

Alfredo de Assis
Gonçalves Neto

DIREITO DE EMPRESA

Comentários aos artigos 966
a 1.195 do Código Civil

6.ª edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

ça, Ivê A. M. Loureiro Gomes

elle Rondon Castro de Morais, Flávia
Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim

galves Melo, Daniele de Andrade

ão (CIP)

966 a 1.195
to. -- 6. ed.
os Tribunais,

comercial -
ção - Brasil

338.93(81)(094)

mpresa : Legisla-

Capítulo VII DA SOCIEDADE COOPERATIVA

Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

COMENTÁRIOS

464. Generalidades sobre a sociedade cooperativa

A exata compreensão do significado de sociedade cooperativa está intimamente ligada à de cooperativismo, entendido como um “sistema reformista da sociedade que quer obter o justo preço, abolindo o intermediário e o assalariado, através da solidariedade e da ajuda mútua. Filosoficamente, o principal objetivo que aspira é o aperfeiçoamento moral do homem, pelo alto sentido ético da solidariedade, complementado na ação, pela melhoria econômica” (Waldirio Bulgarelli, *As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*, n. 2, p. 17).

Contrastando a sociedade cooperativa com a sociedade anônima, autores costumam dizer que aquela é o elemento complementar da grande companhia do século XIX. “Enquanto esta servia como meio agregador de capitais, aquela servia como catalisador de esforços no sentido do bem-estar comum de seus membros. Com uma diferença básica: enquanto na sociedade anônima o interesse era criar um novo ente, com interesse e objetivos distintos dos de seus membros, a sociedade cooperativa deveria atuar como mero intermediário entre os interesses individuais dos sócios e o mundo exterior. Em ambos os casos, porém, a conjugação de esforços deveria ter como efeito o reforço do poder de atuação frente às exigências históricas e econômicas de crescente concorrência” (Calixto Salomão Filho, *O novo direito societário*, p. 238-239). Tanto uma quanto outra sujeitaram-se, inicialmente, a uma prévia aprovação do Estado para sua constituição e funcionamento.

Para Pontes de Miranda, “já os Fenícios, os Egípcios, os Gregos e os Romanos tinham, em

suas estruturas primeiras, a cooperativa. No Egito, resultava, quase sempre, de cumprimento de dever criado pelo poder público. Os Hebreus usavam cooperativas de seguros, quatro séculos antes de Cristo. Tudo isso não serve muito à explicação da natureza da cooperativa, como espécie de sociedade contemporânea. No século XIX havia sociedades de consumo na França e na Inglaterra, onde se tentou a implantação nos séculos anteriores, com aparição de muitos defensores nos países europeus. Alguns nomes foram ligados à concepção do cooperativismo, solução do problema político-econômico do homem”. Entretanto, sob o aspecto jurídico, reconhece que “a primeira figura jurídica, completa, da sociedade cooperativa foi a dos *Equitable Pioniers de Rochdale*, na Inglaterra, em 1844” (*Tratado de direito privado*, t. XLIX atualizado, § 5247, p. 514). Ela foi concebida por 28 tecelões ingleses que assim se autodenominou. E foi da Inglaterra, igualmente, o primeiro texto legal que as regulamentou (1852), baseado no *Friendly Societies Act* de 1793.

No Brasil, a história das cooperativas tem início com sua criação por ato estatal. Como resultado de minuciosa pesquisa, André Jacques Uchoa Costa, Margareth Noda e Tatiana Flores Fialho (Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado. *Direito Societário Contemporâneo I*, p. 557) localizaram o Decreto 796/1890, como o primeiro diploma que tratou do assunto, criando a Cooperativa Militar do Brasil, logo seguido pelo Decreto 896/1980, que baixou o estatuto social da Companhia Cooperativa de Consumo Doméstico e Agrícola. Também é considerada precursora a primeira cooperativa de crédito brasileira, constituída em 1902, “com

a fundação de uma caixa rural *Raiffeesen* (nome do modelo de cooperativa adotado), em Nova Petrópolis, Rio Grande do Sul” (Renato Lopes Becho, *Tributação das cooperativas*, n. 4.2.2, p. 73). Só mais tarde é que as cooperativas foram reguladas pelo legislador, com o advento da Lei 1.637/1907, que vigeu até 1932, sucedida por diversas outras até a consolidação ocorrida com a vigente Lei 5.764/1971. O intervencionismo estatal, porém, era sua marca registrada, só desaparecendo com o advento da Constituição de 1988 (CF, art. 5.º, XVIII).

Sempre foram as cooperativas consideradas sociedades civis por não visarem à obtenção de lucro em proveito próprio, sendo enquadradas, atualmente, como sociedades simples.

465. Regime jurídico

Destacando as características e as alternativas quanto à responsabilidade dos sócios, o Código Civil deixa para a lei especial as demais disposições sobre as sociedades cooperativas, acrescentando que, no que tal lei for omissa, aplicam-se-lhes as disposições referentes à sociedade simples. Elas são, portanto, incorporadas ao regime jurídico societário implantado pelo codificador de 2002, com ressalva das disposições que lhes são peculiares.

A lei de regência das sociedades cooperativas é, atualmente, a de n. 5.764/1971. Em se tratando de cooperativa de crédito, são-lhe aplicáveis, ainda, as normas da Lei 4.595/1964, referentes às instituições financeiras, e as resoluções do Banco Central do Brasil que dispõem a respeito.

É no Código Civil que se encontra o enquadramento da cooperativa como sociedade simples (art. 982, parágrafo único), ou seja, não empresária, bem como a previsão da composição de seu nome, consistente em uma denominação integrada pelo vocábulo cooperativa (art. 1.159). Não me parece, porém, haver qualquer justificativa racional para catalogar a cooperativa como sociedade não empresária, senão pelo fato de, com isso, enfatizar o afastamento da cooperativa do regime falimentar – assunto do qual não se deveria ocupar, todavia, o codificador de 2002. A própria natureza societária da cooperativa é muito discutida, por conter normas inerentes tanto a associações como a sociedades,

o que justificaria que fosse tratada como tipo autônomo, intermediário entre essas figuras, um terceiro gênero com regramento especial, voltado para atender suas peculiaridades. Perdeu o legislador excelente oportunidade para atualizar o regramento da sociedade cooperativa, na linha da orientação que vem sendo seguida por diversos países nos últimos vinte anos, tratando-a como empresa de economia social.

Sobre o tema, a tese de doutoramento de Emanuelle Urbano Maffioletti, *O direito concursal das cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falências*, fls. 152-158.

Apesar de legalmente considerada como espécie de sociedade simples, o fato é que a maioria das disposições desse tipo societário não é compatível com o regime jurídico da cooperativa. Assim, à cooperativa não se aplica, v.g., a disposição relativa à sociedade entre cônjuges (CC, art. 977), porque incompatível com sua estrutura. Não lhe é aplicável, também – só para citar mais um exemplo –, a regra do art. 983, segunda parte, do Código Civil, segundo a qual a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um dos tipos de sociedade empresária; é que, utilizando-se dessa faculdade, ela deixaria de ser supletivamente regulada pelas normas da sociedade simples. E, algumas vezes, é necessário ter em conta as disposições referentes às associações para suprir eventuais lacunas de sua lei de regência.

De todo modo, a lei especial prevê o registro da cooperativa na Junta Comercial (Lei 5.764/1971, art. 18, § 6.º) e, por isso, apesar de ser inserida no gênero sociedade simples, não terá inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, mas naquele reservado às sociedades empresárias (Lei 8.934/1994, art. 32, II, letra a). Também lei específica dispõe sobre as cooperativas de crédito, que se inserem entre as instituições financeiras (Lei Complementar 130/2009).

Houve quem levantasse dúvida quanto à realização da inscrição da cooperativa no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais já que, qualificada como sociedade simples, seu registro deveria ocorrer no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a teor do disposto nos arts. 998 e 1.150 do Código Civil.

o disposto no presente

as primeiras, a cooperativa. No a, quase sempre, de cumprimento lo pelo poder público. Os Hebreus erativas de seguros, quatro séculos ito. Tudo isso não serve muito à a natureza da cooperativa, como iedade contemporânea. No sécu- ociedades de consumo na França ra, onde se tentou a implantação nteriores, com aparição de muitos s países europeus. Alguns nomes s à concepção do cooperativismo, problema político-econômico do itretanto, sob o aspecto jurídico, que “a primeira figura jurídica, a sociedade cooperativa foi a dos *moniers de Rochdale*, na Inglaterra, *atado de direito privado*, t. XLIX atu- 247, p. 514). Ela foi concebida por ingleses que assim se autodenomi- Inglaterra, igualmente, o primeiro e as regulamentou (1852), baseado *ocieties Act* de 1793.

sil, a história das cooperativas tem sua criação por ato estatal. Como minuciosa pesquisa, André Jacques a, Margareth Noda e Tatiana Flores res considerações sobre as socieda- ativas no direito brasileiro e com- *eito Societário Contemporâneo I*, p. zaram o Decreto 796/1890, como diploma que tratou do assunto. cooperativa Militar do Brasil, logo o Decreto 896/1980, que baixou o cial da Companhia Cooperativa de Doméstico e Agrícola. Também é a precursora a primeira cooperativa rasileira, constituída em 1902, “com

Ocorre que, como visto, há previsão expressa na lei especial das cooperativas e na do registro de empresas, que, por comezinho princípio de hermenêutica, prevalecem sobre a lei geral que lhes é posterior. Nesse sentido, o Enunciado 69 da I Jornada de Direito Civil, p. 62; Mônica Gusmão, *Lições de direito empresarial*, p. 130; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 8, Direito de empresa, p. 244.

O Departamento Nacional do Registro do Comércio, no Parecer Jurídico DNRC/Cojur 17/2003, reafirmou o entendimento de a cooperativa continuar tendo seus atos constitutivos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis que, nos termos do art. 18, § 6.º, da Lei 5.764/1971, é aquele onde deve ser procedida a sua inscrição.

466. Conceito e natureza da sociedade cooperativa

A Aliança Cooperativa Internacional (ACI) definiu a sociedade cooperativa como “uma associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns, através de uma empresa de propriedade conjunta e democraticamente controlada” – ou seja, um ente criado com o propósito de trazer melhoria econômica e social aos seus membros, através da exploração de uma empresa sobre a base da ajuda mútua. Tal enunciado procurou exprimir as ideias que nortearam a formação do grupo de Rochdale (nome da localidade em que foi constituído, próxima a Manchester), consistentes na adesão livre de todos que exercessem o mesmo ofício, na administração de forma democrática, na repulsa a toda sorte de vinculação política etc.

O art. 3.º da Lei 5.764/1971 assim as conceitua: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Vê-se, nesses dois enunciados, da Aliança Cooperativa Internacional e da lei brasileira, a preocupação de acentuar a ideia de colaboração recíproca entre seus membros, que costumam ser chamados de sócios, associados ou cooperados, e o claro propósito de afastar qualquer

objetivo lucrativo do ente assim criado. Não é outro o conceito que lhe dá o direito português: “As cooperativas são pessoas coletivas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e da entajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações econômicas, sociais ou culturais daqueles” (Código Cooperativo de Portugal, art. 2.º, n. 1).

A sociedade cooperativa distingue-se das demais sociedades essencialmente por um traço que lhe é bastante peculiar: enquanto nestas o sócio investe para buscar resultados lucrativos proporcionais aos riscos (normalmente tendo como referencial o valor de sua participação no capital social), na cooperativa o móvel que atrai a filiação do cooperado não é a obtenção de lucros, mas o amparo, a ajuda mútua, notadamente a possibilidade de utilizar-se dos serviços por ela prestados e das facilidades por ela proporcionadas para melhorar a sua própria situação econômica. Nessa perspectiva, haveria nessa figura uma síntese de associação e empresa. De fato, considera Rui Enamorado “que a cooperativa é uma associação, mas não é uma associação qualquer; e que sendo também uma empresa, não é uma empresa qualquer. É uma associação que se projecta numa empresa. É uma empresa impulsionada por uma associação. É uma associação cujo princípio activo é uma actividade empresarial. É uma empresa com uma atmosfera associativa” (Cooperativismo: um horizonte possível. *Estudos de direito cooperativo e cidadania*, org. José Peres Gediél, p. 19).

No dizer de Reginaldo Ferreira Lima, a cooperativa é uma “*sociedade auxiliar*, de caráter institucional, a qual, na sua condição de ente personificado, existe tão só para prestar serviços aos associados, independente da ideia de, como pessoa jurídica, obter vantagem para si” (*Direito cooperativo tributário: comentários à lei das sociedades cooperativas*, p. 50).

