

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição e Consulta

Parecer [Reprodução dos itens constantes deste tópico]

1.0 - Conceito e Natureza do Controle da Companhia

 1.1 - Poder de Controle

 1.2 - Bloco de Controle

2.0 - Aquisição, Transferência e Perda de Controle

 2.1 - Do Poder de Controle

 2.2 - Do Bloco de Controle

3.0 - Bem do Patrimônio

4.0 - Valor da Ação e do Poder de Controle

5.0 - Incomunicabilidade do Usufruto

Respostas aos Quesitos

PARECER JURÍDICO

Partilha de bloco de ações de controle do patrimônio comum de casal que se separa.
Valor do poder de controle e critérios de avaliação das ações.

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

Joaquim Bureau Paez ("Consulente") expõe que está se divorciando de sua mulher, com quem se casou em regime de comunhão universal de bens, e que o casal é acionista da COMPANHIA ALPHA S.A. ("ALPHA"), com capital dividido em ações ordinárias cujos titulares são os seguintes:

Acionistas	N º de ações	%
Consulente	91 570.125	56,67
Esposa do Consulente	10.773.621	6,67
Filhos do Consulente	59.248.849	36,67
Outros Acionistas	919	0,00
Total	1 61.593.514	100,00

As ações pertencentes aos filhos do Consulente estão oneradas com usufruto vitalício em seu benefício, que compreende o direito de voto. O

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

instrumento que o instituiu estipula que, além de intransferível, o usufruto é gravado com incomunicabilidade.

A ALPHA é sociedade "holding" que controla diversas sociedades, algumas operacionais e outras administradoras de bens próprios, e a mais importante explora o comércio em lojas de varejos.

As ações da ALPHA são os bens de maior valor no patrimônio do casal, e na partilha dos bens do patrimônio será impraticável atribuir a apenas um dos cônjuges ações da ALPHA em número que assegure o controle da companhia. A solução mais provável, é, portanto, a partilha das ações, metade para cada cônjuge.

O Consulente formula os seguintes quesitos:

1. O poder de controle da ALPHA é bem do patrimônio comum do Consulente e sua mulher que deva ser inventariado e partilhado na separação do casal, como elemento patrimonial distinto das ações do capital da sociedade?
2. Qual o critério para avaliar o poder de controle de companhia?
3. Como devem ser avaliadas as ações da ALPHA se na partilha couber a cada cônjuge igual número de ações, ou quantidade de ações que não assegure a nenhum deles o controle da companhia?
4. O usufruto de ações da ALPHA, de que o Consulente é titular, é bem do patrimônio comum do Consulente e sua mulher?
5. Se na partilha dos bens do casal couber ao Consulente quantidade de ações do capital da ALPHA que, por si só, não assegure o controle da sociedade, o fato de o Consulente vir a exercer esse controle com base nessas ações e no usufruto de que é titular terá alguma influência sobre o valor das ações partilhadas?

PARECER

1.0 - CONCEITO E NATUREZA DO CONTROLE DA COMPANHIA

1. Para fundamentar a resposta ao primeiro quesito é necessário precisar o conceito e a natureza do controle da companhia.

A análise dos dispositivos da Lei das S/A (nº 6.404, de 15.12.76) mostra que a expressão "controle da companhia" é ambígua, pois é empregada para significar tanto "poder de controle" quanto "bloco de controle", que são conceitos essencialmente distintos.

A noção de poder de controle consta dos dispositivos da lei que definem "acionista controlador" e "sociedade controlada":

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

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da 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".

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

"Art. 243 -.....

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

.....

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Embora a expressão "poder de controle" conste somente do § 2º do artigo 118, a lei se refere ao controle como modalidade de "poder" em diversos outros dispositivos: explicitamente, nos artigos 116 e 253 acima transcritos e no artigo 117, e, implicitamente, ao usar as expressões "assegurar o controle" (no § 2º do art. 257 e no item III do art. 271), "exercer o controle" (no § 1º do art. 265) e "sociedade sob controle" (no § 6º do art. 168, no parágrafo único do art. 236, no parágrafo único do art. 269 e no art. 278).

