão

vir a pertencer a uma ou mais sociedades estrangeiras. E, assim, concluir-se-á, o princípio consagrado no texto de que as sociedades anônimas estrangeiras não podem funcionar no Brasil, sem autorização do Governo Federal, encontra na própria lei a porta aberta da fraude.

“O raciocínio peca por falta da visão da finalidade do preceito proibitivo.

“O fim prático da proibição é, como já acentuamos impedir que companhias estrangeiras funcionem, clandestinamente no País, fugindo, conseqüentemente, ao controle ou à fiscalização do Poder Público”.<sup>4</sup>

A argumentação do ilustre jurista, principal autor da Lei de S/A de 1940, não resiste a uma análise mais profunda. O objetivo da lei, sistematicamente interpretada, foi diferenciar o funcionamento da sociedade estrangeira da simples participação de capital. A opinião pessoal do autor da lei não pode ter mais importância do que a própria lei. A lei permite a participação passiva do acionista estrangeiro não a participação ativa, pois esta é equiparada ao funcionamento.

No contexto histórico estadonovista em que o Dec.-lei 2.627/40 surgiu parecemos ter havido manifesto interesse de deixar em aberto uma possibilidade, aparentemente neutra, de participação do capital estrangeiro em sociedade anônima nacional, sem autorização oficial do Governo Federal. Essa parece ser a razão ideológica da exceção em foco. E essa brecha vem sendo aproveitada intensamente pelas companhias estrangeiras que inclusive passaram a adotar a forma de sociedade limitada ao invés de S/A.<sup>5</sup>

O Prof. Haroldo Valladão fez, há tempos, denúncia clara e fundamentada da presença de sociedades estrangeiras no País, à revelia de autorização governamental. Disse o ilustre jurista:

“Entretanto um acréscimo final, jamais existente em nosso direito podendo todavia (ressalvados os casos expressos em lei) serem acionistas de sociedade anônima brasileira” veio abrir larga porta à maior fraude ao justo e rigoroso preceito da prévia autorização com exame de estatutos imposição de condições convenientes à defesa dos interesses nacionais, etc.

“Permitiu que, salvo os excepcionalíssimos casos em que as nossas leis exigem que os sócios sejam brasileiros, adquirissem as sociedades estrangeiras o controle de sociedades nacionais e passassem a funcionar no Brasil, indiretamente, por interposta pessoa, sem qualquer ciência ou controle do Governo brasileiro. E a fraude ampliou-se ainda mais; passaram as sociedades estrangeiras a fundar diretamente sociedades brasileiras ficando com a maioria absoluta, quase a totalidade de capital a elas pertencentes.

“É a consagração do funcionamento por intermédio de outrem o “doing business” indireto, através de um ato, que se diria isolado, mas integra uma operação total, a do exercício permanente duma atividade extraterritorial pela sociedade comercial estrangeira, controladora da outra, nacional. Constitui passe típico de sociedade multi ou transnacional e que se verifica, habitualmente, na compra, ou na fundação, de sociedade nacional, com a mesma finalidade da estrangeira, com o mesmo objetivo social.

“Proliferou, tanto, que há anos, ao lado do extraordinário incremento das companhias e subsidiárias estrangeiras desapareceu do Diário Oficial os decretos concedendo autorização para funcionamento no Brasil da sociedade estrangeira.

“Não se aplicaram mais nem a parte principal do art. 64 nem o art. 11, § 1.º da Lei de Introdução. E estão em vigor apenas no papel, em face da simulação acima apontada.

“Chegou-se, pois, à revogação, por fraude, assim desmascarada, daqueles textos imperativos, vigentes do nosso Direito Internacional Privado das Sociedades Comerciais”.<sup>6</sup>

No mesmo sentido o Prof. Rubens Requião denunciou o procedimento irregular da sociedade estrangeira no Brasil: “A possibilidade da companhia estrangeira se associar como acionista de sociedade brasileira, abre larga porta para que as companhias estrangeiras burlam os dispositivos relativos à autorização governamental. Basta elas se associarem a empresa já formada, ou que se forme no Brasil, para adquirirem a “cidadania brasileira”.<sup>7</sup>

De acordo com Pontes de Miranda o art. 64 “de modo nenhum apanha a subscrição de ações de sociedade por ações ou de comanditas por ações por parte de estrangeiros ou de sociedades estrangeiras de pessoas ou por ações, porque aí não está em causa o funcionamento de sociedade estrangeira, quer de pessoas quer por ações”.<sup>8</sup>

Não encobrimo o funcionamento é normal a participação acionária de caráter simplesmente passivo, de mero investimento de capital. Na verdade, o art. 64 do Dec.-lei 2.627/40, ainda em vigor, não diferenciava, claramente, a participação acionária da companhia estrangeira do seu funcionamento de fato. Porém, temos agora duas Leis de S/A convivendo juntas: o sistema de nova Lei (6.404/76) para a S/A nacional, e parte do sistema do Decreto-lei antigo de S/A (arts. 59 a 73 do Dec.-lei 2.627/40) para a sociedade estrangeira. Como conciliar os dois sistemas visando distinguir o funcionamento da simples participação da sociedade estrangeira na sociedade nacional?

