

Sumário (adicionado)

Exposição e Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

1.0 - Transferência do Controle Societário das Empresas de Telecomunicações

1.1 - Disposições da Lei nº 9.472/97

1.2 - Transferência de Concessão e Competitividade no Setor

1.3 - Competência Vinculada da ANATEL

1.4 - Competência Normativa da ANATEL

2.0 - Conceito Legal de Controle da Companhia

2.1 - Definição da Lei das S.A.

2.2 - Poder de Controle e Bloco de Controle

2.3 - Aquisição, Transferência e Perda de Controle

2.4 - Alienação de Controle na Lei das S.A.

2.5 - Utilização do Conceito de Controle por Outras Leis

3.0 - Proteção dos Acionistas Minoritários

3.1 - Limites do Poder de Controle

3.2 - Abuso do Poder de Controle

3.3 - Instrumentos Legais e Estatutários de Limitação do Poder de Controle

3.4 - Acordo de Acionistas

4.0 - Conceito Doutrinário de Controle Externo

4.1 - Controle Interno e Externo

4.2 - A legislação Brasileira não Usa o Conceito de Controle Externo

5.0 - A Proposta de Regulamento da Anatel

5.1 - Verificação e Transferência de Controle

5.2 - Conceito de Controle

5.3 - Conceito de Controladora

5.4 - Conceito de Transferência de Controle

5.5 - Indícios de Influência Indevida

6.0 - Conclusões

PARECER JURÍDICO

Controle e transferência de controle de empresas de telecomunicações. Proposta de regulamentação da ANATEL.

CONSULTA

Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações expõem que a Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL"), em cumprimento ao

artigo 42 da Lei nº 9.472, de 1997, submeteu a consulta pública projeto de "Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações", e perguntam se os conceitos e normas constantes dessa proposta são compatíveis com a legislação em vigor sobre a matéria.

A resposta a essa questão requer exposição inicial sobre o regime legal da transferência de controle societário das empresas de telecomunicações, os conceitos legais de controle e transferência de controle de companhia, os mecanismos legais de proteção dos acionistas minoritários e o conceito doutrinário de controle externo, para em seguida apreciar os conceitos e normas constantes do Projeto de Regulamentação.

1.0 - TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

1.1 - Disposições da Lei nº 9.472/97

A Lei nº 9.472, de 16.07.97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), trata da transferência do controle societário de empresas de telecomunicações no seguinte dispositivo:

"Art. 97 - Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário."

"Parágrafo Único - A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no artigo 7º desta Lei." (grifos aditados)

Esta é a norma legal geral sobre a transferência de controle das empresas de telecomunicações. A lei contém ainda, no dispositivo a seguir transcrito, norma especial, aplicável às empresas desestatizadas.

"Art. 202 - A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do artigo 98 desta Lei.

§ 1º - Vencido o prazo referido no "caput", a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§ 2º - A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas."

1.2 - Transferência de Concessão e Competitividade no Setor

A norma transitória do artigo 202 aplica-se tanto à transferência de controle acionário quanto à de concessão, mas a norma geral da lei sobre transferência do contrato de concessão consta do seguinte artigo:

"Art. 98 - O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente:

I - o serviço esteja em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações;

II - o cessionário preencha todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira;

III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no artigo 7º desta Lei."

O artigo 7º da lei, referido nos artigos 97 e 98, integra o regime da lei sobre competição, concentração econômica e abuso de poder econômico, constante dos seguintes dispositivos:

"Art. 6º - Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º - Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º - Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º - Praticará infração de ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Art. 19 - À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

.....

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

Art. 71 - Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações."

1.3 - Competência Vinculada da ANATEL

O parágrafo único do artigo 97 da lei prescreve à ANATEL o dever de aprovar a transferência do controle se a medida (a) não for prejudicial à

competição e (b) não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no artigo 7º (sobre competitividade no setor).

A competência da ANATEL para aprovar a transferência de controle é, portanto, vinculada -- a lei define as razões que podem fundamentar a recusa do ato administrativo de aprovação.

A norma especial do artigo 202 prevê outro fundamento com que a ANATEL pode recusar a aprovação, qual seja, evitar que o controle, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorga, impeça o cumprimento desse plano.

A leitura dos dispositivos acima transcritos mostra que:

a) a competência da ANATEL para aprovar a transferência do controle societário da empresa de telecomunicações é instrumento para preservar a competitividade no setor e evitar risco para a execução do contrato de concessão, e a aprovação da transferência somente pode ser negada com base nesses fundamentos;

b) as atribuições da ANATEL em matéria de obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações são mais amplas do que na aprovação da transferência de controle societário, pois o parágrafo único do artigo 97 obriga a aprovação dessa transferência se satisfeitos os requisitos dele constantes, enquanto que o artigo 71 autoriza a ANATEL a estabelecer restrições, limites ou condições para obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

1.4 - Competência Normativa da ANATEL

A Lei nº 9.472 não contém definição do conceito de "transferência de controle acionário", e cabe verificar se (a) essa expressão tem significado preciso na legislação brasileira em vigor e (b) a ANATEL tem competência para atribuir-lhe significado diverso do que o previsto nessa legislação.

No item seguinte examinaremos o conceito de transferência de controle constante da legislação em vigor.

Quanto à competência normativa da ANATEL, a Lei nº 9.472 estabelece, no item IV do artigo 22, que cabe ao seu Conselho Diretor "editar normas sobre matéria de competência da Agência", mas esse dispositivo deve ser entendido tendo em vista as seguintes disposições constitucionais:

a) o item II do artigo 5º, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";

b) os itens I e IV do artigo 22, que atribuem privativamente à União competência para legislar sobre direito comercial e telecomunicações;

c) o artigo 48, que reserva ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre telecomunicações e radiodifusão (XII).

