

Tópicos sobre a subsidiária integral

Fabricio Tanure

Procurador Federal na CVM

Especialista em regulação em mercado de capitais pela UFRJ

Professor de Direito Empresarial da UniverCidade

A opinião do autor não reflete, necessariamente, o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários.

TÓPICOS SOBRE A SUBSIDIÁRIA INTEGRAL

Por meio do presente estudo, pretende-se analisar a possibilidade de uma subsidiária integral obter ou manter registro na Comissão de Valores Mobiliários como companhia aberta e de se dispensar a qualidade de acionista para ser membro de seu conselho de administração, desobrigando-a do cumprimento da formalidade prevista no seu art. 146 da lei societária¹.

Inicialmente, cumpre examinar se a subsidiária integral pode ostentar a qualidade de companhia aberta. Parece-me que sim.

Com efeito, segundo o art. 4º da Lei nº 6.404, de 1976, uma companhia é aberta ou fechada “conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários”. Note bem: segundo a regra legal, o que imprime a uma sociedade anônima a condição de companhia aberta é a mera admissão de seus valores mobiliários às negociações de mercado, sendo bastante que obtenha o registro na CVM². Desta feita, ainda que nenhum título da sociedade tenha ido ao mercado, a formalidade do registro já a torna uma companhia aberta³.

De mais a mais, a obtenção ou manutenção⁴ do registro da subsidiária na CVM poderia refletir uma posição estratégica assumida pelo seu acionista único, na medida em que enxergasse a possibilidade de, no futuro, fazer uma emissão pública de debêntures ou quem sabe até convertê-la em sociedade com pluralidade de sócios, lançando-a no mercado, por meio de subscrição pública de suas ações.

¹ Art. 146 - Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no país, acionistas ou não.

² Lei nº 6.385, de 1976: “A Comissão de Valores Mobiliários manterá, além do registro de que trata o art. 19:

I – o registro para negociação na bolsa;

II – o registro para negociação no mercado de balcão, organizado ou não”.

³ Borba, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 147.

⁴ No caso de incorporação de ações de companhia que já fosse registrada na CVM, por exemplo.

Assim, mesmo em se tratando de subsidiária integral, nada haveria que impedisse de obter ou manter o registro na CVM como companhia aberta, eis que, salvo melhor entendimento, não se vislumbra ilegalidade neste procedimento.

No que pertine à segunda parte de nossa análise, ou seja, sobre a possibilidade de se dispensar a qualidade de acionista para ser membro de conselho de administração de subsidiária integral, as questões a serem abordadas são reveladoras de grau de complexidade maior. Penso que o deslinde das controvérsias existentes deve perpassar necessariamente pelas respostas às seguintes perguntas, a saber:

- (i) É possível haver conselho de administração em uma subsidiária integral?
- (ii) em caso positivo, sendo a subsidiária integral uma sociedade unipessoal, ou seja, possuindo como único acionista sociedade brasileira (art. 251 da Lei nº 6.404/76), como deve se dar a composição do conselho de administração, se o art. 146 da Lei societária prescreve que seus membros deverão acumular as qualidades de pessoa natural e acionista?

Tocantemente à primeira das questões, não obstante sejam sedutores os argumentos daqueles que sustentam a impossibilidade ou inutilidade do Conselho de Administração em subsidiária integral⁵, entendo que eles devam ser mitigados. Com efeito, se a subsidiária integral é uma companhia aberta, isto implica

⁵ Afirmando ser impossível legalmente constituir o Conselho de Administração, **João Luiz Coelho da Rocha** (in “Particularidades do conselho de administração das sociedades anônimas, Revista de Direito Mercantil n. 128, p. 62): “... no nicho das subsidiárias integrais (art. 251), ou das sociedades anônimas com o mínimo legal de dois sócios, o Conselho se mostra impertinente, já que ficaria impossível atender-se ao mínimo compulsório de três conselheiros...”; e **Modesto Carvalhosa** (“Comentários à Lei de sociedades anônimas”, v. 3, 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 63) “... Sendo o Conselho de Administração necessário nas três subespécies de sociedades anônimas – companhias abertas, de capital autorizado e de economia mista (art. 138, § 2º e 239) -, por outro lado, haverá impossibilidade legal de ser constituído em outros tipos societários. É o caso da subsidiária integral, já que esta possui um único acionista (art. 251). Da mesma forma, há impedimento de fato de companhia com apenas dois sócios constituir o Conselho, tendo em vista que, legalmente, três acionistas devem compor o referido órgão...”