2. A lei usa a expressão "controle" com o significado de conjunto de ações que está na origem do poder de controle, e que é usualmente referido como bloco de controle, nos seguintes dispositivos:

- a) no artigo 254, ao regular a alienação de controle da companhia aberta, assegura tratamento igualitário aos acionistas minoritários através de oferta pública para aquisição de ações;
- b) no artigo 255, ao regular a "alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar, cujas ações sejam, por força de lei, nominativas ou endossáveis", assegura tratamento equitativo aos acionistas minoritários mediante "oferta pública para aquisição das suas ações";
- c) no artigo 256, ao regular "a compra, pela companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil", define as características do negócio em função do preço médio das ações adquiridas; e
- d) no artigo 257, ao regular a oferta pública para "aquisição de controle de companhia aberta", dispõe (nos §§ 2º e 3º) que o objeto dessa oferta são ações com direito a voto em número suficiente para assegurar o controle.

Os itens seguintes analisam, separadamente, o conceito e a natureza do poder de controle e do bloco de controle.

1.1 - Poder de Controle

3. Na acepção mais ampla, poder é a capacidade de um agente de intencionalmente fazer algo ou produzir um resultado, e essa capacidade

pressupõe (a) uma relação entre o agente que detém o poder e o objeto a ele submetido e (b) uma fonte do poder.

O poder social, peculiar às relações sociais, consiste na capacidade de um agente de alterar, determinar ou causar a ação ou comportamento de outro ou outros agentes. Ele pressupõe relação social em que um dos agentes tem sua ação subordinada à do outro, no sentido de que age segundo os comandos ou determinações recebidas, e sua fonte pode ser individual (se é atributo de quem o exerce, ou recurso à sua disposição) ou social (se é o grupo social de que os agentes são membros).

Em todo grupo 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 da unidade.

4. 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 uma estrutura hierarquizada: o órgão supremo é a Assembleia Geral, à qual competem as decisões mais importantes e o poder de escolher os administradores, e 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 (ou supremo) na companhia compete à Assembleia Geral e -- dentro desse órgão -- à maioria dos acionistas com direito de voto:

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 consenso unânime em qualquer grupo social que compreenda maior número de membros; e

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

5. Durante muito tempo a lei e a doutrina conceberam a "maioria dos acionistas" como conjunto 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 o 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 mostra que esse modelo de organização 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 companhia) é titular de direitos de voto que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria nas deliberações da Assembleia Geral.

6. Uma das características do modelo de companhia é a organização dos direitos de participação de todos os sócios em unidades padronizadas -- denominadas ações -- que independem da pessoa dos titulares, podendo cada acionista ser proprietário de diversas ações.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

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, em regra, a cada ação cabe um voto na Assembleia Geral, as deliberações sociais e a escolha dos dirigentes são determinadas pela maioria de votos, e o acionista pode ser titular de várias ações, a pessoa (ou o 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 (i) determinar as deliberações da Assembleia Geral, (ii) eleger e destituir os administradores da companhia (ou, ao menos, da maioria deles); e (iii) orientar ou determinar os atos que praticam no exercício de suas funções.

Controlar significa governar, dirigir ou pilotar, e por isso a modalidade de poder exercida pelo acionista (ou grupo de acionistas) que é titular da maioria dos direitos de voto nas reuniões da Assembleia Geral é designada poder de controle.

7. O poder social pode ser jurídico ou de fato, conforme tenha ou não por fonte a organização jurídica.

O poder jurídico é conferido ou assegurado por sistemas jurídicos, e quem o exerce pode obter a tutela do Estado para fazer com que o outro sujeito da relação de poder a ele se submeta. Exemplo típico de poder jurídico é o direito subjetivo, que é poder reconhecido pelo sistema jurídico à pessoa para que o exerça no seu interesse.

O poder de controle da companhia não é poder jurídico contido no complexo de direitos que constitui a ação: cada ação confere apenas o direito (ou poder jurídico) de um voto, e o poder de controle somente nasce quando ocorre o fato da reunião na mesma pessoa (ou grupo de pessoas) de quantidade de ações cujos direitos de voto, quando exercidos no mesmo sentido, formam a maioria nas deliberações da Assembleia Geral.