Entendemos ser importante verificar, sobretudo, se a inovação trazida pelo art. 116 da nova Lei de S/A (Lei 6.404/76), criando a figura do acionista controlador, modifica ou não a qualidade da participação acionária da sociedade estrangeira na sociedade nacional, prevista no art. 64 do Dec.-lei 2.627/40. É isso que examinaremos em seguida, colocando em relevo a questão do exercício do Poder de Controle pela sociedade estrangeira.

### III — PODER DE CONTROLE E ACIONISTA ESTRANGEIRO

No regime do anonimato do Dec.-lei 2.627/40 inexistia o Conceito de Acionista Controlador trazido pela Lei 6.404/76 nos arts. 116 e ss. Essa conceituação do Poder de Controle, ligado à detenção de participação acionária e ao exercício efetivo da direção da sociedade, muda completamente a instituição do anonimato; revela o rosto do poder antes escondido no véu difuso da Assembléia Geral; identifica direitos e deveres próprios do Controlador; confere aos acionistas não controladores poderes para acionar o acionista controlador por abuso de poder; deixa de lado, em suma, a fantasia da neutralidade em relação à propriedade e uso dos títulos acionários diferenciando controladores e controlados no terreno societário e regulando concomitantemente essas relações.

A sociedade estrangeira que passa da condição de mero acionista para a condição de Acionista Controlador de sociedade brasileira, a nosso ver, perante a nova Lei de S/A, está funcionando no País. Com efeito ser acionista Controlador é eleger os administradores, é usar o poder "para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia" (cf. art. 116, b da nova Lei). A sociedade estrangeira que pratica tais atos, inequivocamente, estará excedendo os limites da simples participação acionária e funcionando no País.

Nesse momento precisará obter autorização do Governo Federal sob pena de burla ao art. 64 do Dec.-lei 2.627/40 já que por este dispositivo "as sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no País, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representam..."

Ser acionista controlador quer dizer atuar, praticar atos de funcionamento. A sociedade estrangeira poderá até não deter a maioria acionária e ser controladora. Bastará ter a quantidade de ações votantes necessárias para tanto em comparação com os demais acionistas. Configurada essa situação é óbvio que a mera condição de acionista de sociedade anônima brasileira, permitida pelo art. 64 do Dec.-lei 2.627/40, transfigura-se em funcionamento da sociedade estrangeira através da sociedade brasileira. Opera-se uma verdadeira metamorfose sob o manto da personalidade jurídica da sociedade brasileira: o controle efetivo passa para a sociedade estrangeira enquanto a sociedade formalmente continua com sua aparência jurídica nacional.

Diariamente, a estratégia se repete no direito societário brasileiro: a sociedade estrangeira começa como acionista de sociedade brasileira e após algum tempo assume o seu controle. O registro do comércio não exige nesse caso autorização do Governo Federal para arquivamento da alteração contratual e assim a sociedade estrangeira passa a funcionar em território nacional, fora do controle governamental.

Esse artifício legal tinha e tem seus defensores, em face da sistemática da antiga Lei da S/A. Agora, com o surgimento explícito da figura do Acionista Controlador, parece-nos impossível aceitar essa situação.

Incumbiria ao Registro do Comércio traçar as diretrizes competentes para coibir os abusos flagrantes que estão sendo feitos nesse assunto. No entanto, a Portaria 4 de 11.4.77 do Diretor-Geral do Departamento Nacional do Registro do Comércio, baixada já na vigência da nova lei para "uniformizar os procedimentos referentes à inscrição no registro do comércio de atos de sociedade de que participem pessoas jurídicas domiciliadas no exterior", ignorou por completo a questão do Acionista Controlador. Diz a Portaria que a sociedade estrangeira deve comprovar sua constituição e funcionamento regular no exterior perante o Registro do Comércio "somente quando a pessoa jurídica domiciliada no exterior participe majoritariamente do capital" (art. 2.º da Portaria 4 de 11.4.77). Quando a participação não for "majoritária" sequer a sociedade estrangeira precisa fazer prova de existência no exterior. O objetivo dessa comprovação é meramente formal, não veda o funcionamento da sociedade estrangeira nem a

submete à autorização do Governo Federal, ainda que seja “acionista majoritária” da sociedade brasileira.

