

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de provento rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

INEXISTÊNCIA DE “PARTICIPAÇÃO RECÍPROCA INDIRETA” ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

1. Vem sendo objeto de alguma discussão, particularmente no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a questão referente à eventual existência, em nosso direito societário, de vedação à “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas.

2. A Lei das S.A., em seu art. 244, *caput*, proíbe expressamente a participação recíproca entre uma sociedade anônima e suas coligadas ou controladas.

3. Nesse sentido, assim dispõe o *caput* do art. 244 da Lei das S.A.:

Art. 244 — É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

4. A Lei das S.A., ao vedar a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas, teve por objetivo, conforme a Exposição Justificativa elaborada pelos autores do Anteprojeto, preservar a integridade do capital social na sua função de garantia dos credores.

5. As normas que vedam as participações recíprocas entre a companhia e suas coligadas e controladas visam, assim, evitar o aguçamento do capital social.

6. Outro objetivo das normas que impedem a participação recíproca, conforme refere a doutrina, é o de evitar problemas de natureza política, que podem resultar do exercício do direito de voto por parte das sociedades que

participam do capital de outras. Nesse sentido, considera-se que, se fosse permitida a utilização do direito de voto por ambas as sociedades em que há participação recíproca, ocorreria anulação da influência de uma sociedade sobre outra; daí as legislações societárias vedarem em geral o direito de voto da sociedade controlada que possui ações na controladora.¹

7. Tais normas, dada sua feição repressiva, evidentemente não se aplicam a todas as situações de participação recíproca, mas tão-somente àquelas em que se verifica a ocorrência de controle ou de coligação entre as companhias envolvidas.

8. Os conceitos de controle e de coligação estão claramente estabelecidos na Lei das S.A. Assim, quando a Lei veda a participação recíproca entre a companhia e suas controladas e coligadas, evidentemente tal proibição aplica-se apenas quando caracterizado o controle ou a coligação tal como definidos pela Lei das S.A.

9. Com efeito, tratando-se o controle e a coligação de conceitos perfeitamente definidos na Lei, não pode o intérprete, por definição, utilizar outras noções (econômicas, financeiras, contábeis etc.) de controle ou de coligação, nem inter-

1. Fran Martins. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 3, p. 262.

pretar os conceitos legais de maneira ampliativa ou extensiva.

10. A Lei das S.A., em seu art. 116, considerou como 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 Assembléia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; e

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

11. A caracterização do controle, nos termos da Lei das S.A., pressupõe, assim, além da maioria dos votos, o uso efetivo de tal poder para dirigir os negócios da companhia.

12. Assim, considera-se, em nosso sistema jurídico, que o controle acionário constitui um poder de fato, não um poder jurídico; com efeito, nasce do fato da reunião, numa mesma pessoa ou grupo de pessoas, da quantidade de ações cujos direitos de voto, uma vez exercidos no mesmo sentido, formam a maioria das deliberações na Assembléia Geral. Conforme ressalta a doutrina, o acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle; detém esse poder enquanto é titular do bloco de controle, ou seja, da quantidade de ações que lhe assegurem o número suficiente de votos para lograr a maioria nas deliberações sociais e dirigir os negócios da companhia.²

13. Entre nós, portanto, é plenamente reconhecida a circunstância de consti-

tuir o controle acionário uma situação de fato, a depender de caracterização caso a caso, tendo em vista o grau de dispersão acionária em determinada companhia.

Assim, o controle acionário tanto pode ser exercido com mais da metade do capital votante como com um percentual de 30%, 20% ou menos das ações com direito de voto, desde que o acionista com tal montante de ações presente, de fato, o poder de comandar os destinos da companhia e de eleger a maioria dos administradores.

14. Embora não constitua a situação mais usual, entre nós, dada a concentração do poder de controle, é plenamente admitida a ocorrência de controle acionário com percentual de ações votantes inferior a 50%, conforme já vimos a oportunidade de analisar.³

15. O controle pode ser direto, quando caracterizada a estrutura de poder na estrutura interna da companhia, caso em que tal relação de poder se estabelece entre o acionista controlador — elemento dessa estrutura — e os órgãos da companhia.

16. Pode ainda ocorrer o controle indireto, o qual é modalidade de poder dentro de uma estrutura de sociedades: no caso, a relação de poder não integra a organização interna de uma companhia, mas vincula o papel de acionista controlador de uma sociedade aos órgãos de administração de outra.⁴ Assim, se A controla B, que por sua vez controla C, ocorre o controle indireto de A com relação à C, posto que os órgãos de administração de C, de fato, estarão

3. Cf. nosso artigo, baseado em dados levantados pela CVM, intitulado "O mito do controle gerencial. Alguns dados empíricos". *Revista de Direito Mercantil*, n. 66, abr.-jun./87, p. 103.

4. José Luiz Bulhões Pedreira. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio, Forense, 1989, p. 312.

2. José Luiz Bulhões Pedreira. *Alienação de Controle de Companhia Aberta* in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A. (pressupostos, elaboração, aplicação)*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992, p. 701.

submetidos, embora indiretamente, às determinações de A.

17. A Lei das S.A., em seu art. 243, § 2.º, reconhece expressamente a existência das duas modalidades de controle: o direto e o indireto. Com efeito, ali está disposto que:

“§ 2.º — 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”. (grifamos)

18. Já o conceito de coligação é estabelecido, na Lei das S.A., não como uma relação de fato, como um poder, mas em função da titularidade de um determinado percentual de ações. Assim, existe coligação sempre que uma companhia detiver 10% ou mais do capital social de outra, sem que se caracterize a situação de controle.