Essas normas aplicam os princípios, fundamentais no direito constitucional brasileiro, que vedam a delegação da função legislativa e de que os atos administrativos normativos somente são válidos enquanto explicitam normas legais.

Como explica HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, São Paulo, 21ª Ed., 1990, p. 161 e segts.):

"Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratos de conduta, não são leis em sentido formal."

.....

Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não

disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

.....

Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravar da lei, é irritado e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade."

Confirmando esse entendimento, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 dispõe que:

"Art. 25 - Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: (I) ação normativa; (...)."

A competência da ANATEL para expedir atos normativos não pode, portanto, ser validamente exercida para criar normas de aplicação da legislação em vigor sobre controle e transferência de controle da companhia atribuindo a essas expressões significado inteiramente distinto do previsto na lei.

2.0 - CONCEITO LEGAL DE CONTROLE DA COMPANHIA

2.1 - Definição da Lei das S.A.

O conceito legal de "controle da companhia" está contido nos seguintes dispositivos da Lei das S.A. que definem o "acionista controlador" e "a sociedade controladora":

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

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

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

Art. 243 -

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

2.2 - Poder de Controle e Bloco de Controle

Segundo esses dispositivos, controle é o poder do acionista, fundado no exercício de direitos de sócio, de dirigir as atividades da companhia e orientar o funcionamento dos seus órgãos.

Na acepção mais ampla, a palavra "poder" significa a capacidade de um agente de intencionalmente fazer alguma coisa ou produzir um resultado, e o poder social, peculiar às relações sociais, consiste na capacidade de um agente de determinar, causar ou alterar a ação ou comportamento de outro ou outros agentes. O poder social existe na relação social em que um dos agentes tem sua ação subordinada à de outro, no sentido de que age segundo os comandos ou determinações recebidas. A fonte desse poder pode ser individual (se é atributo de quem o exerce) ou social (se é o grupo social do qual os agentes são membros).

Em todo grupo social do tipo societário podemos identificar uma estrutura hierarquizada e uma modalidade própria de poder. Assim, por exemplo, falamos do pátrio poder na família, do poder empresarial na empresa, do poder de direção ou administração em qualquer tipo de associação ou corporação, e do poder disciplinar em qualquer organização formal.

O poder próprio da sociedade política -- que é a unidade de organização social mais abrangente -- é denominado "político", e por isso a expressão é também usada para significar o poder supremo em qualquer unidade de organização social -- que compreende a capacidade de alocar e distribuir poder dentro dessa unidade. Controle é o poder político na companhia, nesse sentido de poder supremo dentro da sua organização.

A companhia é grupo social do tipo societário, formado por pessoas que se associam com o fim de exercer a função empresarial, e, como todo grupo desse tipo, apresenta estrutura hierarquizada: (a) o órgão supremo é a Assembleia Geral, à qual competem as decisões mais importantes e o poder de escolher administradores e fiscais, e (b) os órgãos da administração são subordinados à Assembleia Geral, que pode a qualquer tempo destituir os administradores.

Segundo o modelo legal de organização, o poder político na companhia compete à Assembleia Geral e, dentro desse órgão, à maioria dos acionistas com direito de voto:

a) a Assembleia Geral é a reunião -- regularmente convocada e instalada -- dos acionistas;

b) o direito de voto conferido pelas ações é instrumento para que cada acionista possa participar das deliberações sociais e contribuir -- com a expressão de sua vontade -- para a formação da vontade social;

c) as deliberações da Assembleia Geral são tomadas por maioria de votos porque é impraticável obter o consenso unânime em qualquer grupo social que compreenda maior número de membros; e

d) exerce o poder político na companhia, por conseguinte, o conjunto dos acionistas que formam a maioria nas reuniões da Assembleia Geral, e a fonte desse poder é a agregação dos direitos de voto conferidos pelas ações.

Durante muito tempo a lei e a doutrina conceberam a "maioria dos acionistas" como agregado de pessoas que somente existe e pode ser identificado durante as reuniões da Assembleia Geral, e cujos membros variam em função da polarização dos acionistas ao exercerem o direito de voto a favor ou contra cada proposta submetida à deliberação do órgão. Segundo essa concepção, a maioria dos acionistas somente exerce seu poder político durante as reuniões da Assembleia Geral: enquanto a Assembleia não se encontra reunida, o poder supremo da companhia cabe aos administradores, que não estão submetidos ao poder de nenhum acionista individual, e cuja continuidade nos cargos depende de uma maioria -- a se

formar na próxima reunião da Assembleia -- constituída de acionistas não identificáveis a priori.

A experiência do funcionamento das companhias mostrou que esse modelo de organização -- embora exista -- não corresponde ao maior número das sociedades anônimas concretas, nas quais um acionista (ou grupo de acionistas ligados entre si por outras relações jurídicas que não as de sócio da mesma companhia) é titular de direitos de voto que lhe asseguram, de modo permanente, a formação da maioria nas deliberações da Assembleia Geral.

Uma das características da forma jurídica de companhia é a organização dos direitos de participação de todos os sócios em unidades padronizadas -- denominadas ações -- criadas pelo estatuto sem vinculação a determinados titulares, podendo cada acionista ser proprietário de diversas ações.

Cada ação do capital social é objeto distinto de direito de propriedade, que não se altera pelo fato de o acionista possuir diversas ações: a concentração de várias ações no patrimônio do mesmo acionista não tem qualquer efeito sobre a identidade de cada ação como objeto distinto de direito, nem modifica os direitos de participação por ela conferidos.