8. A natureza do controle como poder de fato fica evidente quando se considera que:

a) não há norma legal que confira ou assegure o poder de controle: ele nasce do fato da reunião dos direitos de voto e somente existe enquanto esses direitos permanecem reunidos;

b) poder de controle não é direito subjetivo: o acionista controlador não pode pedir a tutela do Estado para obter que esse poder seja respeitado, a não ser quando se manifesta através do exercício regular do direito (ou poder jurídico) de voto nas deliberações da Assembleia Geral; e

c) o poder de controle não é objeto de direito: não pode ser adquirido ou transferido independentemente do conjunto de direitos de voto que é a sua fonte.

O acionista controlador (ou a sociedade controladora) não é, portanto, "sujeito ativo" de poder de controle: tem ou detém esse poder enquanto é titular (ou sujeito ativo) de direitos de voto em número suficiente para lhe assegurar a maioria nas deliberações da Assembleia Geral.

1.2 - Bloco de Controle

9. A expressão controle da companhia é empregada também para significar o conjunto de ações que assegura o poder de controle.

O poder de controle surge do exercício, pela mesma pessoa, ou grupo de pessoas, de direitos de voto em quantidade suficiente para assegurar a maioria nas deliberações da Assembleia Geral, e a pessoa (ou grupo de pessoas) somente é titular de direitos de voto quando é proprietária ou usufrutuária das ações que conferem aqueles direitos:

a) o direito de voto é elemento integrante da ação e não pode ser destacado e transferido separadamente da sua propriedade porque a ação é um conjunto de direitos indivisível e incindível;

b) titular do direito de voto é, portanto, o proprietário da ação;

c) a única exceção a esse princípio ocorre na ação gravada por usufruto, pois a lei admite que o direito de voto possa ser exercido tanto pelo nú-proprietário quanto pelo usufrutuário.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

A fonte do poder de controle é o conjunto de direitos de voto de que é titular a mesma pessoa (ou grupo de pessoas), e não os direitos de voto considerados isoladamente, nem as ações que conferem os direitos de voto, consideradas singularmente. Essa transformação de um agregado de ações em fonte do poder de controle demonstra a procedência da proposição de que há "todos", ou "conjuntos", que são mais do que a soma das partes.

10. A formação do bloco de controle em nada modifica a estrutura jurídica da companhia, na qual o poder político continua -- formalmente -- a ser exercido pela Assembleia Geral, deliberando pela maioria dos sócios. Não obstante, modifica de fato a distribuição do poder na companhia, pois:

- a) o poder político, que somente se manifestava por ocasião das reuniões da Assembleia Geral, passa a ser exercido -- de modo permanente -- pelo acionista controlador;
- b) os administradores da companhia ficam submetidos ao poder do acionista controlador, que passa a exercer -- de fato -- a função de administrador supremo da companhia, ainda que não ocupe cargo nos órgãos da administração; e
- c) o acionista controlador pode tomar decisões sobre os negócios da companhia independentemente da reunião da Assembleia Geral porque a propriedade ou o usufruto de ações assegura que suas decisões serão formalmente ratificadas pela Assembleia.

A formação do conjunto de ações de controle tem por efeito, por conseguinte, acrescentar à estrutura formal da companhia um novo papel -- que pode ser desempenhado permanentemente -- cujo ocupante detém o poder político na sociedade.

11. O conjunto formado pela propriedade de ações que assegura o controle é referido como bloco porque é considerado como coisa coletiva, e de controle porque assegura o poder de controle.

O tratamento do bloco de controle como conjunto unitário torna-se mais nítido quando as ações são alienadas com o fim de transferir o poder de controle: o objeto dessa espécie de negócio jurídico é o bloco de ações, e não as ações, consideradas singularmente. O que explica o fato de a expressão

"bloco de controle" não ser usada para designar o conjunto dos direitos do usufrutuário que asseguram o poder de controle: como o usufruto não pode ser transferido, é impossível a hipótese da alienação de direitos de usufruto, tanto considerados como um todo quanto singularmente.

12. Juridicamente, o bloco de controle é coisa coletiva, ou universalidade de fato -- um conjunto de ações (coisas, ou objetos de direito) consideradas agregadas em um todo.