Essa terminologia “majoritário” e “minoritário” está tecnicamente ultrapassada na lei do anonimato. O majoritário pode não ser Acionista Controlador e pode haver Acionista Controlador com participação minoritária no capital. Tudo depende do número de ações com direito de voto possuídas pelo acionista. O que importa resolver, perante a nova lei, é se a sociedade estrangeira, como Acionista Controlador, está ou não funcionando no País através de interposta pessoa jurídica nacional e não apenas se tem participação majoritária ou minoritária na sociedade nacional. A Portaria em foco é manifestamente insuficiente e tecnicamente incorreta para disciplinar a questão e merece ser revista para reconhecer que o exercício do Poder de Controle pela Sociedade estrangeira caracteriza funcionamento no Brasil e portanto fica sujeita à autorização governamental.

#### IV — CONCLUSÃO

Ainda não chegamos no direito societário internacional ao ponto em que as companhias possam operar no Exterior, livremente, sem maiores formalidades. Desde 25.7.1867 a Lei francesa, depois imitada pela maioria dos demais países, veio libertar as S/A da necessidade de autorização do Estado para o funcionamento dentro do País.

Inexiste, porém, uma lei internacional que dispense a autorização do Estado para ingresso de uma sociedade estrangeira em outro país. Certa ou errada, essa é a lei na maioria absoluta dos países, inclusive no Brasil, e como tal deve ser obedecida.

Parece-nos que não deve mais ser ignorada essa realidade: a sociedade estrangeira, como Acionista Controlador de sociedade nacional, necessariamente, pratica atos de gestão que caracterizam seu funcionamento no País. Tais sociedades estrangeiras não podem mais atuar como controladoras sem autorização do Governo Federal, após a Lei 6.404/76. Antes da nova lei poderiam ser levantadas dúvidas, como aliás foram levantadas. Atualmente temos lei, restando aplicá-la.

Na sua já clássica e pioneira obra *O Poder de Controle na S/A*, o ilustre Prof. Comparato advertiu: “Foi justamente na determinação da nacionalidade das sociedades que a noção do poder de controle surgiu no direito. Nesse campo, mais do que em qualquer outro, os tribunais rejeitaram, a miúdo, a separação entre a existência da pessoa jurídica e a dos seus membros tomando em consideração a nacionalidade dos que exercem de fato, o poder do comando social”.<sup>9</sup>

Eis, portanto, em última análise, um assunto que diz respeito aos interesses soberanos do País, irreduzível à simples hermenêutica legal. Trata-se de matéria sujeita ao jogo ideológico da política jurídica mas que não exime os nossos poderes constituídos, sobretudo autoridades governamentais, de aplicar a Lei existente. Urge, a nosso ver, reinterpretar o art. 64 do Dec.-lei 2.627/40, à luz do Poder de Controle. Foi o que tentamos fazer na esperança de contribuir para uma regulamentação mais efetiva da sempre controversa presença da sociedade estrangeira no Brasil.

## NOTAS

1. Cf. *Direito, Retórica e Comunicação*, S. Paulo, 1973, p. 162.
2. Cf. *Ensino e Saber Jurídico*, Rio, 1977, p. 38.
3. Ver a respeito nossa dissertação de mestrado em Direito Comercial pela FDUSP *A Ideologia na S/A Brasileira*, mimeografado, S. Paulo, 1983.
4. Cf. *Sociedade por Ações*, Rio, 1941, vol. I, p. 319.
5. Vide estudo de Reni Genicolo Garcia, "A multinacional Ltda. uma ilimitada distorsão", publicada na *RDM* 58/147 e ss., Ano XXIII, out.-dez./84, S. Paulo.
6. Cf. Haroldo Valladão in "S/A: O Controle das Transnacionais", artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, 27.8.75, p. 32.
7. Cf. *Curso de Direito Comercial*, 8.ª ed., vol. II, S. Paulo, 1977, p. 44.
8. Cf. *Tratado de Direito Privado*, 3.ª ed., 2.ª reimpressão, Parte Especial, tomo L, Ed. RT, S. Paulo, 1984, p. 201.
9. Cf. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na S/A*, 2.ª ed., S. Paulo, 1977, p. 355.