Assim, o participante da cooperativa é, ao mesmo tempo, seu associado e cliente. Ele possui, de fato, essa dupla qualidade: integra a sociedade cooperativa como *sócio*, o que lhe confere a qualidade de participar das deliberações, eleger representantes, fiscalizar a atuação da cooperativa e receber o rateio dos resulta-

vo do ente assim criado. Não é o que lhe dá o direito português: são pessoas coletivas, de livre capital e composição variáveis, cooperação e da entejuda dos com obediência aos princípios sam, sem fins lucrativos, a sa-essidades e aspirações econô-u culturais daqueles” (Código Portugal, art. 2.º, n. 1).

e cooperativa distingue-se das es essencialmente por um traço te peculiar: enquanto nestas o ra buscar resultados lucrativos os riscos (normalmente tendo il o valor de sua participação), na cooperativa o móvel que o cooperado não é a obtenção o amparo, a ajuda mútua, no-ssibilidade de utilizar-se dos prestados e das facilidades por las para melhorar a sua própria ica. Nessa perspectiva, haveria a síntese de associação e em-nsidera Rui Enamorado “que ma associação, mas não é uma uer; e que sendo também uma ma empresa qualquer. É uma se projecta numa empresa. É ulsionada por uma associação. o cujo princípio activo é uma sarial. É uma empresa com uma iativa” (Cooperativismo: um l. *Estudos de direito cooperativo* José Peres Gediel, p. 19).

Reginaldo Ferreira Lima, a co-“sociedade auxiliar, de caráter qual, na sua condição de ente iste tão só para prestar servi-os, independente da ideia de, idica, obter vantagem para si” vo tributário: comentários à lei perativas, p. 50).

rticipante da cooperativa é,), seu associado e cliente. Ele :ssa dupla qualidade: integra erativa como sócio, o que lhe de de participar das delibera-sentantes, fiscalizar a atuação-receber o rateio dos resulta-

dos; além disso, é *usuário* dos bens e serviços da cooperativa, pois utiliza sua estrutura, suas técnicas de comercialização, seus serviços e demais facilidades. A cooperativa coloca-se, então, como uma entidade intermediadora ou de apoio às atividades de seus associados.

“Nas cooperativas de consumo, por exemplo, a posição de sócio só tem razão de ser quando ele se associa para o fim de abastecer-se, nos armazéns da cooperativa, de bens necessários ao uso e consumo domésticos. Nas agrícolas, a filiação do produtor somente adquire sentido quando o seu ingresso se fez para permitir-lhe a entrega de seus produtos, a fim de que sejam vendidos, por intermédio da cooperativa, no mercado consumidor. É, pois, essencial ao próprio conceito de cooperativa que as pessoas, que se associam, exerçam, simultaneamente, em relação a ela, o papel de sócio e usuário ou cliente. É o que, em direito cooperativo, se exprime pelo nome de princípio de dupla qualidade, cuja realização prática importa, em regra, a abolição da vantagem patrimonial chamada lucro que, não existisse a cooperativa, seria auferida pelo intermediário” (Walmor Franke, *Direito das sociedades cooperativas*, p. 13-14).

Diversamente do que ocorre com qualquer outra sociedade, a cooperativa atua com os cooperados e para os interesses deles e não seus, individuais, que não existem. Ela aparenta não possuir interesse social próprio, diverso do de seus membros, a ponto de muito se discutir, “ainda hoje, se a cooperativa é uma sociedade, chegando algumas legislações a reconhecê-la como uma forma de associacionismo puro” (Calixto Salomão Filho, *O novo direito societário*, p. 241).

De todo modo, é tênue a linha divisória entre associação e sociedade na cooperativa. Primeiramente, é impossível negar a existência de um interesse social que, quando menos, consiste em proporcionar aos sócios vantagens econômicas e o rateio das sobras da atuação coletiva entre eles – o que justifica, portanto, o tratamento da cooperativa como sociedade, já que não é inerente às associações exercer atividade econômica com distribuição de resultados aos seus membros. Em contrapartida, porém, a cooperativa afasta-se da sociedade por seu regime jurídico não reconhecer ao sócio cooperado

direito de participar dos fundos de reserva e do “*reliquat*”, isto é, do acervo patrimonial que existir quando da liquidação do patrimônio da cooperativa, por dissolução.

A sociedade cooperativa, por outro lado, é legalmente qualificada como uma sociedade de pessoas, com forma e regime jurídico próprios, de natureza civil – melhor dizendo, não empresarial –, não sujeita à falência, constituída para prestar qualquer gênero de serviço, operação ou atividade a seus associados (Lei 5.764/1971, arts. 4.º e 5.º).

Penso que, ao identificar a cooperativa como sociedade de pessoas, a lei, nem por isso, enquadró-a como uma sociedade *intuitu personae* no sentido próprio da expressão, já que sua constituição e funcionamento não estão pautados no relacionamento pessoal que possam ter seus associados entre si (como o comprovam o número mínimo elevado de cooperados, a livre adesão de associados da mesma área de atuação etc.). A expressão está a indicar, apenas, que a cooperativa não busca aglutinação de capitais para o empreendimento comum, mas os reúne para proporcionar a melhoria dos seus associados, exclusivamente; está a indicar, ainda, que, na cooperativa, o trabalho prepondera sobre o capital, sem se colocar a seu serviço; é o trabalho operando com e não para o capital.

De qualquer forma, o conceito legal opta por catalogar o negócio jurídico de constituição da cooperativa como um contrato, embora a questão implique uma incursão na polêmica sobre a natureza do negócio de criação das sociedades em geral. (Sobre isso, do autor, *Lições de direito societário*, n. 25, p. 55-60.) Por outro lado, nesse conceito não há ênfase na criação de um novo sujeito de direitos e obrigações, que é fundamental para separá-lo dos demais negócios jurídicos que não produzem tal resultado.

Por isso, pode-se dizer que a cooperativa é uma sociedade peculiar, que se aproxima da associação, por não visar lucro, mas dela se distingue por destinar-se a prestar apoio aos seus associados ou cooperados no exercício de suas atividades profissionais e entre eles distribuir os resultados decorrentes da ajuda mútua.

É, portanto, um negócio jurídico celebrado entre um determinado número de pessoas, destinado a constituir um sujeito de direito,

vo do ente assim criado. Não é o que lhe dá o direito português: são pessoas coletivas, de livre capital e composição variáveis, cooperação e da entejuda dos com obediência aos princípios sam, sem fins lucrativos, a sa-essidades e aspirações econô-u culturais daqueles” (Código Portugal, art. 2.º, n. 1).

e cooperativa distingue-se das es essencialmente por um traço te peculiar: enquanto nestas o ra buscar resultados lucrativos os riscos (normalmente tendo il o valor de sua participação), na cooperativa o móvel que o cooperado não é a obtenção o amparo, a ajuda mútua, nos-sibilidade de utilizar-se dos prestados e das facilidades por las para melhorar a sua própria ica. Nessa perspectiva, haveria a síntese de associação e em-nsidera Rui Enamorado “que ma associação, mas não é uma uer; e que sendo também uma ma empresa qualquer. É uma se projecta numa empresa. É ulsionada por uma associação. o cujo princípio activo é uma sarial. É uma empresa com: iativa” (Cooperativismo: um l. *Estudos de direito cooperativo* José Peres Gediel, p. 19).

Reginaldo Ferreira Lima, a co-“sociedade auxiliar, de caráter qual, na sua condição de ente iste tão só para prestar servi-os, independente da ideia de, dica, obter vantagem para si” vo tributário: comentários à lei perativas, p. 50).

rticipante da cooperativa é,), seu associado e cliente. Ele :ssa dupla qualidade: integra erativa como sócio, o que lhe de de participar das delibera-sentantes, fiscalizar a atuação-receber o rateio dos resulta-

dos; além disso, é *usuário* dos bens e serviços da cooperativa, pois utiliza sua estrutura, suas técnicas de comercialização, seus serviços e demais facilidades. A cooperativa coloca-se, então, como uma entidade intermediadora ou de apoio às atividades de seus associados.

“Nas cooperativas de consumo, por exemplo, a posição de sócio só tem razão de ser quando ele se associa para o fim de abastecer-se, nos armazéns da cooperativa, de bens necessários ao uso e consumo domésticos. Nas agrícolas, a filiação do produtor somente adquire sentido quando o seu ingresso se fez para permitir-lhe a entrega de seus produtos, a fim de que sejam vendidos, por intermédio da cooperativa, no mercado consumidor. É, pois, essencial ao próprio conceito de cooperativa que as pessoas, que se associam, exerçam, simultaneamente, em relação a ela, o papel de sócio e usuário ou cliente. É o que, em direito cooperativo, se exprime pelo nome de princípio de dupla qualidade, cuja realização prática importa, em regra, a abolição da vantagem patrimonial chamada lucro que, não existisse a cooperativa, seria auferida pelo intermediário” (Walmor Franke, *Direito das sociedades cooperativas*, p. 13-14).

Diversamente do que ocorre com qualquer outra sociedade, a cooperativa atua com os cooperados e para os interesses deles e não seus, individuais, que não existem. Ela aparenta não possuir interesse social próprio, diverso do de seus membros, a ponto de muito se discutir, “ainda hoje, se a cooperativa é uma sociedade, chegando algumas legislações a reconhecê-la como uma forma de associacionismo puro” (Calixto Salomão Filho, *O novo direito societário*, p. 241).

De todo modo, é tênue a linha divisória entre associação e sociedade na cooperativa. Primeiramente, é impossível negar a existência de um interesse social que, quando menos, consiste em proporcionar aos sócios vantagens econômicas e o rateio das sobras da atuação coletiva entre eles – o que justifica, portanto, o tratamento da cooperativa como sociedade, já que não é inerente às associações exercer atividade econômica com distribuição de resultados aos seus membros. Em contrapartida, porém, a cooperativa afasta-se da sociedade por seu regime jurídico não reconhecer ao sócio cooperado

direito de participar dos fundos de reserva e do “*reliquat*”, isto é, do acervo patrimonial que existir quando da liquidação do patrimônio da cooperativa, por dissolução.

A sociedade cooperativa, por outro lado, é legalmente qualificada como uma sociedade de pessoas, com forma e regime jurídico próprios, de natureza civil – melhor dizendo, não empresarial –, não sujeita à falência, constituída para prestar qualquer gênero de serviço, operação ou atividade a seus associados (Lei 5.764/1971, arts. 4.º e 5.º).

Penso que, ao identificar a cooperativa como sociedade de pessoas, a lei, nem por isso, enquadrando-a como uma sociedade *intuitu personae* no sentido próprio da expressão, já que sua constituição e funcionamento não estão pautados no relacionamento pessoal que possam ter seus associados entre si (como o comprovam o número mínimo elevado de cooperados, a livre adesão de associados da mesma área de atuação etc.). A expressão está a indicar, apenas, que a cooperativa não busca aglutinação de capitais para o empreendimento comum, mas os reúne para proporcionar a melhoria dos seus associados, exclusivamente; está a indicar, ainda, que, na cooperativa, o trabalho prepondera sobre o capital, sem se colocar a seu serviço; é o trabalho operando com e não para o capital.

De qualquer forma, o conceito legal opta por catalogar o negócio jurídico de constituição da cooperativa como um contrato, embora a questão implique uma incursão na polêmica sobre a natureza do negócio de criação das sociedades em geral. (Sobre isso, do autor, *Lições de direito societário*, n. 25, p. 55-60.) Por outro lado, nesse conceito não há ênfase na criação de um novo sujeito de direitos e obrigações, que é fundamental para separá-lo dos demais negócios jurídicos que não produzem tal resultado.

Por isso, pode-se dizer que a cooperativa é uma sociedade peculiar, que se aproxima da associação, por não visar lucro, mas dela se distingue por destinar-se a prestar apoio aos seus associados ou cooperados no exercício de suas atividades profissionais e entre eles distribuir os resultados decorrentes da ajuda mútua.

É, portanto, um negócio jurídico celebrado entre um determinado número de pessoas, destinado a constituir um sujeito de direito,

distinto daquelas, com patrimônio e vontade próprios, para atuar na ordem jurídica como um novo ente, como um organismo de apoio às atividades de produção ou de circulação de bens ou de serviços de seus membros.

467. Classificação das cooperativas

Do ponto de vista de sua formação ou estrutura, as sociedades cooperativas podem classificar-se em:

a) cooperativas singulares, essencialmente compostas por pessoas naturais e, excepcionalmente, por pessoas jurídicas a elas ligadas, ou sem fins lucrativos, constituídas para atuação direta com os associados;

b) cooperativas centrais ou federações de cooperativas, formadas pela reunião de cooperativas singulares e, eventualmente, por associados individuais; e

c) confederações de cooperativas, constituídas de, pelo menos, três federações de cooperativas ou cooperativas centrais.