A possibilidade de um acionista ser proprietário de várias ações (ou de diversos acionistas se obrigarem a exercer no mesmo sentido os votos de que são titulares) está na origem do poder de controle da companhia: como (a) em regra a cada ação cabe um voto na Assembleia Geral, (b) as deliberações sociais e a escolha dos dirigentes são determinadas pela maioria dos votos, e (c) o mesmo acionista pode ser titular de várias ações, a pessoa (ou conjunto de pessoas) que se torna titular de direitos de voto em número suficiente para formar a maioria na Assembleia Geral passa a deter o poder político na companhia, pois adquire a capacidade de determinar as deliberações da Assembleia Geral, eleger e destituir os administradores da companhia (ou, ao menos, a maioria deles) e, por conseguinte, orientar ou determinar os atos que praticam no exercício de suas funções.

Poder de controle é essa modalidade de poder exercida pelo acionista (ou grupo de acionistas), pessoa natural ou jurídica, que é titular de direitos de voto suficientes para formar a maioria nas Assembleias Gerais. É poder de fato, e não jurídico. Não é direito contido na ação: cada ação confere apenas o direito (ou poder jurídico) de um voto, e o poder de controle nasce do fato da reunião na mesma pessoa (ou no mesmo grupo de pessoas) de quantidade de direitos de voto que, quando exercidos no mesmo sentido, formam a maioria nas deliberações da Assembleia Geral.

A expressão "controle societário" é, todavia, ambígua, pois pode significar tanto o poder de controle quanto o conjunto de ações que assegura a maioria de votos na assembleia, designado "bloco de controle".

A formação do bloco de controle modifica de fato a estrutura de poder na companhia, pois o poder político, que cabia aos acionistas apenas durante as reuniões da Assembleia Geral, passa a ser exercido a todo tempo pelo acionista controlador ou a sociedade controladora: embora a Assembleia Geral somente delibere quando regularmente convocada, quem detém o poder de controle comanda os órgãos administrativos da companhia independentemente da reunião da assembleia, pois os administradores (ou ao menos a maioria deles) são indicados e podem ser destituídos pelo detentor do controle, que tem a segurança de que deliberações por ele tomadas fora da Assembleia Geral serão ratificadas em reunião do órgão.

2.3 - Aquisição, Transferência e Perda de Controle

Como o poder de controle é poder de fato fundado no bloco de controle, a aquisição do primeiro pressupõe a do segundo, mas os dois conceitos não se confundem: adquirir o poder de controle é obter, assumir ou passar a ter o poder de fato de controlar a companhia, e adquirir o bloco de controle é tornar-se proprietário das ações que o compõem (ou titular dos direitos de voto por elas conferidos).

A aquisição do poder de controle pode ser originária ou derivada.

É originária quando resulta da formação, no patrimônio do controlador, de bloco de controle que não existia -- como universalidade de

fato, ou coisa coletiva -- no patrimônio de outra pessoa. A aquisição originária pode ocorrer, por exemplo, quando o acionista que possuía ações em número insuficiente para assegurar o poder de controle adquire quantidade adicional de ações que, também consideradas separadamente, não atribuem esse poder, mas cuja agregação às anteriormente possuídas cria o bloco de controle. Nesse caso, as ações adicionais são adquiridas como coisas singulares, e não como bloco de controle, e este nasce -- originalmente -- no patrimônio do acionista pelo fato da agregação das ações novas às antigas. Outros modos de aquisição originária do poder de controle são a formação do grupo controlador mediante acordo de acionistas ou constituição de sociedade holding, a oferta pública para a aquisição de controle e a subscrição de aumento de capital.

A aquisição originária do poder de controle pode, inclusive, ocorrer sem a aquisição de ações: devido à sua natureza de poder de fato, a formação do bloco de controle depende tanto do número de ações possuídas pelo acionista quanto da concentração ou dispersão da propriedade das demais ações da companhia, e o acionista pode adquirir -- até involuntariamente -- o poder de controle se a sociedade resgata ou reembolsa ações de outros acionistas, ou se o bloco de controle que era possuído por outro acionista desfaz-se mediante repartição da propriedade das ações entre diversas pessoas.

A aquisição derivada do poder de controle pressupõe sua transferência por pessoa que o detinha; e como o poder de controle é poder de fato fundado no bloco de controle, sua transferência entre pessoas pressupõe, por definição, a transmissão da propriedade do conjunto de ações que é a fonte desse poder (ou a constituição sobre essas ações de usufruto em que o direito de voto é do usufrutuário).

Para que possa ocorrer transferência do poder de controle é indispensável, portanto, (a) a existência de um bloco de controle, como universalidade, no patrimônio de uma pessoa ou nos patrimônios de um grupo de pessoas, e (b) o fato jurídico cujo efeito seja a transmissão da propriedade desse conjunto de ações (ou, no caso de usufruto, do voto conferido por essas ações).

A perda do poder de controle é -- tal como sua aquisição ou transferência -- modificação de situação de fato que pode ocorrer independentemente do negócio jurídico de transmissão de ações: o acionista que controla a companhia com menos da metade das ações com direito de voto (porque as demais ações são possuídas por diversos acionistas) pode tornar-se acionista minoritário se outros acionistas formam originalmente bloco de controle mediante acordo de acionistas, ou concentram suas ações no patrimônio de uma única pessoa, ou (no caso de controle exercido por usufrutuário) se termina o usufruto.

Poder de controle não é direito subjetivo conferido ou assegurado pela lei, nem objeto de negócio jurídico. A aquisição, transferência e perda do poder de controle não são fatos jurídicos, mas acontecimentos que (por sua importância para a organização jurídica da companhia) são reconhecidos e conceituados pela lei para efeito de enunciar normas de comportamento para as pessoas que ocupam posições na estrutura da sociedade.