Esse conjunto é universalidade de fato porque (a) as ações somente podem ser desdobradas ou grupadas mediante alteração do estatuto social, observados os preceitos da lei, (b) o titular de mais de uma ação possui cada uma delas como objeto distinto de direito, (c) o direito de voto de cada ação é distinto de igual direito das demais ações, e (d) o bloco de controle somente existe enquanto é um agregado pelo fato de as ações serem de propriedade da mesma pessoa (ou grupo de pessoas).

2.0 - AQUISIÇÃO, TRANSFERÊNCIA E PERDA DE CONTROLE

13. Essas diferenças de conceito e natureza entre poder de controle e bloco de controle tornam evidente que quando usamos as expressões "aquisição, transferência e perda de controle" significamos fatos essencialmente distintos conforme as empreguemos em relação ao poder de controle ou ao bloco de controle.

2.1 - Do Poder de Controle

14. A aquisição do poder de controle pressupõe a formação do bloco de controle (ou a reunião de direitos de usufruto), 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; adquirir o bloco de controle é tornar-se proprietário das ações com direito de voto que asseguram o poder de controle.

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

É originária quando resulta da formação de um bloco de controle que não existia. Pode ocorrer, por exemplo, quando o acionista que possui 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.

A formação de grupo controlador mediante acordo de acionistas e a constituição de sociedade "holding" são outros modos de aquisição originária do poder de controle, e a oferta pública para aquisição de controle é negócio típico, regulado na lei, para formação originária de bloco de controle.

A aquisição do poder de controle pode ocorrer, inclusive, sem 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 um acionista pode adquirir -- até involuntariamente -- o poder de controle se a sociedade resgata ou reembolsa ações de outros acionistas, ou se bloco de controle que era possuído por outro acionista desfaz-se mediante repartição da propriedade das ações entre diversas pessoas.

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

A perda do poder de controle é -- tal como sua aquisição ou transferência -- modificação de situação de fato que pode ocorrer independentemente de negócio jurídico de transmissão de ações. Assim, 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 passar a ser minoritário se outros acionistas formam originalmente novo bloco de controle mediante acordo de acionistas,

concentração de suas ações no patrimônio de uma única pessoa, ou constituição de usufruto que assegure ao usufrutuário o direito de voto.

16. Aquisição, transferência e perda do poder de controle não são fatos jurídicos, pois não criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, 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 cujos destinatários são as pessoas que ocupam as posições jurídicas da estrutura da sociedade. Assim, da aquisição do poder de controle por uma pessoa não nasce para ela direitos ou obrigações, mas os atos que pratica enquanto exerce ou detém o poder de controle podem ser fonte de responsabilidades e obrigações. E a perda do poder de controle não importa necessariamente extinção de direito subjetivo de quem exercia ou detinha o poder.

2.2 - Do Bloco de Controle

17. Aquisição, transferência e perda do bloco de controle são expressões que têm significado jurídico preciso e unívoco: bloco de controle é conjunto de ações, e as ações da companhia -- como valores mobiliários -- são consideradas pela lei objetos de direito, na categoria de coisas móveis. Adquirir, transferir ou 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.

3.0 - BEM DO PATRIMÔNIO

18. Para fundamentar a resposta ao primeiro quesito da consulta é necessária ainda uma referência ao conceito de "bem do patrimônio".

Em sentido mais genérico, patrimônio é um sistema pessoal de direitos patrimoniais e obrigações, ou seja, um conjunto desses direitos e obrigações interligados e relacionados a determinada pessoa; mas, conforme o ponto de vista do qual esse sistema é analisado, formamos dois conceitos distintos de patrimônio que, embora correlatos, representam conjuntos de elementos diferentes:

- a) um, estritamente jurídico, construído pela doutrina para explicar as relações jurídicas e a esfera jurídica das pessoas, cujos elementos são direitos e obrigações; e
- b) outro, jurídico-financeiro, utilizado pelo direito positivo para regular a responsabilidade patrimonial, cujos elementos são os objetos dos direitos e obrigações considerados no seu aspecto de valor financeiro.

Há também dois conceitos jurídicos de bem: um, lato, que abrange tudo o que é objeto de tutela pelo direito, e outro, estrito, que compreende apenas os objetos de direitos subjetivos.