A célula do sistema cooperativo está na cooperativa singular, que é constituída, essencialmente, por um mínimo de 20 pessoas naturais e, excepcionalmente, por algumas pessoas jurídicas sem fins lucrativos ou que tenham as mesmas ou correlatas atividades das pessoas naturais associadas, que se reúnem para o fim de buscar a melhoria econômica e social de si próprias, através de uma organização estruturada sob a base da ajuda mútua.

As outras espécies de cooperativa são derivadas e, como se vê, pressupõem a existência da espécie que lhes é anterior para serem constituídas, com isso formando uma rede para melhor desenvolver as atividades em proveito de seus associados.

Já quanto ao *ramo de atividade*, é possível classificá-las como cooperativas de consumo, de crédito, de compra comum e de venda comum, de prestação de serviços ou de trabalho, de produção e mistas (essas identificando-se por abranger mais de uma atividade, sendo-lhes vedada, porém, a partir da Lei Complementar 130/2009 – art. 1.º, § 2.º –, a criação ou manutenção de um setor ou seção de crédito aos cooperados).

A Lei 12.690/2012 regulamentou as cooperativas de trabalho, delas excluindo as cooperativas

de assistência à saúde, de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos, de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento e as que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público (art. 1.º, parágrafo único). A cooperativa de trabalho de que trata essa lei é definida como uma "sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho" (art. 2.º), com um mínimo de 7 (sete) cooperados (art. 6.º). Dentre outras disposições, é estabelecido que tais cooperativas podem ser de duas espécies: de produção, "quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qual quer título, os meios de produção"; e de serviço, "quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego" (art. 4.º), sendo proibida sua utilização para intermediar mão de obra subordinada (art. 5.º). O cumprimento dessa exigência e a de não ter sido criada a cooperativa para fraudar a legislação trabalhista é atribuída ao Ministério do Trabalho (arts. 17 e 18). No mais, vale registrar, ainda, que deve identificar-se na sua denominação com o uso da expressão "Cooperativa de Trabalho" (art. 10, § 1.º); é admitida a limitação do número de sócios "segundo as possibilidades de reunião, abrangência das operações, controle e prestação de serviços e congruente com o objeto estatuído" (art. 10, § 3.º); no que diz respeito ao seu funcionamento, são definidas a competência e a composição dos órgãos de administração e de deliberação colegiada (arts. 14-16) e é criada uma Assembleia-Geral Especial, a ser realizada no segundo semestre do ano social, para deliberar especificamente sobre a gestão da cooperativa, disciplina, direitos e deveres dos sócios, planejamento e resultado econômico dos projetos e contratos firmados e organização do trabalho (art. 11 e §§).

Essa lei ainda institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop), para promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social da cooperativa de trabalho (arts. 19-24) e a Relação Anual de Informações das Cooperativas

saúde, de profissionais liberais cerçam as atividades em seus lecionamentos, de médicos cujos m pagos por procedimento e as tor de transporte regulamentado ico (art. 1.º, parágrafo único). A trabalho de que trata essa lei é uma "sociedade constituída por ara o exercício de suas ativida- ou profissionais com proveito mia e autogestão para obterem ação, renda, situação socioeco- ções gerais de trabalho" (art. 2.º), o de 7 (sete) cooperados (art. 6.º). isposições, é estabelecido que s podem ser de duas espécies: de indo constituída por sócios que n trabalho para a produção em ; e a cooperativa detém, a qual- eios de produção"; e de serviço, uída por sócios para a prestação ealizados a terceiros, sem a ressupostos da relação de em-, sendo proibida sua utilização ir mão de obra subordinada (art. ento dessa exigência e a de não a cooperativa para fraudar a lei- ista é atribuída ao Ministério do 17 e 18). No mais, vale registrar, e identificar-se na sua denomi- o da expressão "Cooperativa de 0, § 1.º); é admitida a limitação ócios "segundo as possibilida-, abrangência das operações, tação de serviços e congruente statuído" (art. 10, § 3.º); no que seu funcionamento, são defini- cia e a composição dos órgãos ão e de deliberação colegiada é criada uma Assembleia-Geral alizada no segundo semestre do deliberar especificamente sobre operativa, disciplina, direitos e cios, planejamento e resultado ; projetos e contratos firmados e o trabalho (art. 11 e §§).

stitui, no âmbito do Ministério Emprego, o Programa Nacional is Cooperativas de Trabalho ra promover o desenvolvimento o desempenho econômico e so- tiva de trabalho (arts. 19-24) e a le Informações das Cooperativas

de Trabalho (RAICT) para ser preenchida com informações para envio ao Pronacoop (art. 26 e parágrafo único).

Algumas cooperativas de trabalho têm sido constituídas para contornar o regime jurídico trabalhista, servindo de meio para a contratação de empregados. Presentes os pressupostos que caracterizam o contrato de trabalho, não podem ser tomadas como cooperativas, por mascararem situação diversa da real, e, por isso, devem ser desconsideradas por desvio de finalidade (n. 88 *supra*). Porém, como bem observou VERÇOSA, "nos casos em que as cooperativas de trabalho são de existência real, os cooperados não são nem empregados das empresas tomadoras de serviços, nem empregados das próprias cooperativas", obtemperando que "não desnatura essa qualificação o tratamento especial dado pelo legislador ao sócio dessas cooperativas que, meramente para os efeitos

da previdência social, é considerado segurado, na condição de contribuinte individual (Lei 8.212/1991, art. 30, §§ 4.º e 5.º), ao qual foi concedida aposentaria especial pela Lei 10.666, de 08.05.2003." (*Direito Comercial – sociedades*, v. 2, p. 502-503).

No tocante à *responsabilidade dos cooperados*, pode-se classificá-las em limitadas e ilimitadas, consoante haja ou não responsabilidade dos cooperados pelas obrigações sociais em geral. A responsabilidade do associado pelo rateio dos prejuízos resultantes das operações que realiza com a cooperativa, ou através da cooperativa, sempre é ilimitada e nada tem a ver com a limitação de sua responsabilidade pelas dívidas que a cooperativa assume no trato com terceiros sobre assuntos inerentes ao interesse social, que não se confunde com o de um determinado cooperado (Ver n. 474 *infra*).

Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

- I – variabilidade, ou dispensa do capital social;
- II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
- III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;
- IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;
- V – *quorum*, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
- VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;
- VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
- VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

COMENTÁRIOS

468. Características da sociedade cooperativa

A principal característica da sociedade cooperativa, como já visto, está no pressuposto de *ajuda mútua*, isto é, no seu papel de apoio às

atividades dos associados que são, ao mesmo tempo, seus sócios e clientes.

Caracteriza-se, também, a cooperativa pela sua feição de sociedade de *livre acesso* a quantos atuem na área que constitui seu ob-

jeto. Preenchido o número legal mínimo de associados, não há limite máximo e todos os que atendam as exigências de ingresso podem dela participar, a qualquer tempo, sem o consentimento dos demais e sem necessidade de alteração de seu estatuto ou contrato social.

A questão do livre acesso de cooperados tem trazido alguma polêmica. A vigente lei brasileira não contempla expressamente o livre acesso como característica da cooperativa, embora se deduza como princípio histórico, que estaria implícito na regra que não permite limitação do número máximo de associados (CC, art. 1.094, II). Para Elsa Cuesta, v.g., “é admissível a exigência de certas condições vinculadas, por exemplo, à atividade profissional quando se trata de uma cooperativa de transformação e comercialização de produtos, em cujo caso os associados deverão possuir a qualidade de produtores, ou em uma cooperativa de trabalho que agrupa trabalhadores de certas atividades específicas como as de prestar o serviço, circunstância que deve ser exigida sem margem de dúvidas, como poderia resultar de uma cooperativa constituída por um grupo de professores para proporcionar-lhes oportunidade de trabalho, os quais, para tal fim, criaram uma escola. No caso, dada a limitação das funções a preencher, seria absurdo exigir da cooperativa a admissão de novos membros, pois não haveria possibilidade de lhe prestarem serviço no caso de especialidades alheias aos programas desenvolvidos, ou cuja admissão poderia prejudicar as condições dos serviços dos associados já existentes através de uma diminuição nas horas de cátedra” (*Derecho cooperativo*, t. I, p. 100-101).

Penso, porém, que a questão do livre acesso deve ser analisada à vista de certas exigências gerais, relativas à qualidade dos serviços que os cooperados pretendem ter com a cooperativa. Assim, para o bem dos cooperados é preciso que numa cooperativa agrícola, por exemplo, os produtos sejam qualificados, com rejeição daqueles que não apresentem os padrões mínimos exigidos para sua comercialização; do mesmo modo, nas cooperativas de trabalho é preciso que haja uma seleção para que o prestígio da cooperativa não comprometa o trabalho desenvolvido pelos cooperados existentes. Naturalmente não se pode defender um direito

de seleção subjetivo, ao talante dos cooperados ou dos administradores da cooperativa; se forem estabelecidos critérios objetivos de ingresso capazes de atender à qualidade suposta para uma boa atuação dos cooperados em cooperativa, não me parece que haja, aí, qualquer ofensa à lei ou ao princípio do livre acesso. Dentre esses critérios pode ser inserida, por exemplo, a exigência de qualificação técnica específica.

469. Capital social

A cooperativa sempre foi identificada com sociedade de capital variável em contraste com as outras sociedades, de capital fixo. (Sobre assunto, do autor, *Manual de direito comercial*, n. 54, p. 133.) Isso é assim porque a cooperativa deve estar permanentemente disponível ao ingresso de novos associados que, ao fazê-lo, subcrevem novas quotas-partes de capital. Com consequência, o capital social é aumentado de valor correspondente.

O Código Civil trouxe, como novidade a possibilidade de a cooperativa não possuir capital social, à semelhança do que se dá com relação às associações e demais entidades que não têm fins lucrativos. Sendo o capital social um referencial para determinar a *performance* financeira de uma empresa, a ideia de ajuda mútua aos sócios dele prescinde. No entanto, se houver exigência legal de capital mínimo, não haverá possibilidade de a cooperativa adotar tal alternativa. Por isso, não me parece acertada a conclusão de quem vê, nessa inovação, revogação da regra do art. 63, V, da Lei das Cooperativas, que considera causa de dissolução a redução do capital social abaixo do mínimo legal ou estatutariamente previsto (Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, XIV, n. 1.779, p. 614-615).

O capital social, na cooperativa, não possui as funções que exerce nos demais tipos societários (Ver n. 319 *supra*). Na cooperativa, que é uma organização não capitalista, o capital representa a contribuição que lhe confere o cooperado para ter acesso aos serviços que ela lhe presta, destinada à aquisição de bens necessários à realização do objeto social e ao custeio das despesas com a prestação de tais serviços. A alternativa de dispensa de um capital social busca contemplar a cooperativa que não necessita investir em estrutura e cujo custo é suportado

etivo, ao talante dos cooperados tradutores da cooperativa; se forem critérios objetivos de ingresso, der à qualidade suposta para uma cooperativa em cooperativa, não haja, aí, qualquer ofensa à lei ou ao acesso. Dentre esses critérios, da, por exemplo, a exigência de técnica específica.

social

iva sempre foi identificada como capital variável em contraste com sociedades, de capital fixo. (Sobre o teor, *Manual de direito comercial*, isso é assim porque a cooperativa nanentemente disponível ao in-associados que, ao fazê-lo, sub-quotas-partes de capital. Como o capital social é aumentado do ndente.

Civil trouxe, como novidade, e de a cooperativa não possuir à semelhança do que se dá com criações e demais entidades que creativos. Sendo o capital social para determinar a *performance* uma empresa, a ideia de ajuda os dele prescinde. No entanto, se cia legal de capital mínimo, não lidade de a cooperativa adotar tal r isso, não me parece acertada a quem vê, nessa inovação, revoga-art. 63, V, da Lei das Cooperativas, causa de dissolução a redução do baixo do mínimo legal ou estatuvisto (Arnoldo Wald, *Comentários Civil*, XIV, n. 1.779, p. 614-615).

ocial, na cooperativa, não possui e exerce nos demais tipos socie-319 *supra*). Na cooperativa, que zação não capitalista, o capital ntribuição que lhe confere o co-er acesso aos serviços que ela lhe da à aquisição de bens necessários o objeto social e ao custeio das a prestação de tais serviços. A al-pensa de um capital social busca cooperativa que não necessita trutura e cujo custo é suportado

pelos serviços dos próprios cooperados. Não possuindo capital, a cooperativa elimina o risco de desequilíbrio financeiro com a devolução, aos cooperados que dela se retiram, dos recursos por eles desembolsados para seu ingresso.