Aquisição, transferência e perda do "bloco de controle" são -- diferentemente -- expressões que têm significado jurídico preciso e unívoco: o bloco de controle é um conjunto de ações e as ações da companhia -- como valores mobiliários -- são consideradas pela lei objetos de direito, na categoria das coisas móveis. Adquirir, transferir e perder o bloco de controle é adquirir, transferir ou perder a propriedade das ações -- coisas singulares que formam o bloco de controle, como universalidade de fato -- ou a titularidade dos direitos de voto conferidos por essas ações.

2.4 - Alienação de Controle na Lei das S.A.

Esses conceitos sobre transferência do poder de controle e do bloco de controle, que resultam da definição legal de controle, foram confirmados pela regulamentação da norma do artigo 254 da Lei das S.A., que subordinava a alienação do controle de companhia aberta à prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários a fim de assegurar aos acionistas minoritários tratamento igualitário, mediante simultânea oferta pública para aquisição de suas ações. O artigo 254, hoje revogado pela Lei nº 9.457/97, atribuía (no § 3º) ao Conselho Monetário Nacional competência para regulamentar essa oferta pública, e este órgão, no

exercício de tal competência, estabeleceu, na Resolução nº 401, de 22.12.76, que:

a) alienação de controle é o negócio pelo qual o acionista controlador transfere o poder de controle da companhia mediante venda ou permuta do conjunto das ações de sua propriedade que lhe assegura o poder de controle, ou seja, mediante venda ou permuta do bloco de controle (item II);

b) se o controle da companhia é exercido por grupo de pessoas vinculadas por acordo de acionista, ou sob controle comum, alienação de controle é o negócio pelo qual todas as pessoas que formam o grupo controlador transferem para terceiro o poder de controle mediante venda ou permuta do conjunto das ações de sua propriedade que lhe assegura o poder de controle, ou seja, do bloco de controle (item III).

2.5 - Utilização do Conceito de Controle por Outras Leis

Após a definição de controle pela Lei das S.A., mais de uma centena de atos normativos empregaram as expressões "controle societário" e "controle acionário" sem conter nova definição do conceito, embora alguns desses atos acrescentem o requisito de que o controlador seja titular de votos de mais da metade do total do capital votante.

O princípio de que o controle societário tem fundamento na titularidade de direitos de voto chegou a ser introduzido na Constituição de 1988, cujo artigo 171 continha o seguinte dispositivo:

"Art. 171 - São consideradas:

.....

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidade de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades."

Esse dispositivo foi, todavia, revogado pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995.

A análise da legislação ordinária deixa evidente que o único conceito de controle societário no direito brasileiro é o fundado na titularidade dos direitos de voto.

3.0 - PROTEÇÃO DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS

3.1 - Limites do Poder de Controle

Desde o fim do século passado uns dos principais temas de todas as leis de sociedades anônimas é o equilíbrio entre o poder da maioria e os direitos e interesses dos acionistas minoritários, a ponto de CLIVE SCHMITTHOFF ("The Rule of the Majority and the Protection of the Minority in English Company Law", in: *La Società per Azioni alla Metà del Secolo XX*, Studi in memoria di Angelo Sraffa, Padova, Cedam, vol. II, pgs. 661-684), ter afirmado que a regulação desse relacionamento constitui a pedra de toque do progresso de qualquer sistema acionário.

O princípio do voto majoritário nos órgãos sociais é fundamental à viabilidade do funcionamento da companhia devido à impossibilidade de se obter o consenso de um grande número de sócios. A experiência demonstrou a necessidade de -- como em qualquer contrato de longa duração -- admitir-se, no interesse dos próprios contratantes, a possibilidade de revisões e atualizações contratuais, que no caso da companhia se estende a todas as estipulações estatutárias, com exceção, tão somente, dos direitos de participação conferidos às ações preferenciais.

A prática do que foi chamada "a onipotência da Assembleia Geral" e do exercício do poder de controle revelou, todavia, a necessidade de proteção dos acionistas minoritários mediante criação de limites ao poder de controle e responsabilização do acionista controlador em casos de abuso de poder.

Na companhia, os acionistas minoritários são inteiramente dominados pela maioria, enquanto esta exerce o direito de voto no interesse da companhia; e o direito do acionista de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (essencial em qualquer sociedade comercial e assegurado pelo item

III do artigo 109 da Lei das S.A.) somente pode ser exercido -- devido ao grande número de acionistas -- (a) nas assembleias gerais ordinárias, que deliberam sobre os atos da administração e as demonstrações financeiras, (b) mediante exibição judicial dos livros, que é conferida apenas a acionistas com participação de 5% do capital social, e (c) pela instalação do Conselho Fiscal e representação no órgão, também sujeitas a participação mínima (art. 161).

Daí a lei se preocupar em criar -- ou admitir que o estatuto social ou o acordo de acionista crie -- limites ao poder da maioria.

3.2 - Abuso do Poder de Controle

O primeiro e fundamental limite estabelecido pela lei ao exercício do poder de controle é a norma legal que cria para o acionista controlador e a sociedade controladora o dever de "usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social" e dispõe que ele tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os que trabalham na empresa e para com a comunidade em que esta atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (art. 116, par. único.).

O exercício do poder de controle com inobservância dessa norma legal, inclusive nas hipóteses enumeradas, exemplificativamente, no § 1º do artigo 117, constitui abuso de poder, e o controlador responde pelos danos causados por esse abuso.

3.3 - Instrumentos Legais e Estatutários de Limitação do Poder de Controle

Outro limite ao poder de controle previsto nas legislações das S.A. é o quorum mínimo das assembleias gerais para deliberar sobre determinadas matérias, especialmente as que implicam alterações fundamentais no contrato de sociedade. Na legislação brasileira esse quorum pode ser aumentado por estipulação do estatuto da companhia fechada.