19. Nesse sentido, dispõe o § 1.º do art. 243 da Lei das S.A. que:

“§ 1.º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

20. A Lei não cogitou da possibilidade de coligação indireta, seguindo, no particular a orientação do direito comparado, especialmente do direito italiano.

21. Com efeito, o art. 2.359 do Código Civil Italiano, com a redação dada pela Lei de 9 de abril de 1991, admitiu a possibilidade de controle direto e indireto. Com relação à coligação (*collegamento*), silenciou sobre a possibilidade de seu exercício indireto.

22. A jurisprudência dos tribunais firmou-se no sentido de que, silenciando o Código sobre a possibilidade de coligação indireta, não pode ser cogitada

a sua existência, para qualquer efeito legal.⁵

23. Nesse sentido, o Tribunal de Milão teve o ensejo de decidir, por duas ocasiões, que não existe, juridicamente, a coligação indireta, enfatizando os acórdãos que:

“Il codice civile, mentre ammette esplicitamente il controllo indiretto tramite società controllate, non ammette escludendolo con il silenzio, il collegamento indiretto. Il collegamento è infatti una partecipazione minoritaria che non attribuisce influenza dominante di tal che appare ragionevole che, in assenza di un potere decisivo determinante, il legislatore non abbia considerato la collegata come uno “strumento” nelle mani della società partecipante, poiché le scelte e i comportamenti della partecipante sono a lei propri e non riferibili ad altro soggetto (Trib. Milano 6 novembre 1986, Giur. comm., 1987, II, 412).

Non è rilevante, alla stregua della definizione di società collegata contenuta nell’art. 2.359, 2.º comma, c.c., il collegamento c.d. indiretto, cioè realizzato tramite una o più società controllate (Trib. Milano, 19 dicembre 1986, Foro it., 1987, I, 3.162).

24. A Lei das S.A., em seu art. 243, § 1.º, seguindo no particular a orientação do direito italiano, igualmente excluiu, com o silêncio, a coligação indireta.

25. Com efeito, embora tenha previsto, expressamente, a possibilidade do controle indireto, a Lei silenciou a respeito da eventual caracterização de uma coligação indireta. Daí pode-se concluir, sem maiores esforços hermenêuticos, que o legislador excluiu, para todos os efeitos, a possibilidade de se cogitar de uma situação de coligação, por exemplo, entre A e C, quando A é

5. Vincenzo Scaleze. *Codice Delle Società*, Milão, Dott. A. Giuffrè Ed., 1991, p. 267.

coligada de B, que por seu turno é coligada de C.

26. Inexistindo a coligação indireta, mas tão-somente a direta, é de todo evidente que não se pode cogitar de participação recíproca entre sociedades que não são diretamente coligadas. Assim, se A é coligada de B e esta é coligada de C, não há qualquer vedação legal à participação de C no capital de A. Tal vedação somente poderia ser cogitada se houvesse uma relação de controle, caso em que a Lei admite a sua ocorrência de maneira indireta.

27. Nesse sentido, a doutrina tem enfatizado, entre nós, que a proibição da participação recíproca não se aplica ao caso da chamada coligação indireta.

28. A propósito da inexistência da vedação às participações recíprocas entre empresas que não participam diretamente uma no capital da outra comentou-se que:

“A nova proibição (o art. 244) aparentemente não alcança, todavia, as empresas com vínculo indireto de coligação. Assim, se a empresa A possui participação na empresa B e esta na empresa C, C poderá, em tese, participar de A, pois o art. 244 não se referiu à coligação indireta e já vimos que o art. 243, § 1.º, só conceitua como coligadas as empresas com participação direta uma na outra”.⁶

29. Em estudo especializado sobre a contabilidade das sociedades anônimas chegou-se à idêntica conclusão, entendendo seus autores que:

“Note-se que uma empresa é coligada de outra sempre que tenha uma participação de, no mínimo, 10% do capital da outra, mas desde que não seja uma participação acionária grande a

ponto de controlá-la. No que se refere à definição de coligada, a lei não fez qualquer referência a tipos de ações de que se constitui a participação, podendo ser ações ordinárias com direito a voto e mesmo ações preferenciais, com ou sem esse direito, ou mesmo com outras restrições. Cabe ainda notar que a menção da lei é genérica em termos da participação, abrangendo as sociedades como um todo, podendo, portanto, ser Sociedades por Ações ou Limitadas. *A lei não faz menção sobre participações indiretas, concluindo-se que as empresas são coligadas somente por participações diretas*⁷ (grifamos).

30. Assim, não há qualquer dúvida sobre a licitude da participação de uma empresa no capital de outra quando inexistente, entre elas, qualquer vínculo direto de coligação.

31. Com efeito, nosso direito societário, da mesma forma que ocorre no direito italiano, silenciou inteiramente sobre a possibilidade de coligação indireta. Trata-se de noção que, embora possa ser eventualmente utilizada em análises de natureza econômica, financeira, ou outras, simplesmente inexistente no universo jurídico.

32. Assim, inexistindo juridicamente a coligação indireta, não se pode cogitar de qualquer vedação à participação recíproca entre empresas que, não mantendo entre si qualquer relação de controle, também não apresentam participações acionárias diretas uma na outra.

33. É de todo evidente, assim, que seria inteiramente ilegal, caracterizando o abuso de poder, o eventual ato de autoridade administrativa que resolvesse vedar a aquisição de ações por parte de uma companhia, fundamentado na ocorrência de coligação indireta.

6. Arnoldo Wald. “Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas”, *Revista dos Tribunais*, v. 500, jun./77, p. 24.

7. Sergio de Iudícibus. Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*, São Paulo, Atlas, 1981, 2.ª ed., p. 154.