Por sugestão do Centro de Estudos de Sociedade de Advogados, o Projeto de Lei 7.160/2002, do Deputado Ricardo Fiuza, hoje arquivado, havia proposto a alteração do inciso I do art. 1.094 do Código Civil para suprimir a alternativa de dispensa do capital social (ainda assim mantida no seu inciso VI), ao fundamento de ser o capital social a garantia dos credores, além de poder servir de parâmetro para a limitação da responsabilidade do associado – um grande equívoco, notadamente em se tratando de sociedade cooperativa, na qual a limitação da responsabilidade dos sócios é definida por critério diverso, consoante se vê no art. 1.095, § 1.º. (Sobre as funções do capital social e suas diferenças com relação ao patrimônio social, ver os comentários ao art. 1.055, n. 295 a 299.)

470. Número de cooperados e de quotas-partes

Outra característica da cooperativa é a que diz respeito ao número mínimo de sócios ou associados. Ela não pode ser constituída por apenas dois, como normalmente acontece com os demais tipos societários. Sua lei de regência fixou, nesse particular, estas exigências:

- a) na cooperativa do tipo simples (singular), pelo menos vinte pessoas físicas, permitida, ainda, a participação de pessoas jurídicas com qualificação específica (Lei 5.764/1971, art. 6.º, I);
- b) na cooperativa central ou federação de cooperativas, no mínimo três associadas singulares afora os associados ditos individuais (mesmo artigo, inciso II);
- c) na confederação de cooperativas, ao menos três cooperativas centrais, de mesma ou de diferentes modalidades (mesmo artigo, inciso III).

O Código Civil, no preceito sob análise, apontou como uma das características da cooperativa “o concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade”. Em verdade, essa característica decorre do fato de a Lei das Cooperativas exigir que os cargos de sua estrutura organizacional

– Diretoria ou Conselho de Administração e Conselho Fiscal – sejam todos ocupados por cooperados (arts. 47 e 56). Assim, as disposições específicas do seu art. 6.º, I a III, não foram revogadas.

No entanto, com respaldo em texto de Renato Lopes Becho (*Elementos de direito cooperativo*, p. 74), sustenta Arnold Wald que a regra do inciso II do art. 1.094 do Código Civil revogou a previsão do art. 6.º, I, da Lei 5.764/1971, para a constituição de uma cooperativa singular (*Comentários ao novo Código Civil*, v. 14, n. 1.783, p. 616). Com o devido respeito, o que a norma codificada faz é simplesmente apontar como característica de qualquer cooperativa (singular, central ou confederação) o fato de possuir associados em número pelo menos igual ao dos cargos de administração (em sentido lato, para incluir o Conselho Fiscal). Isso não afasta a exigência específica de a cooperativa singular ter de se constituir com um mínimo de vinte associados pessoas naturais, ou até mais, se os cargos superarem esse número. Trata-se de pressuposto essencial à constituição desse tipo cooperativo, objetivando evitar sua formação por grupelhos aventureiros. Aliás, há outras normas que repousam nesse pressuposto, como, v.g., a que impõe a presença de um mínimo de dez cooperados para a instalação, em terceira convocação, de suas assembleias gerais, aí incluída a de sua constituição (Ver n. 478 *infra*).

Por outro lado, cada associado, em regra, não pode subscrever mais de um terço do total das quotas-partes emitidas pela cooperativa (Lei das Cooperativas, art. 24, §§ 1.º e 2.º), as quais só se podem transmitir entre cooperados, sendo intransferíveis a terceiros estranhos à sociedade, seja por ato *inter vivos*, seja em *causa mortis*.

Pela própria natureza da cooperativa, não há possibilidade de previsão de um número máximo de associados (art. 1.094, II, última parte).

471. Critério de deliberação

A participação dos associados nas deliberações sociais, para efeito de determinação do quórum e da maioria, é e sempre foi fundada no número de presentes à assembleia e não no capital que possam representar. Cada cooperado possui apenas um voto nessas deliberações, qualquer que seja o valor de sua quota de capital,

se houver capital social, ou de sua participação, se a cooperativa não o possuir.

Em matéria de deliberações sociais, portanto, o voto é *per capita*, independentemente do montante dos recursos que sejam carregados pelo associado para a cooperativa, em operações ou em quotas de participação.

472. Remuneração do capital e distribuição dos resultados

Na cooperativa o que mais importa é o volume de operações que os cooperados com ela ou por meio dela realizam. Assim, a distribuição dos resultados não se faz com base na participação do sócio no capital social, mas é proporcional ao valor das operações que ele promove com a sociedade, não podendo haver ajuste diverso de participação em lucros e perdas. Se há contribuição para o capital, podem ser pactuados juros como remuneração ao cooperado dentro dos limites da taxa legal.

Esses juros são o único benefício que o associado ou cooperado recebe por contribuir para a formação do capital social da cooperativa, já que o capital, quando existente, não tem a função de moderador contábil e político da sociedade, nem serve para balizar o rateio, quer das sobras, quer do acervo social em caso de liquidação.

473. Fundos de reserva e sobras patrimoniais

Uma derradeira característica ressaltada pelo Código consiste na proibição de divisão dos fundos líquidos entre os cooperados, mesmo em caso de dissolução da cooperativa. A indivisibilidade a que alude a norma deve ser tomada no sentido de insuscetibilidade de rateio desses fundos entre os associados.

O patrimônio líquido da sociedade cooperativa é composto por dois fundos de reserva que, pela sua lei de regência, não ficam à livre disposição dos cooperados, tendo destinação específica:

- a) o de Reserva de Capital ou Legal e;
- b) o de Assistência Técnica, Educacional e Social.

O primeiro, formado por 10%, no mínimo, das sobras líquidas de cada exercício social, é destinado a suportar os prejuízos ou perdas e a

apoiar a expansão e o desenvolvimento das atividades da cooperativa; o segundo, constituído pelos resultados de negócios que não se inserem nas atividades próprias da cooperativa e por, no mínimo, 5% das sobras líquidas, tem por fim a prestação de assistência aos associados, a seus familiares e, eventualmente, aos empregados da cooperativa.

Os valores desses fundos não podem, como dito, ter outra destinação, senão aquela legalmente admitida. Por isso, ocorrendo a dissolução e a liquidação da cooperativa, o acervo a ser dividido entre os cooperados não abrange referidas reservas. Elas eram antes destinadas ao Banco Nacional de Crédito Cooperativo S.A. (Lei 5.764/1971, art. 68, VI). Com a extinção desse banco, os recursos devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional.

Pode-se sustentar que, a partir da Constituição de 1988, as cooperativas não têm mais vinculação com órgãos do Governo Federal e, por isso, a eles não precisam mais prestar contas. Contudo, essa regra existe para estimular a aplicação dos recursos desses fundos e para evitar que os cooperados passem a se interessar na liquidação de cooperativas que os possuam em valores elevados, com o único interesse de rateá-los entre si.

Da mesma forma, os cooperados só têm direito de receber o capital investido na cooperativa e os respectivos juros. O que remanescer em liquidação, deve também ser remetido para conta específica do erário público federal, sem rateio entre eles (Lei 5.764/1971, art. 68, VI). A transformação da cooperativa em sociedade empresária, porém, abre a possibilidade de essas sobras serem apropriadas pelos sócios (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Transformação de uma sociedade cooperativa em S.A. Pareceres*, p. 265-276). Mas, nesse caso, os cooperados serão obrigados a conviver em sociedade, com os direitos e obrigações a ela inerentes. E essa transformação tem de ser bem justificada e feita com muita cautela, para que não sirva de canal destinado a contornar a vedação do rateio do patrimônio da cooperativa entre eles.

Não tendo presentes essas considerações, o Projeto de Lei 7.160/2002, buscava alterar o inciso VIII do artigo ora comentado para permitir o rateio do fundo de reserva em caso de disso-

io e o desenvolvimento das atividades; o segundo, constituído de negócios que não se inserem próprias da cooperativa e por, no sobras líquidas, tem por fim a assistência aos associados, a seus eventualmente, aos empregados

esses fundos não podem, como destinação, senão aquela legal. Por isso, ocorrendo a dissolução da cooperativa, o acervo a re os cooperados não abrange as. Elas eram antes destinadas de Crédito Cooperativo S.A. L, art. 68, VI). Com a extinção recursos devem ser recolhidos onal.

ustentar que, a partir da : 1988, as cooperativas não têm com órgãos do Governo Federal ; não precisam mais prestar consa regra existe para estimular recursos desses fundos e para operados passem a se interessar e cooperativas que os possuam ados, com o único interesse de si.

forma, os cooperados só têm er o capital investido na coopectivos juros. O que remanescer deve também ser remetido para a do erário público federal, sem s (Lei 5.764/1971, art. 68, VI). io da cooperativa em sociedade ém, abre a possibilidade de essas apropriadas pelos sócios (Luiz Barros Leães, Transformação de cooperativa em S.A. *Pareceres*, las, nesse caso, os cooperados s a conviver em sociedade, com rrigações a ela inerentes. E essa tem de ser bem justificada e feita tela, para que não sirva de canal ntornar a vedação do rateio do cooperativa entre eles.

esentes essas considerações, o 7.160/2002, buscava alterar o tigo ora comentado para permitir do de reserva em caso de disso-

lução da sociedade, após pagos os credores – o que comprometia a própria ideia de cooperativismo. Embora arquivado por encerramento da legislatura, é de se almejar que a proposta não seja repetida.

Referido Projeto continha, ainda, outras alterações de menor repercussão a esse dispositivo legal (CC, art. 1.094), como a inclusão de mais três incisos para acrescentar: "(...) IX – o

retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelos associados, salvo deliberação em contrário da assembleia geral; X – a neutralidade política e a indiscriminação religiosa, racial e social, com a adesão voluntária dos associados, com número ilimitado, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; XI – prestação de assistência aos associados e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa".

Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

COMENTÁRIOS

474. Responsabilidade dos sócios

A classificação das cooperativas quanto à responsabilidade dos sócios em limitadas e ilimitadas era prevista na lei especial, contudo, sem o detalhamento que agora o Código Civil prevê: são limitadas as cooperativas em que os respectivos cooperados respondem pelo valor de aquisição de suas quotas-partes e pelo prejuízo verificado nas operações sociais na proporção em que delas tenha participação; são ilimitadas aquelas em que os cooperados respondem subsidiariamente, em caráter solidário e ilimitado, pelas obrigações assumidas pela cooperativa.

No que tange à responsabilidade ilimitada dos sócios, tem-se que eles respondem, além da obrigação que assumiram quanto ao pagamento de suas quotas, por todos os demais débitos da cooperativa, qualquer que seja sua origem. Tal responsabilidade tem caráter subsidiário, pois é preciso que seja esgotado, primeiramente, o patrimônio social, para depois tornar-se efetiva a responsabilidade do conjunto dos associados.

Em se tratando, porém, de cooperativa com cláusula de responsabilidade limitada dos cooperados, tem-se duas ordens de responsa-

bilidade distintas: uma, relativa ao pagamento de suas quotas, que se esgota quando forem por ele integralizadas; a outra, relativa aos prejuízos decorrentes das operações inerentes à atividade social, das quais o referido sócio tenha participado. Nesse último caso, sua responsabilidade é ilimitada, mas proporcional ao volume de sua participação nessas operações. Não há, aí, solidariedade entre os cooperados, mas responsabilidade individual de cada qual deles pelos prejuízos decorrentes dessas operações. Em se tratando, porém, de obrigação assumida pela cooperativa em negócios que não se identifiquem especificamente com as operações que têm por fim realizar as atividades da cooperativa em proveito de seus associados considerados em conjunto, estes não assumem nenhuma responsabilidade.

Essa previsão, que já existira no Dec.-lei 59/1966, não foi repetida na Lei 5.764/1971, para atender "aos reclamos do movimento cooperativista, inconformado com tal gravame legal, causador de desânimo, e impeditivo do ingresso de novos associados nas cooperativas" (Waldirio Bulgarelli, *As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*, p. 88). O Código

restaura a previsão, mas já houve reação com apresentação de proposta de sua reforma pelo já mencionado Projeto de Lei 7.160/2002, que acolhia, nessa parte, sugestão do Centro de Estudos de Sociedades de Advogados – Cesa, no sentido de a responsabilidade limitada do cooperado ser igual a do acionista da companhia, suprimindo-se, com isso, a parte final do parágrafo único do art. 1.195.