Bem do patrimônio é espécie de bem jurídico em sentido estrito: representa o gênero dos objetos de direitos patrimoniais que significam quantidades distintas de valor financeiro. É, portanto, elemento do patrimônio no conceito jurídico-financeiro, cujo ativo é constituído de objetos de direitos subjetivos, considerados sob o aspecto do valor financeiro.

19. As noções até aqui expostas fundamentam as seguintes conclusões:

- a) o poder de controle, por sua natureza de poder de fato, não é direito subjetivo que possa ser elemento do patrimônio no conceito estritamente jurídico, nem é objeto de direito subjetivo com valor financeiro que possa ser bem do patrimônio, ou elemento do patrimônio no conceito jurídico-financeiro;
- b) as ações que dão origem ao poder de controle são bens do patrimônio, e o usufruto é direito subjetivo que integra o patrimônio no conceito de conjunto de direitos patrimoniais e obrigações.

4.0 - VALOR DA AÇÃO E DO PODER DE CONTROLE

20. O valor da ação, como coisa singular, é o mesmo para todas as ações da mesma espécie e classe de cada companhia porque conferem ao acionista igual direito de participar nos lucros ou no acervo líquido, sejam ou não elementos de um bloco de controle. Nada obstante, em certas companhias (e/ou circunstâncias) o mercado atribui ao bloco de controle valor que excede da soma do valor das ações que o integram.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Esse excesso (a) não é valor das ações, como coisas singulares, mas do bloco de controle, como coisa coletiva, e (b) não tem por fundamento o valor financeiro das ações que integram o bloco, e sim o poder de controle da companhia.

O mercado às vezes atribui ao bloco de controle valor que excede do da soma do valor das ações porque, como coisa coletiva, ele assegura o poder de controle, e esse poder constitui para o investidor fator de segurança do investimento: o aplicador do capital que admite exercer a função de orientar a companhia em regra está disposto a pagar pelo bloco de controle valor maior do que a soma do valor das ações pelo fato de adquirir a capacidade de influir decisivamente -- mediante determinação das deliberações sociais e escolha dos administradores -- na sorte do seu investimento, ao invés de ficar na posição de assistir impotente a que essa sorte fique na dependência da competência e diligência de outro acionista controlador, ou de administradores escolhidos por terceiros.

21. A análise dos conceitos de poder e bloco de controle comprova a proposição de que o valor do poder de controle é parte do valor de troca do bloco de controle, enquanto coisa coletiva:

a) o poder de controle não confere ao acionista direitos de participar nos lucros ou no acervo líquido, distintos dos que integram as ações agregadas no bloco de controle: os valores de renda e de patrimônio líquido de cada ação são os mesmos e os valores do bloco, considerado como coisa coletiva, são os valores das ações multiplicados pelo número de ações que formam o bloco;

b) o valor do poder de controle somente existe enquanto o bloco de controle pode ser alienado, como coisa coletiva, por valor superior ao produto do valor de cada ação pelo número de ações que forma o bloco: o único modo de verificar a existência e medir o valor do bloco de controle é comparar o valor de troca do bloco como coisa coletiva com o valor de troca das ações como coisas singulares;

c) dois são, portanto, os requisitos para que possa haver valor do poder de controle: a existência de bloco de controle que assegure o poder e a possibilidade de alienação desse bloco como coisa coletiva;

d) o valor do bloco de controle deixa de existir no momento em que ele é dividido em dois ou mais conjunto de ações, se nenhum deles assegura ao titular o poder de controle.

5.0 - INCOMUNICABILIDADE DO USUFRUTO

22. O usufruto é um direito dito personalíssimo, porque constituído em razão de uma pessoa e intransferível por alienação a terceiro (Cód. Civil, art. 717). É, portanto, inalienável, e dessa inalienabilidade decorre, necessariamente, a incomunicabilidade.

PONTES DE MIRANDA ("Tratado de Direito Privado", t. VIII, § 896, p. 298), assim expõe esse princípio:

"Dizer-se que os bens inalienáveis são comunicáveis é negar-se a própria inalienabilidade; porque a comunicação é alienação. Quem aliena a metade de um bem, aliena; quem se casa e do casamento resulta comunicação de metade do bem, também aliena. Não seria possível conceber-se comunicação sem alienação. Nem todos os bens incomunicáveis são inalienáveis; mas todos os bens inalienáveis são incomunicáveis."