A atribuição às ações preferenciais de poder de veto nas deliberações sobre determinadas alterações estatutárias, admitida pelo parágrafo único do artigo 18, é outro instrumento de limitação do poder de controle. E com o

fim de proteger os minoritários, o direito italiano criou o direito de retirada do dissidente de certas deliberações da Assembleia Geral, adotado em diversas legislações, inclusive na brasileira.

As leis se preocuparam, também, em assegurar aos acionistas minoritários, inclusive aos sem direito de voto, representação no Conselho Fiscal, que é o órgão especializado na fiscalização dos administradores da companhia.

A experiência mostrou, entretanto, que em regra a participação do Conselho Fiscal não assegura fiscalização eficiente dos atos dos administradores e que o acionista somente consegue tomar conhecimento dos pormenores da gestão social, fiscalizar eficientemente os administradores e influir nas deliberações sociais quando tem representante nos órgãos administrativos. Daí a lei admitir a criação de ações com direito de voto em separado para o preenchimento de cargos de órgãos administrativos: nas companhias fechadas, esse direito pode ser assegurado a uma classe de ações ordinárias (art. 16, III) e, em todas as companhias, a classes de ações preferenciais (art. 18). Além disso, a própria lei propicia a participação da minoria no Conselho de Administração através do voto múltiplo, regulado no artigo 141.

3.4 - Acordo de Acionistas

Outro instrumento de proteção à minoria autorizado pela lei é o acordo de acionistas, modalidade de negócio para-societário que regula, especialmente, a compra e venda de ações, a preferência para adquiri-las, e o exercício do direito de voto.

É usual que um acionista somente admita adquirir participação societária relevante se confia em quem exerce o poder de controle e se tem direito de preferência para adquirir as ações de outros acionistas, a fim de poder evitar a substituição do controlador por pessoa que não mereça a mesma confiança. E a regulação no acordo de acionistas do exercício de voto é o principal instrumento para assegurar ao acionista minoritário o poder de veto em determinadas deliberações da Assembleia Geral ou dos órgãos administrativos.

A existência de acordo de acionistas que atribui ao minoritário instrumento de limitação do poder de controle não implica transferência de controle. É o que demonstra ARNOLDO WALD no artigo "O Acordo de Acionistas e o Poder de Controle do Acionista Majoritário", in Revista de Direito Mercantil, vol. 110, págs. 7-15, no qual conclui:

"53. Concluindo o presente estudo, sintetizamos as principais idéias aqui expostas nas seguintes afirmações:

a) o acordo de acionistas e o estatuto são instrumentos lícitos de preservação de direitos de acionistas minoritários, em relação a determinadas matérias que, pela sua relevância e vulto, podem pôr em risco interesses legítimos do acionista minoritário, relacionados com a manutenção da estrutura societária e de capital da sociedade; e

b) não deve ser entendida como transferência de controle societário a simples celebração de convenção entre o acionista controlador e um acionista minoritário de expressiva participação acionária, desde que o controlador continue titular dos direitos de sócio, que lhe assegurem a prerrogativa de eleger os principais administradores da companhia, e dos direitos de voto, decorrentes da participação majoritária, capazes de proporcionar-lhe, de modo permanente e efetivo, a direção das atividades sociais e a orientação do funcionamento dos órgãos de administração da companhia."

4.0 - CONCEITO DOUTRINÁRIO DE CONTROLE EXTERNO

4.1 - Controle Interno e Externo

Segundo os dispositivos da Lei das S.A. acima transcritos, controle, no conceito da lei, é poder cujo fundamento é a agregação de direitos de voto conferidos pelas ações. É, portanto, modalidade de poder peculiar à estrutura interna da companhia.

A doutrina elaborou, e algumas legislações estrangeiras utilizam, a distinção entre controle "interno" e "externo": o interno, próprio da estrutura da companhia, é fundado no direito de voto dos acionistas, enquanto que o "externo" é modalidade de influência dominante sobre a companhia com fundamento em contratos desta com terceiros ou em abuso de poder das relações nascidas de participação nos mercados.

FÁBIO KONDER COMPARATO, na sua conhecida obra "O Poder de Controle na Sociedade Anônima" (Forense, Rio de Janeiro, 3ª Ed., 1983, p. 68 e segts), depois de ressaltar o emprego da expressão "influência" e não "poder" para representar o chamado "controle externo", enumera como hipóteses dessa influência (a) o endividamento da sociedade, inclusive garantido com a caução das ações do bloco de controle, (b) o depósito à vista em instituições financeiras, (c) a emissão de debêntures, (d) a sociedade em conta de participação, (e) a concessão de vendas com exclusividade, e (f) o *franchising*. CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA ("Controle Externo nas Companhias", in Revista de Direito Mercantil vol. 44, págs. 70-5) divide o controle externo contratual em tecnológico ou técnico, comercial e financeiro.

A simples relação das hipóteses de "controle externo" identificadas pela doutrina deixa evidente que há uma diferença essencial entre o poder do acionista controlador e a influência que pode ser exercida por aqueles que se encontram nas situações compreendidas no conceito de "controle externo":

a) o poder de controle da companhia funda-se no exercício dos direitos de participação do acionista, enquanto que a influência nas situações do chamado "controle externo" resulta de direitos de crédito contra a companhia;

b) o poder de controle é capacidade de dirigir ou determinar toda a atividade da companhia, enquanto que a influência do chamado "controle externo" é sempre limitada a alguns negócios ou aspectos da sua atividade;

c) o fenômeno do poder de controle é peculiar às companhias e outros tipos associativos em que a vontade social é definida por maioria de votos, enquanto que o chamado "controle externo" pode ocorrer em qualquer pessoa jurídica e mesmo em pessoa natural que exerça a função empresarial.