Por aí se vê que o significado da limitação da responsabilidade dos sócios nas cooperativas, sufragado pelo preceito objeto destes comentários, é diverso dos que são adotados pelas demais sociedades, simples ou empresárias. Naquelas, há limitação plena de responsabilidade, variando, eventualmente, a extensão dessa limitação (até o valor que quis contribuir, até o valor do capital social etc.); já na cooperativa, não haverá nunca responsabilidade limitada plena, ficando sempre aberta a possibilidade de o cooperado ser obrigado a responder por valor superior ao de sua contribuição, desde que a cooperativa tenha prejuízos nas operações que realiza ou intermedeia para os cooperados.

Não estabelece o Código Civil, nem a lei especial, exigência de que o nome da cooperativa retrate a limitação da responsabilidade, embora, na prática, muitas cooperativas utilizem a expressão “limitada”, por extenso ou abreviadamente (“Ltda.”) na composição de sua denominação. A prática é salutar porque acautela os interesses de terceiros que com a cooperativa contratam e não gera qualquer confusão com as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada, de que tratam os arts. 1.052 e seguintes do Código Civil, já que sua denominação deve também ser identificada com o vocábulo “cooperativa” (CC, art. 1.159).

475. A responsabilidade em caso de desligamento de sócio

Quando ocorrer o rompimento do vínculo societário em relação a um cooperado (por exclusão ou retirada), sua responsabilidade

perante terceiros, relativamente às obrigações sociais assumidas pela cooperativa durante o período em que era associado, mantém-se até a aprovação das contas do exercício subsequente (Lei 5.764/1971, art. 36).

Em caso de falecimento, porém, sua responsabilidade transfere-se aos herdeiros e, já aí, limita-se às forças da herança, cessando após decorrido um ano da abertura da sucessão. Nos casos de obrigações continuadas, que exigem contraprestações periódicas do cooperado, como nas cooperativas de eletrificação rural e habitacionais (art. 36, parágrafo único, da mesma Lei), não há prescrição, ressalvados os aspectos peculiares das respectivas operações.

Por outro lado, o cooperado que tiver subscrito quotas-partes do capital da cooperativa, ao desligar-se dela, por qualquer modo (exclusão, retirada ou falecimento) tem direito de dela haver a restituição do quanto integralizou nessa subscrição. Referidas quotas-partes deixam, então, de integrar o patrimônio líquido da cooperativa (Lei das Cooperativas, art. 24, § 4.º, acrescido pelo art. 142 da Lei 13.097/2015) e são, conseqüentemente, canceladas.

476. Responsabilidade dos dirigentes

Questão diversa é a que diz respeito à responsabilidade dos dirigentes da cooperativa. Os diretores e membros do conselho de administração têm de ser associados e, como tal, possuem os mesmos direitos, obrigações e responsabilidades dos demais cooperados. O fato de atuarem na gestão dos negócios da cooperativa, como agentes da manifestação de sua vontade, não lhes acarreta nenhuma responsabilidade especial pelas obrigações sociais. Nessa função, praticam atos de gestão e, por eles, vinculam tão somente a cooperativa que representam. Os riscos da administração não lhes podem ser atribuídos, porém à pessoa jurídica em nome da qual atuam.

Se agirem, todavia, fora dos poderes estatutários e da lei, respondem pessoalmente do mesmo modo que os administradores das sociedades anônimas, inclusive no campo penal.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

COMENTÁRIOS

477. Normas específicas

As cooperativas, como já observado, estão reguladas pela Lei 5.764/1971, e pelo Código Civil (arts. 1.090 a 1.096). Restando omissões a serem supridas, são-lhes aplicáveis as disposições referentes à sociedade simples, que é o tronco comum de todas as sociedades no regime unificado.

Contudo, a Lei das Cooperativas é bastante minudente e praticamente não deixa grandes lacunas a serem colmatadas pelas regras que tratam da sociedade simples. De qualquer forma, a estrutura da cooperativa distancia-se do modelo contratual em que repousa a sociedade simples – o que traz outra dificuldade para aplicação das regras relativas a essas últimas, como será visto a seguir.

478. Constituição da sociedade cooperativa

À semelhança das sociedades por ações, as cooperativas podem constituir-se por assembleia geral ou por escritura pública.

Na constituição por assembleia geral precedem (i) a elaboração do projeto dos estatutos sociais, com observância do disposto nos arts. 4.º e 21 da Lei das Cooperativas, e (ii) os editais de convocação, cuja publicação deve anteceder em, no mínimo, dez dias a data da respectiva instalação (art. 38, § 1.º, da mesma Lei). O quórum para deliberação é de dois terços dos subscritores em primeira convocação, maioria absoluta em segunda e um mínimo de dez subscritores em terceira convocação, em se tratando da criação da cooperativa simples, ou qualquer número para as demais (art. 40 e parágrafos).

Instalada a assembleia, com a designação de um dentre os presentes para presidi-la e de outro para secretariar os trabalhos, é verificado o valor e o número da quota-parte de cada subscritor; aprovam-se, então, os estatutos, sendo que o respectivo projeto só pode sofrer alteração por votação unânime e se estiverem presentes todos os subscritores.

Seguem os trabalhos com a eleição dos primeiros dirigentes (diretores ou membros do conselho de administração, membros do conselho

fiscal e, eventualmente, de outros órgãos criados pelos estatutos), observadas as restrições legais (arts. 51 e 56, parágrafo único).

Declarada constituída a cooperativa, encerram-se os trabalhos com a lavratura da respectiva ata que é levada, em três vias, a arquivamento na Junta Comercial (n. 465 *supra*). Depois de arquivada a ata, dela deve ser extraída uma minuta para publicação, por uma vez, no Diário Oficial do Estado e em outro jornal local de grande circulação, devendo os respectivos exemplares ser levados, ato contínuo, a arquivamento na mesma Junta Comercial.

Antes de funcionar, a cooperativa deve registrar-se, ainda, na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante a apresentação dos respectivos estatutos sociais, já devidamente arquivados, lá devendo ser levadas a registro, também, todas as alterações posteriores.

Optando-se pela escritura pública, nela são feitas a qualificação de todos os subscritores e a indicação das respectivas quotas-partes subscritas, declaram-se aprovados os estatutos que já integram seu texto, apontam-se os dirigentes escolhidos, seguindo as assinaturas de todos os fundadores (subscritores), do tabelião e de duas testemunhas. Na sequência, o respectivo traslado deve ser levado, também em três vias, a arquivamento na Junta Comercial do Estado onde a cooperativa deva atuar, procedendo-se posteriormente com idênticas formalidades de publicação e arquivamento nos mesmos órgãos registradores.

A exigência de obtenção de autorização para funcionamento das cooperativas foi abolida pela Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, XVIII), estando revogadas, portanto, além de outras, as disposições constantes dos arts. 17 a 20 da Lei de regência das cooperativas, na parte que se refere às formalidades para obtenção da referida autorização.

479. Órgãos sociais

A sociedade cooperativa possui uma organização tripartite, que, como na companhia ou sociedade anônima, compreende a assembleia

relativamente às obrigações pela cooperativa durante o a associado, mantém-se até a tas do exercício subsequente rt. 36).

lecimento, porém, sua res- nsfere-se aos herdeiros e, já as da herança, cessando após da abertura da sucessão. Nos es continuadas, que exigem periódicas do cooperado, tivas de eletrificação rural rt. 36, parágrafo único, da á prescrição, ressalvados os das respectivas operações.

, o cooperado que tiver subs- do capital da cooperativa, ao r qualquer modo (exclusão, nento) tem direito de dela lo quanto integralizou nessa das quotas-partes deixam, o patrimônio líquido da co- Cooperativas, art. 24, § 4.º, 142 da Lei 13.097/2015) e ente, canceladas.

dade dos dirigentes

a é a que diz respeito à res- irigentes da cooperativa. Os do conselho de administra- adose e, como tal, possuem os ições e responsabilidades dos. O fato de atuarem na da cooperativa, como agen- de sua vontade, não lhes responsabilidade especial ais. Nessa função, praticam eles, vinculam tão somente e apresentam. Os riscos da hes podem ser atribuídos, ica em nome da qual atuam.

via, fora dos poderes es- respondem pessoalmente te os administradores das , inclusive no campo penal.

ções referentes à as no art. 1.094.

geral, a diretoria ou conselho de administração e o conselho fiscal, sendo-lhe facultado, ainda, criar outros órgãos que repute necessários à sua atuação.

A assembleia geral é o órgão incumbido de manifestar a vontade social, mediante deliberação colegiada franqueada a todos os seus cooperados. Dependendo dos assuntos que for tratar, será ordinária ou extraordinária.

A assembleia geral ordinária é a que se realiza anualmente, nos três primeiros meses subsequentes ao término de cada exercício social, para analisar as contas dos administradores, definir a destinação das sobras ou o rateio das perdas e eleger os componentes dos demais órgãos sociais (art. 44).

Já a assembleia geral extraordinária tem por fim deliberar, a qualquer tempo, sobre todos os demais assuntos de interesse social e, nomeadamente, com a aprovação de 2/3 dos associados presentes, sobre reforma do estatuto, fusão, incorporação ou desmembramento da sociedade, mudança do objeto social, dissolução voluntária da sociedade cooperativa e sua liquidação, com nomeação do liquidante, e exercer o controle de suas contas (arts. 45 e 46).

Os votos nas deliberações assembleares das cooperativas singulares são computados *per capita*, pouco importando o número de quotas-partes do cooperado que, em situações especiais, pode ser representado por mandatário, também associado (art. 42 e parágrafos).

A diretoria, ou conselho de administração, é o órgão incumbido de executar a vontade social. Compõe-se, exclusivamente, de associados eleitos pela assembleia geral, com mandato de até quatro anos, com renovação alternada de 1/3 de seus membros (art. 47).

Observe-se que o conselho de administração da cooperativa, em princípio, não corresponde ao das companhias (órgão de deliberação colegiada orientador da atuação dos diretores, com competência, inclusive, para designá-los e destituí-los das funções). Pela Lei do Cooperativismo, o conselho de administração tem as mesmas funções da diretoria. Nada impede, porém, que a administração social desdobre-se em diretoria e conselho de administração, segundo o modelo da Lei do Anonimato,

pois é permitida tal flexibilidade na definição das atribuições de cada um desses órgãos (arts. 140 e ss.).

O conselho fiscal é o órgão de controle das atividades sociais. Ele atua em caráter permanente com três membros efetivos e três suplentes, todos associados eleitos anualmente pela assembleia geral, com a faculdade de renovação alternada, também, de 1/3 de seus componentes (art. 56).

Os administradores não são responsáveis pelos atos que praticarem em nome da cooperativa, mas respondem solidariamente pelos prejuízos que resultarem de seus atos, se omitirem a natureza da sociedade ou se procederem com culpa ou dolo, não respondendo a cooperativa por tais atos, salvo se os tiver ratificado ou deles lograr proveito. Para efeito de responsabilidade penal, os administradores, membros do conselho fiscal e liquidantes equiparam-se aos administradores das sociedades anônimas (arts. 49 a 54).

480. Dissolução e liquidação

As sociedades cooperativas dissolvem-se, de pleno direito, segundo a respectiva lei, nas seguintes situações:

- a) quando assim deliberar a assembleia geral com a aprovação de 2/3 dos associados a ela presentes;
- b) pelo decurso do prazo de duração, em relação às cooperativas constituídas por tempo determinado;
- c) pela consecução dos objetivos predeterminados no estatuto;
- d) em razão da alteração de sua forma jurídica;
- e) pela redução do número mínimo de associados ou do capital social mínimo se, até a assembleia geral subsequente, realizada em prazo não inferior a seis meses, ele não for restabelecido;
- f) pelo cancelamento da autorização para funcionar, em se tratando de cooperativa de crédito;
- g) pela paralisação de suas atividades por mais de 120 dias.

a tal flexibilidade na definição de cada um desses órgãos (arts.

fiscal é o órgão de controle das is. Ele atua em caráter permanente e três suplentes eleitos anualmente pela l, com a faculdade de renovação im, de 1/3 de seus componentes

tradores não são responsáveis ratificarem em nome da cooperativa solidariamente pelos preparares de seus atos, se omitirem ciedade ou se procederem com não respondendo a cooperati-salvo se os tiver ratificado ou veito. Para efeito de responsabilidades administradores, membros al e liquidantes equiparam-se ores das sociedades anônimas

o e liquidação

es cooperativas dissolvem-se, , segundo a respectiva lei, nas des:

ssim deliberar a assembleia geção de 2/3 dos associados a ela

urso do prazo de duração, em rativas constituídas por tempo

ecução dos objetivos predeter-tuto;

da alteração de sua forma ju-

ção do número mínimo de as-capital social mínimo se, até al subsequente, realizada em or a seis meses, ele não for res-

elemento da autorização para e tratando de cooperativa de

lisação de suas atividades por

As hipóteses de dissolução acima elencadas correspondem, em linhas gerais, às de dissolução das sociedades em geral. Aquela indicada na letra *a* tem afastada sua ocorrência se um número de associados que supere o mínimo exigido para sua constituição (20, no caso da singular), se dispuser a assegurar a sua continuidade. A outra, descrita na letra *d*, não é propriamente hipótese de dissolução, mas de extinção sem dissolução: a cooperativa extingue-se, mas o empreendimento prossegue com a mesma pessoa jurídica, porém sob nova roupagem e com objetivo distinto (exemplo: transformação da cooperativa em sociedade anônima). Já o cancelamento da autorização para funcionar (letra *f*), só persiste para as cooperativas de crédito eis que, em relação às demais, deixou de vigor, na medida em que sua constituição e seu funcionamento não estão mais sujeitos a nenhuma autorização ou fiscalização por parte de órgãos públicos, por força do já mencionado art. 5.º, XVIII, da Constituição Federal.