Esse princípio foi questionado no passado em algumas decisões dos tribunais, mas a jurisprudência acabou por firmar-se no sentido da incomunicabilidade dos bens inalienáveis, conforme comprova a Súmula nº 49 do Supremo Tribunal Federal.

23. EDUARDO ESPÍNOLA, já em 1925 (Questões Jurídicas e Pareceres, Companhia Gráfico-Editora Monteiro Lobato, São Paulo, 1925), opinava:

"Se é verdade que não encontramos o direito de usufruto expressamente indicado no artigo 263 do Código Civil e no direito anterior (Carlos de Carvalho - Nova Consolidação, art. 1.494) entre os bens excluídos da comunhão, e que os nossos civilistas antigos e recentes, na enumeração de tais bens não aludem a esse instituto, não é menos certo de que se trata de um direito pessoal e intransmissível, e, por conseguinte, incomunicável por sua própria natureza."

E em outro parecer, publicado na Revista dos Tribunais (Vol. 54, p. 463/5), reafirmou essa opinião nos seguintes termos:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"Já em parecer publicado no livro "Questões Jurídicas e Pareceres", expus as razões que me induzem a crer que o usufruto, de que é titular um dos cônjuges, não pode entrar para a comunhão dos bens.

E é precisamente o fato de ser o usufruto, em nosso sistema legislativo, inalienável e incindível, que o torna incomunicável.

Observei então:

Como princípio geral, em que se inspiram os casos de exclusão da comunhão pode estabelecer-se que é incomunicável todo o qualquer bem que se mostre inalienável, intransmissível por ato inter vivos ou mortis-causa.

Em apoio dessa doutrina invoquei a opinião autorizadíssima de LAFAYETTE, CLOVIS BEVILAQUA e CÂNDIDO DE OLIVEIRA."

24. PONTES DE MIRANDA (ob. cit., vol. XIX, § 2.265, p. 56), ao comentar a intransmissibilidade do usufruto, assim se expressa:

"A vedação de transferir importa em não se poder constituir usufruto de usufruto, nem penhor, ou hipoteca, ou anticrese, e em não se poder ceder, ainda que seja cedível o crédito e se reserve, na constituição do usufruto, essa cessão (O. WAENEYER Kommentar, II, 264). Tão pouco, pode o usufruto entrar para a comunhão de bens" (Cf. Tratado de Direito de Família, II, 220 s). (grifos aditados)

O Ministro OROSIMO NONATO, em sessão do Supremo Tribunal Federal, em 9 de janeiro de 1942, assim votou no Recurso Extraordinário nº 5.108 ("Revista Forense, vol. 92, p. 90/1):

"Por isso, concluem os A. A. que o artigo 263 não esgota, em seu enunciado literal, os casos de exclusão, entre os quais se compreende, por exemplo, o usufruto a que ele não se refere expressamente (ESPÍNOLA, "Questões Jurídicas e Pareceres", p. 289 e "Revista dos Tribunais", vol. cit. p. cit.) e que, entretanto, não pode ser comunicado, exatamente porque é intransmissível, o que leva a incluir ainda outros bens, como se vê em Oliveira Castro, "REGIMES MATRIMONIAIS", p. 246, nº 214.

Em suma, se os bens inalienáveis são, por sua natureza mesma, incomunicáveis, estão eles incluídos na referência expressa do nº II do Código Civil, que trata dos bens incomunicáveis."

25. No mesmo sentido WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ("Curso de Direito Civil, Direito de Família", 22^a ed., Editora Saraiva, 1984, p. 161):

"Ajunte-se igualmente que bens gravados de usufruto, não obstante o silêncio do artigo 263, se acham também excluídos da comunhão."

Esta é também a solução no direito alemão (THEODOR KIPP e MARTIN WOLFF, "Derecho de Familia", in Tratado de Derecho Civil de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, Trad. Espanhola, Bosch, Casa Editora, Barcelona, vol. I, p. 406).