A doutrina e a legislação estrangeira que adotam o conceito de "controle externo" destacam que ele pressupõe uma "influência dominante". GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA ("Alienação do Poder de

Controle Acionário", Saraiva, São Paulo, 1995, p. 15) confirma essa proposição:

"Agora, nem sempre a influência externa se constitui num controle externo. Interessa, então, discutir quais condições deve preencher para que se possa falar especificamente em controle. Parece-nos que as seguintes características devem estar presentes: (a) que a influência seja de ordem econômica; (b) que a influência se estenda a toda atividade desenvolvida pela empresa controlada; (c) que se trate de um estado de subordinação permanente ou, pelo menos, duradouro; e (d) que haja impossibilidade para a controlada de subtrair-se à influência, sem séria ameaça de sofrer grave prejuízo econômico.

É verdade que o controle externo não suprime as instâncias decisórias internas; aceitando a distinção entre poder como um *agere* e poder como um *iubere*, de Cernelutti, podemos qualificar o controle externo (e, na maioria dos casos, também o controle interno) como um *iubere*. Mas se essa influência externa não chega a ser dominante, no sentido de se estender a toda a atividade empresarial da subordinada e de ter permanência ou certa duração, não há como falar em controle. Como afirma Pasteris, "obviamente, é de excluir-se uma forma parcial de controle, limitada a uma só das várias atividades do sujeito; ou este está sob controle ou não."

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA (ob. cit., p. 75) destaca a diferença essencial entre controle interno e externo, nos seguintes termos:

"Em suma, o controle interno (natureza associativa) redundando no exercício de uma soberania, enquanto que o controle externo (natureza contratual) outorga ao credor o exercício de um poder naturalmente contratual ou às vezes legal de constrição, o que implica tão-somente na possibilidade de responsabilização do controlador externo, por danos causados à sociedade em geral, quando e se houver agido além de seus limites contratuais."

4.2 - A legislação Brasileira não Usa o Conceito de Controle Externo

Essas observações são suficientes para mostrar que as modalidades de poder econômico referidas como "controle externo da companhia" não se confundem com o poder de controle do acionista que detém a maioria de votos, e o que importa destacar, para efeito de apreciar a proposta de regulamentação da ANATEL, é que a legislação brasileira em vigor regula

apenas o controle interno do acionista controlador e não contém dispositivos sobre as modalidades de influência referidas como "controle externo". Confirmam essa proposição:

a) FÁBIO KONDER COMPARATO, em conferência na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro sobre acionista controlador ("Sociedade Anônima", I Ciclo de Conferência para Magistrados, pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), afirmou:

"Mas como disse, a Lei 6.404 deixou de lado aquela figura do controle externo, que eu referi, a respeito das empresas de televisão ou então das concessionárias, notadamente das grandes marcas. Ela pôs de lado, mas deixou penetrar um rabinho nisso, num dispositivo um pouco lateral, secundário" (no art. 249, ao dispor sobre balanço consolidado).

b) MODESTO CARVALHOSA ("Comentários à Lei de Sociedades Anônimas", Saraiva, São Paulo, vol. 2, p. 431) assevera:

"A Lei nº 6.404, de 1976, ao conceituar o acionista controlador, admite apenas a forma interna de dominação, e não a externa, como o fazem algumas legislações."

c) GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA (ob. cit., p. 17) opina no mesmo sentido:

"A Lei nº 6.404 acolheu, na definição de acionista controlador, apenas o fenômeno do controle interno com base acionária. Excluiu quer o controle gerencial, quer o controle externo."

d) CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA (ob. cit., p. 75), assim se manifesta:

"O uso do poder, que implica em responsabilidades foi fraca e timidamente objeto de preocupação do legislador. Dir-se-ia que os próprios dispositivos sobre o controle interno -- tido como certo que o controle externo não foi considerado especificamente pela Lei 6.404/76 -- foram organizados teoreticamente, com se fora para proteger os minoritários, os trabalhadores, a sociedade."

5.0 - A PROPOSTA DE REGULAMENTO DA ANATEL

5.1 - Verificação e Transferência de Controle

Com base nos conceitos e normas legais acima referidos, comentamos a seguir a proposta de "Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações", anexo à Consulta Pública nº 86, de 10.12.98.

Segundo a ementa, o regulamento "estabelece os critérios gerais para verificação de controle e de transferência de controle".

A verificação de controle é prevista no artigo 4º, nos seguintes termos:

"Art. 4º - A ANATEL, de ofício ou por provocação, instaurará procedimento administrativo destinado a apurar a existência de Controle vedado por disposição legal, contratual ou regulamentar sempre que constatados indícios de influência indevida de uma prestadora de serviço de telecomunicações, de suas coligadas, controladas ou controladoras sobre outra prestadora."

A transferência de controle é prevista no artigo 6º, nos seguintes termos:

"Art. 6º - Deverá ser submetida à ANATEL, na forma da regulamentação, alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle (...)."

A Lei nº 9.472/97 atribui à ANATEL competência para aprovar a transferência de controle, mas a "verificação de controle" de que trata o artigo 4º da Proposta de Regulamento pressupõe o conceito de "controle externo" que, como destacado acima, não é previsto na legislação brasileira.

5.2 - Conceito de Controle

O artigo 1º assim define o conceito de controle:

"II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa."

Complementa essa definição o conceito de "funcionamento da empresa" constante do § 2º do artigo 1º:

"§ 2º - Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controle, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias."

A leitura desse dispositivo mostra que o regulamento substitui o conceito legal de "controle societário" por um conceito ampliadíssimo de "controle", que compreende tanto o interno, previsto na lei, quanto o conceito doutrinário de "controle externo" e situações em que não há sequer influência dominante.