Não há, por outro lado, previsão de dissolução por desavença entre os associados – só admissível nas sociedades *intuitu personae*, em que o elemento pessoal é essencial para sua existência.

Como já demonstrado no n. 466 *supra*, a cooperativa, embora reputada uma sociedade de pessoas, não o é, no sentido próprio da expressão.

Também não está indicada como causa de dissolução a impossibilidade de consecução dos fins sociais, mas ela deve ser considerada suposta, já que desaparece a razão de ser da própria cooperativa ou, para ser redundante, desaparece a “causa”, que é elemento essencial do negócio jurídico que justifica a existência da cooperativa. (Sobre a causa como elemento de validade do negócio jurídico, do autor, *Aval – alcance da responsabilidade do avalista*, n. 10, p. 32 e ss.). A falta de previsão não impede a propositura de ação para obter a dissolução judicialmente. Aliás, qualquer das hipóteses acima referidas permite a dissolução judicial, se, diante do fato, não for iniciada a liquidação (art. 64).

Registre-se que não há mais a possibilidade, mencionada nesse dispositivo legal, de propositura de medida judicial pelo órgão federal ao

qual a cooperativa estiver vinculada, por força da norma constitucional antes referida.

Tratando-se de dissolução voluntária, a assembleia geral nomeia o liquidante e um novo conselho fiscal para, respectivamente, proceder e acompanhar a liquidação. O liquidante, tão logo designado, assume suas funções para ultimar as negociações pendentes, realizar o ativo e pagar o passivo, utilizando, nos atos que praticar em nome da cooperativa, sua denominação acrescida da expressão “em liquidação” (art. 66).

Também não pode mais ser exigida a audiência do órgão federal, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal o § 1.º do art. 65 da Lei do Cooperativismo.

A liquidação judicial processa-se de conformidade com as regras dos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939 e visa pôr fim aos negócios em andamento, realizar o ativo, pagar o passivo e destinar o que sobejar ao patrimônio da União Federal, que, por ter interesse no resultado do processo, deveria, a rigor, ser notificada para acompanhá-lo e adotar as medidas adequadas em defesa do seu patrimônio. De toda forma, trata-se de ação que se reveste de interesse público e que, por isso, exige a participação do Ministério Público na relação processual (CPC, art. 82, III). Concluída a liquidação, a cooperativa extingue-se, dando-se, nesse instante, também, a extinção de sua personalidade jurídica (CC, arts. 55 e 1.109).

481. Transformação, fusão, incorporação e desmembramento

Cumpra acrescentar, por outro lado, que, à semelhança das demais sociedades, as cooperativas podem extinguir-se independentemente de dissolução e liquidação, por decorrência de operações de concentração ou de desconcentração empresariais, como a fusão, a incorporação e a cisão (desmembramento), observadas as disposições específicas dos arts. 57 e seguintes da respectiva lei. A essas figuras aplicam-se supletivamente as regras dos arts. 1.116 e seguintes do Código Civil, como se verá quando dos seus comentários.

A transformação de uma sociedade cooperativa em outra ou em uma sociedade não

cooperativa implica, tão só, mudança de objeto e ou de regime jurídico. Porém, está prevista, impropriamente, como hipótese de dissolução no art. 63, IV, de sua lei de regência, mas é regida pelos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil. Embora não haja lei proibitiva para tal operação, Pontes de Miranda entendia que a operação de transformação seria restrita a subespécies de cooperativas, só admissível, portanto, de uma subespécie para outra. “Se se quer transformar a sociedade cooperativa em sociedade ordinária, em verdade extingue-se aquela e cria-se a outra, tanto mais quanto, em concreto, pode ocorrer que se tenha por fito escapar à fiscalização estatal; ou mudar o elemento causal” (*Tratado de direito privado*, t. XLIX, § 5.263, p. 499).

Por outro lado, não há impedimento para a cooperativa ter participação em sociedades não cooperativas públicas ou privadas, desde que o façam em caráter excepcional para atendimento de objetivos acessórios ou complementares (Lei 5.764/1971, art. 88).

O art. 88 da Lei das Cooperativas teve sua redação alterada pela Medida Provisória 2.168-40/2001, que não se converteu em lei. No entanto, na parte em que mencionava a necessidade de obtenção de autorização governamental para participar de sociedades, referido artigo ficou revogado com o advento da Constituição Federal de 1988, que adotou o princípio da autonomia das cooperativas, vedando a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5.º, inc. XVII).

As operações de concentração decorrentes de incorporação ou cisão com incorporação, bem como as de aquisição de participações societárias sujeitam-se à legislação de defesa da concorrência e, verificados os pressupostos legais, necessitam de autorização prévia do Cade para serem concretizadas (Lei 12.529/2011, art. 88 e §§).

482. Liquidação extrajudicial

Com a liberdade de constituição e funcionamento das cooperativas, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que firmou o princípio da autonomia cooperativa, não é mais possível sua submissão ao processo de liquidação coativa extrajudicial, prevista nos arts. 75 a

77 da respectiva lei, cujas disposições, portanto, encontram-se revogadas.

É preciso não confundir a liquidação extrajudicial, de que tratavam os arts. 75 e 77 da Lei 5.764/1971 (em que era suposta sua instauração por autoridade administrativa competente e a cujo controle a cooperativa estaria vinculada) com a liquidação contemplada em seu art. 65, que é fase ou processo pelo qual passa a sociedade dissolvida para efeito de sua extinção. A primeira era coativa e tinha por fim instaurar o concurso universal de credores para lhes proporcionar em rateio a satisfação de seus créditos, deflagrando-se sob o controle de uma autoridade pública; a segunda é decorrência da dissolução, por qualquer das causas que lhe são próprias, não instaura concurso de credores e se mantém sob o controle dos próprios cooperados. Portanto, uma não substitui a outra, embora alguns julgados tenham tido esse equivocado entendimento, procurando resolver a insolvência das cooperativas por meio da liquidação não interventiva, atropelando, a partir daí, as disposições legais pertinentes e buscando, por interpretação analógica, soluções que tal liquidação não proporciona ao universo de credores.

A cooperativa que deixa de oferecer condições operacionais, ou que se torna insolvente, não incorrendo em falência por conta do disposto no art. 4.º da mesma lei, sujeita-se ao processo próprio de insolvência civil, previsto nos arts. 748 e seguintes do Código de Processo Civil em vigor. Não se trata de solução ideal, mas é a que o direito brasileiro oferece enquanto injustificadamente mantiver as cooperativas excluídas do regime falimentar, na contramão do movimento mundial a favor da unificação do processo concursal, já verificada em inúmeros países, inclusive do sistema europeu-continental, como França, Espanha, Portugal e Argentina.

Sobre o tema, sustentando a necessidade de extensão do instituto da falência às cooperativas, ver a já citada tese de Emanuelle Urbano Maffioletti, *O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência*, fls. 28-63.

As cooperativas de crédito, contudo, podem sofrer não só a liquidação extrajudicial como a intervenção, já aí, não em virtude das

Capítulo VIII
DAS SOCIEDADES COLIGADAS

Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

COMENTÁRIOS

483. A concentração empresarial e a livre concorrência

Com a expansão do tráfico mercantil e o crescimento da atividade econômica no regime de ampla liberdade de comércio, as empresas, na disputa do mercado, tendem a buscar estruturas cada vez maiores e mais complexas, unem-se a outras e se interligam para o exercício de suas atividades em conjunto, dando origem às denominadas operações concentracionistas.

Esse fenômeno, próprio do regime capitalista, propicia o açambarcamento do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros – formas de manifestação do abuso do poder econômico, condenadas pelo art. 173, § 4.º, da Constituição brasileira.

Por isso, operações que envolvam a junção de empresas, seja de que modo for, precisam ser controladas e, em alguns casos, impedidas. Não se pode, portanto, abordar o tema da concentração de empresas, em qualquer de suas manifestações, sem ter em mira as disposições da Lei 12.529/2011, que dispõe sobre as medidas de defesa da concorrência.

Referido diploma, que substituiu a Lei 8.884/1994, contém normas visando coibir as chamadas práticas comerciais restritivas da concorrência: “Estrutura os órgãos governamentais de controle da concorrência no cenário macroeconômico, com regras de natureza administrativa, no escopo de regular a chamada disciplina do mercado; enumera as infrações da ordem econômica, dispondo sobre as penalidades aplicáveis a seus agentes; trata, ainda, das formas de controle dos atos e contratos que possam limitar a livre concorrência e dos res-

pectivos compromissos de desempenho; e, ao final, regula a execução judicial das penalidades aplicadas aos infratores” (do autor, *Manual de direito comercial*, n. 105, p. 233).

De acordo com essa lei, todo e qualquer ato, seja qual for a forma de que se revista, que possa limitar ou de algum modo prejudicar a livre concorrência ou dominar mercado relevante de bens ou de serviços, deve ser submetido à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para obter permissão à sua prática e ser excluído da respectiva sanção (arts. 88-91), à vista da repercussão que pode causar no mercado.

“Por isso, além de estabelecer critérios (condições) para que o Cade autorize a operação (em ato administrativo vinculado, portanto), a lei antitruste brasileira relevou seu alcance econômico” (*Manual de direito comercial*, cit., n. 107, p. 242), quando disciplinou ajustes e condutas que caracterizam infração à ordem econômica com base em critérios percentuais para definir posição dominante no mercado (art. 36, § 2.º), ou de volume de faturamento para submeter a operação à apreciação do Cade (art. 88).

Antes do fenômeno da globalização, o regime militar instalado no Brasil buscou incentivar as concentrações empresariais visando o aumento da competitividade. Diversas foram as disposições legislativas que concederam estímulos às fusões e incorporações de empresas, inclusive nos Planos de Desenvolvimento Econômico, visando ao fortalecimento da empresa nacional.

Na última década, o nacionalismo desenvolvimentista cedeu terreno para a postura neoliberal e globalizante, que permitiu o acesso

de grandes empresas multinacionais ao mercado interno, em competição desigual com as empresas de capital nacional que, a partir da Emenda Constitucional 36/1995, perderam, até mesmo, as prioridades que a Constituição lhes havia garantido na disputa do mercado. (Ver os comentários ao art. 1.126, n. 581 a 585 *infra*.) Em 1997, a Lei 9.457 alterou o diploma do anonimato precisamente para permitir a aquisição de companhias brasileiras ou sua associação ao capital estrangeiro.

A expansão da atividade econômica a qualquer custo põe em risco a concorrência e tende a eliminar as pequenas empresas do mercado para permitir a formação de trustes e cartéis, formados por relações de capital ou por contrato, deixando espaço apenas para os grandes conglomerados, que passam a ditar suas regras e a impor seus preços aos destinatários finais de seus produtos ou serviços.

É nesse contexto que precisa ser analisado o fenômeno da concentração empresarial: abuso do poder econômico pelo domínio do mercado versus defesa da concorrência e proteção aos consumidores. Assim devem ser lidas as disposições de direito material sobre o fenômeno concentracionista, regulado em parte pelo Código Civil na rubrica das coligações e, mais adiante, no tratamento da fusão, da incorporação e da cisão de empresas.

A respeito das dificuldades de controle dos cartéis e da necessidade de uma disciplina jurídica apropriada, merece consulta o estudo de Calixto Salomão Filho (Apontamentos para a formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, *RDM 121/18*).