26. Segundo informa a consulta, da escritura de constituição do usufruto consta, expressamente, a cláusula de incomunicabilidade, mas, ainda que essa cláusula não existisse, o usufruto seria incomunicável em decorrência da intransferibilidade por alienação, conforme a doutrina e jurisprudência acima citadas.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

27. Com esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos da consulta:

1º) O poder de controle da ALPHA é bem do patrimônio comum do Consulente e sua mulher que deva ser inventariado e partilhado na separação do casal, como elemento patrimonial distinto das ações do capital da sociedade?

Não: poder de controle da companhia é poder de fato, cujo fundamento é a reunião, na mesma pessoa ou grupo de pessoas, da titularidade de direitos de voto que lhe asseguram a maioria nas deliberações da Assembleia Geral. Não é nem direito subjetivo nem objeto de direito subjetivo, e somente existe enquanto os direitos de voto se acham reunidos na mesma pessoa ou grupo de pessoas.

Não pode, por conseguinte, ser inventariado e partilhado na separação do casal proprietário das ações que integram o bloco de controle, como elemento patrimonial distinto das ações da companhia.

2º) Qual o critério para avaliar o poder de controle da companhia?

O poder de controle somente tem valor como parte do valor de troca do bloco de controle, e somente pode ser determinado como a diferença entre o valor de troca do bloco de controle, como coisa coletiva, e a soma do valor das ações que o integram, consideradas como coisas singulares.

3º) Como devem ser avaliadas as ações da ALPHA se na partilha couber a cada cônjuge igual número de ações, ou quantidade de ações que não assegure a nenhum deles o controle da companhia?

Se as ações de controle da ALPHA, que são elementos do patrimônio comum do casal, forem partilhadas em igual número para cada cônjuge, ou de modo que a cada um caiba quantidade de ações que não assegure a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral da companhia, com a partilha o bloco de controle deixará de existir como coisa coletiva e, em consequência, o poder de controle fundado nesse bloco não será adquirido por nenhum dos cônjuges, mas se extinguirá.

Nessa hipótese, não haverá poder de controle transferido a avaliar, e o valor atribuído às ações será irrelevante, para todos os efeitos práticos, cabendo comparar apenas o valor total dos demais bens que serão partilhados. Nesse caso, poderá ser adotado o valor de patrimônio líquido contábil da ALPHA ou, se prevalecer o interesse de preservar o custo de aquisição a ser computado na determinação de ganho de capital tributado pelo imposto de renda em futura alienação, o valor (em UFIR) das ações em 31 de dezembro de 1991, constante da declaração de bens do Consulente no exercício financeiro de 1992.

4º) O usufruto de ações da ALPHA, de que o Consulente é titular, é bem do patrimônio comum do Consulente e sua mulher?

Não: o usufruto, quer por cláusula expressa da escritura que o constituiu, quer por sua natureza de direito intransferível, é incomunicável. Não integra, portanto, o patrimônio comum do Consulente e sua mulher, mas o patrimônio destacado e autônomo do Consulente.

5º) Se na partilha dos bens do casal couber ao Consulente quantidade de ações do capital da ALPHA que, por si só, não assegure o controle da sociedade, o fato de o Consulente vir a exercer esse controle com

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

base nessas ações e no usufruto de que é titular terá alguma influência sobre o valor das ações partilhadas?

Não: na hipótese formulada no quesito, o Consulente adquirirá o poder de controle da sociedade em decorrência da agregação dos direitos de voto de que é titular, como usufrutuário de ações, ao direito conferido pelas ações que lhe forem partilhadas. O poder de controle que exercerá não será, portanto, o fundado no bloco de controle integrante do patrimônio comum do casal: devido à divisão desse bloco, o poder de controle que é hoje exercido pelo Consulente, como administrador dos bens do casal, deixará de existir. Não será, portanto, sucedido pelo Consulente. O novo poder de controle, que passará a existir pela agregação dos direitos de voto das ações partilhadas com os das ações de que é usufrutuário, não resultará da aquisição derivada por força da partilha, mas originalmente. Por conseguinte, o valor que porventura venha a ter esse novo poder de controle em nada influirá sobre o valor das ações partilhadas, pois ele somente existirá após a partilha.

Esse é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 1993