O núcleo dessa definição de controle é o "poder de dirigir ... as atividades sociais ou o funcionamento da empresa", mas a identificação precisa das circunstâncias de direito ou de fato que caracterizam a existência desse "poder de dirigir" é impraticável com as normas do Projeto de Regulamento, porque:

a) a definição de funcionamento da empresa constante do § 2º do artigo 1º acima transcrito ressalva outras situações fáticas ou jurídicas -- não especificadas -- "que se enquadrem no conceito de Controle"; e

b) o conceito de Controladora constante do § 1º do artigo 1º compreende diversas situações em que não há o "poder de dirigir ... as atividades sociais ou o funcionamento da empresa" que -- nos termos do item II do artigo 1º da Proposta de Regulamento -- é o que caracteriza o poder de controle.

5.3 - Conceito de Controladora

O artigo 1º define controladora nos seguintes termos:

"I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de empresas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;"

Essa definição baseia-se no conceito de poder de controle: se poder de controle consiste em "dirigir ... as atividades sociais ou o funcionamento da empresa", Controladora é a pessoa que detém esse poder. Nada obstante, essa conclusão é logo a seguir invalidada pelo § 1º do artigo 1º, cujo teor é o seguinte:

"§ 1º - Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controladora, uma pessoa terá poder de Controle quando verificada uma das seguintes situações:

I - pessoa a ela vinculada, direta ou indiretamente, participe de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora;

II - tiver direito de veto estatutário em qualquer matéria ou deliberação da outra;

III - possuir poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quorum qualificado exigido, por força de disposição estatutária, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei;

IV - detiver, direta ou indiretamente, ações da outra, de classes tais que assegurem o direito de voto em separado a que se refere o art. 16, III, da lei 6.404/76."

Em todas essas hipóteses o § 1º conceitua como Controladora pessoas que não detêm o "poder de dirigir ... as atividades sociais ou o funcionamento da empresa".

A hipótese do item I é a de participação de pessoa "vinculada" em órgão de administração. Como somente pessoas naturais podem ser membros desses órgãos e o dispositivo da Proposta de Regulamento não especifica qual o tipo de vínculo entre a Controladora e a pessoa natural, o texto do regulamento não explicita, mas -- ao contrário -- confunde os conceitos legais de Controle e Controladora; e parece óbvio que o fato de ser "vinculado" a pessoa membro de órgão administrativo de outra companhia não implica necessariamente "poder de dirigir as atividades sociais".

Além disso, o § 1º do artigo 1º conceitua como Controladora pessoas que exercem direitos ou poderes característicos do acionista minoritário, e não de controlador:

a) o direito de veto estatutário nas deliberações sobre determinadas matérias, conferido pelo estatuto ou por acordo de acionistas, é instrumento típico de proteção de acionista minoritário;

b) o aumento, pelo estatuto, do quorum legal para determinadas deliberações nos órgãos da companhia é, também, instrumento típico de proteção de acionista minoritário, do mesmo modo que o direito de voto em separado para eleger membro de órgão da administração.

É incompatível com o conceito legal de controle o dispositivo regulamentar que caracteriza como Controladora pessoa que não tem o poder de dirigir as atividades sociais, mas é apenas titular de instrumentos para limitar o exercício do poder de controle autorizados pela lei: as situações que o § 1º do artigo 1º do Projeto de Regulamento enumera como sinais do exercício de controle são próprias de quem não detém o poder de controle, mas tem apenas capacidade de limitar o exercício desse poder.

O Projeto de Regulamento adota ainda, no artigo 3º, o seguinte conceito de Controladora, também incompatível com a definição legal constante da Lei das S.A.:

"Art. 3º - Para as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações originadas do processo de desestatização das empresas relacionadas no artigo 187 da LGT, sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, será considerada Controladora a empresa que, individualmente, mediante consórcio ou subscrição de capital, adquiriu as ações detidas pela União, que conferiam o Controle da respectiva Companhia."

Tanto na definição da Lei das S.A. quanto na do artigo 1º, I, do Projeto de Regulamento, se o controle é detido por um grupo de pessoas cujas ações formam o bloco de controle a Controladora é o grupo, e não cada uma das pessoas integrantes desse grupo, embora nenhuma delas detenha, sem as demais, o poder de controle da companhia.

O artigo 3º acima transcrito define como Controladora todos os membros de um consórcio que tenha adquirido da União ações de empresas desestatizadas, ainda que cada membro do consórcio, individualmente, não tenha o poder de dirigir a companhia.

5.4 - Conceito de Transferência de Controle

O artigo 5º do Projeto de Regulamento contém a seguinte definição de transferência de controle:

"Art. 5º - Caracterizará a transferência de Controle a alteração que importar alienação pela Controladora do poder de definir os rumos das atividades sociais ou do funcionamento da pessoa jurídica prestadora de serviços de telecomunicações."

Como já referido, na Lei das S.A., tal como interpretada pelo Conselho Monetário Nacional, alienação de controle significa a transferência de poder de controle mediante venda ou permuta do bloco de controle. O Regulamento define como transferência de controle a "alienação pela Controladora do poder de definir os rumos das atividades sociais", mas poder de controle não é bem do patrimônio que possa ser alienado sem o bloco de controle que constitui seu fundamento.

Em conflito com o artigo 5º, o artigo 6º enumera como alterações que "possam vir a caracterizar transferência de Controle" fatos que não implicam transferência do "poder de definir os rumos das atividades sociais":

"Art. 6º - Deverá ser submetida à ANATEL, na forma da regulamentação, alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I - quando um dos integrantes do grupo detentor do Controle se retira ou deixa de deter participação igual ou superior a 5% (cinco por cento) no capital votante da empresa ou de sua Controladora;

II - quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III - quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede a terceiros poderes para condução efetiva dos negócios sociais da empresa."