484. Formas de concentração

Dentre as operações de concentração de empresas há as que implicam uma junção completa, com unificação dos patrimônios e dos sujeitos de direito nelas envolvidos, e outras que preservam a autonomia patrimonial e a personalidade societária.

As primeiras, mais complexas, são a fusão, a incorporação e a cisão com incorporação de sociedades, de que se cuidará adiante; as outras, são os ajustes societários de coligação que tanto

podem resultar de (i) relações de participação de capital entre duas ou mais sociedades, como de (ii) contratos bilaterais entre empresas (grupos de sociedades, consórcios e outros contratos interempresariais).

Refiro-me aqui a contratos entre “empresas” e não entre “sociedades” porque parece possível dar o mesmo tratamento aos celebrados entre e com sociedades simples ou empresárias e empresários individuais. O termo “empresa”, como já dito em outras passagens desta obra, tem significado multifário, não se restringindo à identificação da atividade exercida por empresários, mas compreendendo a própria pessoa dele, da sociedade empresária e de outros agentes econômicos que atuam no mercado. A respeito, ARNOLD WALD (A empresa como sujeito de direito e como parceria econômica e social. In: *Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, p. 351-365).

O Dec.-lei 2.627/1940 tratou timidamente da matéria relativa à participação de uma sociedade em outra, ao impor aos diretores das companhias a obrigação de, no relatório anual de suas contas, dar “precisas informações sobre a situação das sociedades controladas ou coligadas” (art. 135, § 2.º). A conjunção “ou”, aí empregada, sugeria que as expressões seriam sinônimas, embora a doutrina procurasse separá-las. A confusão aumentou com o advento do Dec.-lei 1.376/1974, que conceituou como coligadas as sociedades “cuja maioria do capital votante seja controlada, direta ou indiretamente, por uma mesma pessoa física ou jurídica, compreendida também esta última como integrante do grupo” (art. 18, § 3.º).

Por ter tido uma tramitação muito mais rápida no Congresso Nacional, a Lei 6.404/1976 foi pioneira em introduzir a distinção e o disciplinamento das sociedades coligadas, das controladoras e controladas e dos grupos de sociedades no direito positivo interno brasileiro. E isso se deu com a justificativa constante da Exposição de Motivos, segundo a qual, “no seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas – o que reclama normas específicas que redefinam, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias,

e, em suas relações de
, na forma dos artigos

nissos de desempenho; e, ao
ação judicial das penalidades
atores” (do autor, *Manual de*
a. 105, p. 233).

n essa lei, todo e qualquer ato,
na de que se revista, que possa
um modo prejudicar a livre
dominar mercado relevante
viços, deve ser submetido à
ho Administrativo de Defesa
) para obter permissão à sua
do da respectiva sanção (arts.
repercussão que pode causar

estabelecer critérios (condi-
ade autorize a operação (em
v vinculado, portanto), a lei
a relevou seu alcance econô-
direito comercial, cit., n. 107,
sciplinou ajustes e condutas
nfração à ordem econômica
rios percentuais para definir
e no mercado (art. 36, § 2.º),
aturamento para submeter a
ção do Cade (art. 88).

meno da globalização, o regi-
o no Brasil buscou incentivar
mpresariais visando o aumen-
de. Diversas foram as dispo-
que concederam estímulos às
ções de empresas, inclusive
envolvimento Econômico,
imento da empresa nacional.

ada, o nacionalismo desen-
u terreno para a postura ne-
ante, que permitiu o acesso

as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores”.

Referida lei, de fato, cuidou de regular, com esse propósito, (i) as sociedades coligadas, (ii) as sociedades controladoras e controladas que mantêm entre si relações societárias de participação no capital social, bem como (iii) as sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro das Empresas Mercantis, passam a constituir (iv) grupos societários com disciplina própria, e (v) os consórcios.

Mesmo assim, não restou exaurido o tratamento das diversas formas de aglomeração de sociedades, que também podem ocorrer por meio de outros contratos interempresariais, reguladores de estruturas de controle e de harmonização de atividades econômicas integradas. Sem qualquer vínculo de participação societária ou entre sociedades, podem surgir – e têm surgido, como a realidade o demonstra – parcerias e coligações formando verdadeiros grupos de fato onde uma sociedade assume o comando das atividades de outras, como se dá entre uma produtora e suas fornecedoras de componentes ou de matérias primas para a colocação de seus produtos acabados no mercado.

Sobre a tendência de abandono da técnica de participação societária como forma de concentração empresarial em prol de uma estrutura de controle societário externo, vale consultar Fábio Konder Comparato (Estado, empresa e função social, RT 732/38); sobre a importância dos conglomerados no cenário internacional atual e o que eles representam em volume de negócios nesse mercado, José Engrácia Antunes (*Os grupos de sociedades*, p. 31-46).

485. O fenômeno da coligação no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 definiu a coligação como a junção de sociedades por *relações de capital*, isto é, pela participação de uma ou mais sociedades no capital social de outra ou de outras, como suas sócias ou acionistas. Embora fosse preferível utilizar o vocábulo “ligação”, estes comentários seguem a terminologia legal.

O Projeto do Código Civil havia utilizado a palavra “ligadas” para se referir à coligação,

consoante o fez a lei alemã de 1965, deixando a expressão “coligadas” para identificar as sociedades com participação relevante. Foi esse o entendimento manifestado por Felix Ruiz Alonso em artigo intitulado *Holding no Brasil* (RDM 10/77); foi esse, também, o critério adotado pelo legislador de 1976 (art. 243, § 1.º, da Lei das S.A.). Na fase final de tramitação daquele projeto na Câmara dos Deputados, a expressão “ligadas” foi substituída por “coligadas” sob a justificativa de que, embora a primeira fosse “de maior amplitude, era estranha aos conceitos e institutos de direito societário. O conceito jurídico correto e corrente sempre foi ‘sociedade coligada’ porque ambas estão sujeitas, igualmente, a um mesmo controle no grupo de sociedades de que fazem parte” (*Novo Código Civil comentado*, coordenado e, nessa matéria, comentado por Ricardo Fiuza, p. 986-987). A justificativa, com a devida vênia, não se sustenta, não só por não ser a expressão “ligadas” alheia aos conceitos de direito societário, como porque a palavra “coligadas” é empregada pela Lei das Sociedades por Ações em sentido diverso, além de não pressupor a existência de grupo de sociedades. Preferível seria deixar o texto do anteprojeto intocado, nessa parte, na compreensão de que ligadas são as sociedades que mantêm algum vínculo de participação societária em outra ou outras, variando do controle para a coligação e para a simples participação (CC, arts. 1.098, 1.099 e 1.100). Aliás, o mesmo autor, acolhendo sugestão do Centro de Estudos de Sociedades dos Advogados, propôs a restauração da terminologia original no mencionado Projeto de Lei 7.160/2002.

Para distinguir as diversas figuras que se compreendem nas coligações, o Código Civil parece ter utilizado, à primeira vista, o critério quantitativo, porque, dependendo do percentual de participação de uma sociedade em outra ou em outras, classificou as coligações como de *controle* (art. 1.098), de *filiação* (art. 1.099) ou de *simples participação* (art. 1.100). Entretanto, uma observação mais atenta revela que há possibilidade de caracterização do controle com percentual reduzido, o que mostra que a divisão valora, na verdade, a existência de vínculos de dependência (subordinação), ou não (coordenação ou colaboração), entre as sociedades.

a lei alemã de 1965, deixando ligadas" para identificar as sociedades de participação relevante. Foi esse o manifesto de Felix Ruiz no Brasil e intitulado *Holdering* no Brasil e esse, também, o critério adotado de 1976 (art. 243, § 1.º, da fase final de tramitação daquele projeto dos Deputados, a expressão foi substituída por "coligadas" e a de que, embora a primeira com amplitude, era estranha aos institutos de direito societário. O conceito correto e corrente sempre "coligada" porque ambas estão perante, a um mesmo controle no sentido de que fazem parte" (*Novo Tratado*, coordenado e, nessa obra, editado por Ricardo Fiuza, p. 986-987), com a devida vênia, não se pode por não ser a expressão "ligadas" conceitos de direito societário, a palavra "coligadas" é empregada em sociedades por Ações em sentido não pressupor a existência de sociedades. Preferível seria deixar o projeto intocado, nessa parte, na qual ligadas são as sociedades em vínculo de participação social ou outras, variando do controle e para a simples participação (art. 1.099 e 1.100). Aliás, o mesmo sugestão do Centro de Estudos Jurídicos Advogados, propôs a restauração original no mencionado projeto de 60/2002.

Para definir as diversas figuras que se apresentam nas coligações, o Código Civil de 2002, à primeira vista, o critério adotado, que, dependendo do tipo de participação de uma sociedade em outras, classificou as coligações em "coligadas" (art. 1.098), de "filiação" (art. 1.099) e "participação" (art. 1.100). A observação mais atenta revela a falta de caracterização do conceito atual reduzido, o que mostra que, na verdade, a existência de dependência (subordinação), de participação ou colaboração, entre

O problema é que o Código não explica o porquê dessa classificação; limita-se a conceituar essas diversas formas de coligação sem dispor a respeito do tratamento jurídico a ser dado a cada qual delas. Destaca, apenas, a *participação recíproca*, proibida em alguns países, para lhe conferir um tratamento genérico peculiar (CC, art. 1.101), distinto daquele previsto pela Lei das Sociedades por Ações (art. 244).

Apesar das críticas da doutrina ao anteprojeto – "por não ter regulamentado de maneira mais completa as sociedades coligadas, protegendo as minorias e os credores sociais e por ter silenciado em relação às uniões pessoais, aos contratos interempresariais e aos consórcios" (Waldirio Bulgarelli, *O direito dos grupos e a concentração de empresas*, p. 71) – nenhuma alteração substancial sofreu o texto original.

A Lei 11.941, de 2009, dando nova redação ao art. 243, § 1.º, da Lei das Companhias, criou as figuras de sociedade investidora (aquela que possui participação no capital de outra) e investida (a outra) para dar nova definição de coligação. Assim, considera coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. A influência significativa caracteriza-se quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la (§ 4.º) e é presumida quando a participação da investidora for de 20% ou mais do capital votante da investida (§ 5.º). Sobre o tema, do autor, *Manual das companhias ou sociedades anônimas*, n. 191, p. 299-300; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 159-160, p. 39-52.

486. Outras espécies de coligação

Por outro lado, ficaram excluídas da disciplina do Código Civil de 2002, como se pode observar, as coligações resultantes de ajustes não decorrentes de relações de capital.

Essas outras coligações, ditas *contratuais*, ocorrem por força de convenções (contratos) entre sociedades isoladas e formalmente independentes, havendo ou não havendo o fenômeno de participação no capital social. Algumas delas estão tratadas na Lei do Anonimato, como

os consórcios e os grupos de sociedades, cujas disposições permanecem, portanto, em vigor. Outras, como as participações associativas para a colocação de produtos ou serviços de um determinado empresário no mercado, a exemplo do que acontece nos casos de concessão mercantil, de representação, de distribuição e de franquia, ainda estão carecendo de regulação e sistematização adequadas.

A respeito desse fenômeno há o bem elaborado estudo de Edmur Pereira Neto (Anotações sobre os grupos de sociedades, *RDM* 82/30-38). Uma visão do gênero e das diversas espécies com que se podem apresentar os conglomerados é apresentada por Jorge Lobo (*Direito dos grupos de sociedades*, *RDM* 107/99).

No que toca às coligações resultantes de participações societárias no capital das sociedades envolvidas, o Código Civil teria revogado as normas correspondentes da Lei das Sociedades por Ações, mantendo em vigor as relativas a matérias que ressaltou (v.g., art. 1.101) e aquelas que não abordou expressamente, notadamente as referentes ao seu tratamento jurídico, por isso aplicável, tanto às companhias, como às demais sociedades (normas sobre conduta dos administradores, proteção dos acionistas, direitos dos credores etc.). Entretanto, a Lei 11.941/2009 alterou o art. 243, § 1.º, da Lei 6.404/1976, para introduzir novo conceito de sociedade coligada, qual seja, o de serem coligadas duas ou mais sociedades nas quais uma delas possui influência significativa. Por influência significativa reputou aquela pela qual uma sociedade detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional de outra, sem controlá-la (art. 243, § 4.º); e considerou presumida a influência significativa quando a participação de uma, dita investidora, for igual ou superior a 20% do capital votante da outra, que referida lei qualifica de investida (art. 243, § 5.º). A questão de saber se essa nova lei tem caráter geral e revogou a norma do art. 1.099 do CC será abordada logo adiante, nos comentários a esse preceito codificado (n. 494 *infra*).