Sustentando que a constituição de Conselho de Administração em subsidiária integral não tem qualquer utilidade para o acionista único, **Calixto Salomão Filho** (“A sociedade unipessoal”. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 222.

necessariamente que seu conselho de administração esteja em pleno funcionamento, pois, do contrário, estar-se-ia fazendo *tabula rasa* do contido no § 2º do art. 138, § 2º, da LSA, *litteris*:

Art. 138 – (...)

§ 2º: As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

Restando claro que o conselho de administração em subsidiária integral aberta não é mera faculdade, mas uma obrigação legal, deve-se enfrentar um problema maior referente à composição do seu conselho de administração, eis que o art. 146 da Lei nº 6.404/76 prescreve que seus membros deverão cumulativamente ser pessoas naturais e acionistas. De fato, o art. 251 da Lei do Anonimato informa ser a subsidiária integral integrada por um único acionista pessoa jurídica, o que, à primeira vista, parece colidir com o preconizado no art. 146 supramencionado. A meu ver, entretanto, tal conflito de normas é meramente aparente, senão veja-se.

A Lei do Anonimato, ao facultar a criação de subsidiária integral, o fez de maneira a conferir tratamento excepcional a esse tipo de sociedade, eis que, afora as hipóteses aduzidas na legislação empresarial, a tradição do direito brasileiro foi sempre e continua sendo a de exigir a pluralidade de sócios como condição para se formar e permanecer constituída uma sociedade⁶. Assim, sendo a subsidiária integral flagrante exemplo de sociedade unipessoal, é natural que nem todas as disposições da Lei nº 6.404/76 lhe sejam aplicáveis, por impertinência ou adequação⁷. Desta sorte, a atividade do intérprete deve se concentrar em saber quais os dispositivos se aplicam e quais aqueles que não incidiriam sobre a unipessoalidade de que se cuida.

O art. 146 da Lei nº 6.404/76 é exatamente um daqueles que não se aplica às subsidiárias integrais, por ser com ela incompatível. Esta é a primeira conclusão a

⁶ Campinho, Sérgio. O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 54.

que se chega. A segunda é que, se não há na Lei 6.404 disposição que se amolde ao caso sob exame, concernente à composição do conselho de administração, é porque a sua tutela deve ser confiada ao estatuto da própria subsidiária integral, o qual serviria como instrumento para pôr fim à questão, *ex vi* do disposto nos artigos 1.089 c/c 997, VI do Código Civil⁸.

Nessa toada, algumas alternativas são engendradas tanto pela doutrina como pelos usos e costumes. Como primeiro exemplo, tem-se a sugestão proposta por Tavares Borba (obra citada, p. 412):

“Tratando-se de subsidiária integral, e desde que se pretenda adotar conselho de administração, como proceder, considerando que o único acionista existente é uma pessoa jurídica? Parece-me que, nesse caso, uma das soluções seria adotar, como conselho da subsidiária integral, o conselho da holding, quer em sua composição plena, quer de forma parcial. Outra solução seria eleger para o conselho da subsidiária acionistas da ‘holding’”.

Opção diversa foi a adotada pelo BNDES Participações S/A, subsidiária integral que obteve registro de companhia aberta na CVM, em que o conselho de administração é composto pelo presidente do acionista único (BNDES) e por mais 5 (cinco) membros designados pelo acionista único, sendo um deles mediante indicação do Ministro de Estado, sob cuja supervisão estiver o acionista único⁹.

⁷ Figueiredo, Paulo Roberto Costa. **A sociedade unipessoal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 97.

⁸ Art. 1.089 – *A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.*

Art. 997 – *A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) VI – as pessoas naturais, incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições (...)*

⁹ Caput e § 1º do art. 12 do Estatuto Social do BNDESPAR:

Art. 12 *O Conselho de Administração, órgão de assessoramento superior da BNDESPAR, será presidido pelo presidente do acionista único – BNDES, e integrado por mais 5 (cinco) membros, todos brasileiros, residentes e domiciliados no país, de notórios conhecimentos e experiência, idoneidade moral, reputação ilibada e capacidade técnica compatível com o exercício do cargo.*

§ 1º- *À exceção do presidente, os membros do conselho de administração serão designados pelo acionista único – BNDES, sendo um deles mediante indicação do Ministro de Estado sob cuja supervisão estiver o acionista único – BNDES, após aprovação dos respectivos nomes pelo Presidente da República, e terão mandato de 3(três) anos, podendo ser reconduzidos (disponível na rede mundial de computadores: www.cvm.gov.br).*

Tanto em um como em outro caso poder-se-ia suspeitar que se trata de soluções *de lege ferenda*. No entanto, de fato, o que se tem é a não aplicabilidade do art. 146 aos conselhos de administração a serem constituídos por subsidiárias integrais abertas.

Novembro de 2004