Segundo o item I, se o controle é detido por um grupo de pessoas, constitui transferência de controle o fato de um dos membros desse grupo reduzir sua participação a menos de 5% do capital votante da empresa. Esse fato, certamente, não significa transferência do controle pelo grupo controlador. E o fato previsto no item II do artigo 6º pode caracterizar a perda do poder de controle pela Controladora mas não implica, necessariamente, como exposto no nº 2.3 acima, transferência do bloco de controle para outra pessoa ou grupo de pessoas.

O fato previsto no item III somente pode ocorrer com a transferência do bloco e do poder de controle: não há, no direito brasileiro, acordo, contrato, ou outro negócio jurídico mediante o qual a Controladora possa ceder a terceiros a "condução efetiva dos negócios sociais da empresa" sem transferir o direito de voto conferido pelas participações societárias.

5.5 - Indícios de Influência Indevida

O artigo 4º autoriza a ANATEL a "apurar a existência de Controle vedado por disposição legal, contratual ou regulamentar" a partir de "indícios de influência indevida de uma prestadora de serviço de telecomunicações, de suas coligadas, controladas ou controladoras sobre outra prestadora"; e o parágrafo único do artigo 4º assim define esses indícios:

"Parágrafo único - Considera-se indício de influência indevida, entre outras, qualquer das seguintes situações entre prestadoras de serviços de telecomunicações:

I - existência de operações significativas, passivas ou ativas, de financiamento, sob qualquer forma;

II - prestação de garantia real, pessoal ou de qualquer espécie;

III - transferência de bens em condições, termos ou valores distintos dos praticados no mercado;

IV - existência de processo de transferência de conhecimentos tecnológicos estratégicos;

V - prestação de serviços de telecomunicações ou correlatos em condições favorecidas ou privilegiadas;

VI - existência de acordos operacionais que estipulem condições favorecidas ou privilegiadas;

VII - uso comum de recursos, sejam eles materiais, tecnológicos ou humanos;

VIII - contratação em conjunto de bens ou serviços;

IX - existência de ato jurídico tendo por objeto a transferência de ações entre as prestadoras ou a cessão de direito de preferência relativamente à transferência recíproca de ações."

O Projeto de Regulamento usa -- sem definir -- o conceito de "influência indevida", e a enumeração acima transcrita, dos "indícios" desse tipo de influência, mostra que a aplicação do dispositivo ficará sujeita a critérios subjetivos para determinar, por exemplo, quando operações "significativas" de financiamento, transferência de conhecimentos tecnológicos e uso comum de recursos implicam "influência indevida".

Acresce que a legislação em vigor não proíbe a prática dos negócios jurídicos referidos no parágrafo único do artigo 4º, nem os subordina à aprovação da ANATEL. Por conseguinte, o ato regulamentar que os declara "indícios" de controle em infração de normas legais ou regulamentares pretende exigir das empresas de telecomunicações comportamentos a que não estão obrigadas por força de lei, violando, portanto, o disposto no item II do artigo 5º da consulta.

6.0 - CONCLUSÕES

Parece-nos, pelas razões expostas, que:

I - o Projeto de Regulamento adota conceito de "controle societário" incompatível com a legislação em vigor:

a) a Lei das S.A. define o controle societário como poder de dirigir a companhia fundado na titularidade da maioria (absoluta ou relativa) dos direitos de voto conferidos pelas ações;

b) esse conceito se aplica em todos os casos dos muitos dispositivos de lei que se referem a "controle societário", ressalvadas as normas especiais que requerem maioria absoluta de votos ou, porventura, adotem conceito distinto;

c) a legislação de serviços de telecomunicações não contém conceito diferente de controle societário;

d) a ANATEL não tem competência para adotar, no exercício da atribuição legal de aprovar a transferência do controle societário das empresas de telecomunicações, conceito de controle diferente do definido na Lei das S.A.;

II - a transferência de controle societário que a Lei nº 9.472/97 subordina à aprovação da ANATEL pressupõe ato voluntário de transmissão da titularidade dos direitos de voto que constituem o fundamento do poder de controle, e a ANATEL não tem competência para declarar como sinais de transferência do controle outros atos ou fatos;

III - o conceito doutrinário de controle externo não é adotado pela legislação brasileira em vigor e as modalidades de influência dominante a que a doutrina se refere como controle externo não implicam necessariamente poder de dirigir a companhia, não resultam de atos que a lei subordine à prévia aprovação da ANATEL e somente podem, eventualmente, constituir infrações à legislação que reprime o abuso do poder econômico;

IV - ao definir o conceito de Controladora, o § 1º do artigo 1º do Projeto de Regulamentação expande a noção de poder de controle a ponto de conceituar como acionista controlador o acionista minoritário titular de direitos estatutários ou contratuais que constituem instrumentos de limitação, e não de exercício, do poder de controle;

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

V - o artigo 6º do Projeto caracteriza como transferência de controle fatos que não implicam transferência nem da titularidade dos direitos de voto nem do poder de fato de dirigir a companhia;

VI - o artigo 4º do Projeto de Regulamento cria conceito de "indícios de influência indevida" sobre prestadora de serviços de telecomunicações que não tem fundamento legal, e os atos enumerados no parágrafo único deste artigo como modalidades de tais indícios somente podem constituir infrações na medida em que violarem normas legais ou regulamentares.

Parece-nos, portanto, que os dispositivos acima referidos do Projeto de Regulamentação objeto da consulta são incompatíveis com a legislação em vigor.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 4 de janeiro de 1999