As coligações contratuais ou, mais precisamente, as disposições sobre grupos de sociedades e consórcios, não sofreram, porém, qualquer revogação. A Lei do Anonimato, nessa

parte, continuará sendo aplicável, não só às companhias e às sociedades em comandita por ações, mas, por analogia, às demais sociedades reguladas pelo mesmo Código, porque por ele não foram normatizadas. A ampla liberdade de contratar impede a afirmação de que essas figuras foram banidas de nossa legislação.

É possível, portanto, que qualquer tipo de sociedade celebre contratos de consórcio ou de participação em grupo de sociedades. Ocorrendo uma dessas espécies de coligação, aplicam-se as disposições da Lei 6.404/1976, mesmo que as sociedades envolvidas não se revistam dos tipos por ela regulados; são normas de caráter geral, que não foram afetadas com o advento do novo regime jurídico previsto pelo Código Civil, restrito a regular – e de modo insuficiente, como visto – algumas coligações que se dão por relações de capital.

487. Ajustes de subordinação e de coordenação

Os ajustes de participação societária visando à reunião ou associação de sociedades para a realização de empreendimentos comuns costumam ser classificados pela doutrina como de subordinação ou de cooperação.

O ajuste de subordinação particulariza-se como sendo aquele em que duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, normalmente sob mesmo controle, reúnem-se para atuar em harmonia, sob única direção, no interesse da sociedade de comando ou do conjunto de todas elas, ainda que com sacrifício de seus interesses individuais. É o grupo de sociedades, no direito brasileiro, que representa essa espécie de convenção, com a particularidade de supor vínculo de controle.

No ajuste de coordenação, sociedades independentes ou sob controle de outra, congregam-se para executar em comum um determinado empreendimento, cada qual se obrigando, exclusivamente, por aquilo que acordar. Nesses pactos as sociedades participantes não perdem sua individualidade própria, mantêm plena autonomia administrativa e patrimonial e não criam vínculos de dependência hierárquica entre si. No direito brasileiro, esse ajuste de coordenação tem seu exemplo no consórcio de empresas.

Uma derivação desse último é o ajuste reticular, no qual a vinculação entre as unidades empresariais decorre de uma rede de contratos estáveis. Esse fenômeno consolidou-se com a chamada “terceirização”, na qual “a grande novidade, sob o aspecto jurídico, é o fato de que esses grupos societários conservam, não obstante, o abandono da técnica de participação acionária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual” (Fábio Konder Comparato, Estado, empresa e função social. RT 732/39).

488. Grupo de sociedades

O grupo de sociedades é regulado pela Lei das Sociedades por Ações que o considera, como já afirmado, um ajuste de subordinação em que duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, sob mesmo controle, reúnem-se para atuar em harmonia, sob única direção.

A exigência do controle societário interno (de capital), peculiarmente positivada no direito brasileiro pela Lei do Anonimato, não afasta a necessidade de serem levadas em consideração as outras manifestações igualmente caracterizadoras do grupo de sociedades, pela importância de que se revestem, assim no Brasil como no exterior, principalmente tendo em conta que, para boa parte da doutrina, é com ele que se inaugura nova fase histórica do direito de empresa (Fábio Konder Comparato, Aspectos jurídicos da macroempresa, p. 8). Na Alemanha, por exemplo, o fenômeno comporta a reunião de sociedades com ou sem vínculo de participação societária. O mesmo se dá com seu regramento no estatuto do grupo econômico europeu, inspirado no modelo alemão. Para a identificação da existência do grupo, porém, é sempre necessário que haja uma direção geral uniforme.

Nossa lei, como declarou Lamy Filho (*A Lei das S.A.*, p. 245) regulou a matéria em caráter experimental para colher os resultados de sua aplicação e ser posteriormente adequada às situações não previstas. Mantém-se inalterada até hoje, apesar das críticas da doutrina, tendo o codificador de 2002 perdido boa oportunidade para ajustá-la à realidade presente.

Como pressuposto para a identificação do grupo de sociedades, a lei nacional impõe sua celebração mediante contrato formal entre uma

ção desse último é o ajuste re- a vinculação entre as unidades corre de uma rede de contratos enômno consolidou-se com ceirização”, na qual “a grande o aspecto jurídico, é o fato de os societários conservam, não dono da técnica de participação estrutura de controle societário rma contratual” (Fábio Konder ado, empresa e função social.

Sociedades

sociedades é regulado pela Lei or Ações que o considera, como ajuste de subordinação em que iedades, de tipos iguais ou di- smo controle, reúnem-se para ia, sob única direção.

do controle societário interno liaramente positivada no direito ei do Anonimato, não afasta a erem levadas em consideração tações igualmente caracteriza e sociedades, pela importância n, assim no Brasil como no ex- ente tendo em conta que, para rina, é com ele que se inaugura do direito de empresa (Fábio to, Aspectos jurídicos da ma- . Na Alemanha, por exemplo, porta a reunião de sociedades ilo de participação societária. m seu regramento no estatuto ico europeu, inspirado no mo- a identificação da existência é sempre necessário que haja l uniforme.

mo declarou Lamy Filho (A 5) regulou a matéria em carã- para colher os resultados de : posteriormente adequada às vistas. Mantém-se inalterada s críticas da doutrina, tendo o 22 perdido boa oportunidade alidade presente.

posto para a identificação do les, a lei nacional impõe sua ite contrato formal entre uma

sociedade controladora e suas controladas. Só é, realmente, reputado grupo de sociedades, para os fins da Lei das Sociedades por Ações, aquele que for celebrado por escrito, com observância das exigências estabelecidas no seu art. 269, a saber:

a) designação do grupo, na qual constem as palavras “grupo de sociedades” ou, simplesmente, “grupo” (art. 267);

b) indicação da sociedade de comando e das filiadas, o que implica reconhecer que a junção pode ser entre a controladora e apenas algumas de suas controladas;

c) condições de participação das diversas sociedades;

d) prazo de duração, se houver, e as causas de sua extinção;

e) condições para a admissão de outras sociedades e para a saída das que o integrarem;

f) órgãos e cargos de administração do grupo, distintos dos que compõem a estrutura das sociedades agrupadas, suas atribuições e as relações com os destas últimas;

g) declaração da nacionalidade do controle do grupo;

h) condições de sua alteração.

É bom observar que a nacionalidade do controle do grupo nada tem a ver com a nacionalidade das sociedades que o integram. A nacionalidade, aqui exigida, é definida pela das pessoas naturais que exercem o controle da sociedade de comando, por estar ela sob o controle de pessoa jurídica de direito público interno ou de sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob controle das pessoas naturais ou jurídicas antes referidas (Lei 6.404/1976, art. 269, parágrafo único).

A constituição de grupo de sociedades, que estava regulada pela Instrução Normativa DNRC 73/1998, é hoje tratada pela Instrução Normativa DREI 19/2013 (arts. 1.º a 4.º).

Os pactos empresariais que reúnam sociedades para a realização de um empreendimento comum, sem que sejam celebrados por escrito e tornados públicos pelo seu registro, podem caracterizar *grupos de fato*. Mas o grupo de direito, que é objeto destas considerações, só se

considera constituído depois de obter a chancela de seu registro na Junta Comercial, mediante o cumprimento das exigências estabelecidas na mencionada lei (arts. 269 a 271).

A distinção é necessária porque, nos grupos de fato, albergados no amplo conceito de coligação, os administradores não podem, em prejuízo da sociedade que dirigem, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre elas observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responderem por perdas e danos resultantes dos atos praticados em desacordo com essa determinação (art. 245). Idêntica regra existe para a sociedade controladora que não pode usar do seu poder para desviar a controlada do cumprimento de seus fins sociais, respondendo pelos danos que, na violação dessa regra, a ela causar (art. 246). Nos grupos de direito, as operações das sociedades participantes podem não observar condições comutativas e buscar interesses da controladora ou do grupo, mesmo que contrariem os interesses particulares delas (art. 276). Por isso é que a convenção de grupo assegura o direito de recesso aos sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar ao grupo (art. 270, parágrafo único).

Perante o direito brasileiro, portanto, o grupo de sociedades deve ser compreendido como uma convenção escrita, devidamente levada ao Registro de Empresas Mercantis, pela qual a sociedade controladora e suas controladas, mediante administração uniforme, obrigam-se a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (Lei 6.404/1976, arts. 265 e 271).

Dessa definição legal, infere-se, no dizer de Jorge Lobo, “que duas ou mais sociedades formam um grupo de direito, quando: a) há, entre elas, uma relação de subordinação; b) celebram uma convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns; e c) estão submetidas a uma direção única, exercida, de modo permanente, pela sociedade controladora, ou de comando do grupo” (*Grupo de sociedades*, n. 45, p. 112-113). Uma última exigência é o

seu registro no Registro Público de Empresas Mercantis, com observância do disposto no art. 271 da Lei das Companhias.

Encaixa-se o grupo de sociedades no gênero dos contratos associativos e no arcaico conceito de sociedade, expresso tanto no velho Código Civil (art. 1.363), como no atual (art. 981), sem que neste receba, contudo, a qualificação de pessoa jurídica ou de sociedade não personificada. (Sobre o conceito de sociedade, do autor, *Lições de direito societário*, v. 1, n. 2, p. 7-9.)

Noutro trabalho sobre a matéria, partindo da concepção que considera o grupo de sociedades como uma espécie de sociedade de segundo grau, uma sociedade entre sociedades, Jorge Lobo defende a ideia de se lhe atribuir personalidade jurídica, com solidariedade, entre as participantes, pelas obrigações decorrentes de sua atuação em conjunto (Direito dos grupos de sociedades, *RDM* 107/111-122). Não me parece, entretanto, que, perante as normas vigentes no direito brasileiro, o grupo de sociedades possa ser considerado pessoa jurídica. É que, além de não possuir patrimônio próprio, não age no mundo jurídico; as atividades do grupo são exercidas pelas sociedades que o integram, sob orientação uniforme. Essa orientação não é do conjunto de sociedades, mas da sociedade de comando, a igual do que se verifica com o sócio ou acionista controlador, que, não sendo administrador, possui responsabilidade individual pelos atos cuja prática orienta, mesmo sem atuar pela sociedade ou pelas sociedades sob seu controle (Lei das S.A., arts. 116 e 117).

As sociedades agrupadas conservam a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial, mas unificam a administração, submetendo-se à orientação da sociedade controladora, dita de comando. Nem por isso, contudo, a doutrina admite que entre as sociedades nasça responsabilidade pelas obrigações decorrentes das atividades em grupo (Edmur Pereira Neto, Anotações sobre os grupos de sociedades, *RDM* 82/30-38; Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Comercial), salvo nas hipóteses previstas em lei (v.g., CDC, art. 28, § 2.º; Lei 12.529/2011, art. 33). No entanto, parece-me, como já tive oportunidade de sustentar, que a solidariedade, nas estruturas societárias empresariais, é sempre presumida (*Lições de direito societário*,

v. 1, n. 1, p. 4). É preciso considerar, por outro lado, que, se a convenção do grupo estabelecer a subordinação dos interesses das sociedades controladas aos da controladora ou ao de outra das controladas, fica caracterizada uma relação de dependência, da qual pode resultar a responsabilidade da sociedade assim privilegiada pelos atos praticados pela controlada no interesse daquela, quando daí resultar dano a terceiro. Não se trata, nesse caso, de responsabilidade da sociedade perante seus sócios ou acionistas, uma vez que a esses, quando dissidentes da convenção de constituição do grupo é conferido o direito de recesso (Lei 6.404/1976, art. 270, parágrafo único).

No estudo que faz a respeito dos grupos de sociedade, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES observa que o sistema da lei portuguesa previu um regime de responsabilidade “intragruppo” particularmente gravoso e oneroso para a sociedade-mãe, fazendo com que sobre ela recaia uma responsabilidade simultânea e cumulativa por todas as obrigações contraídas e por todas as perdas da sociedade-filha o que acabou consagrando um sistema de tutela em favor dos credores sociais que cumula uma proteção direta (solidária) e indireta (dever de cobertura de todas as perdas anuais), mais gravoso do que o do direito comparado por ele analisado (*Os grupos de sociedades*, p. 818-819).

A respeito desse tema, FÁBIO KONDER COMPARATO (*O poder de controle na sociedade anônima*, p. 267-298), JOSÉ LAMARTINE CORREIA DE OLIVEIRA (*A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 607 e ss.) e VIVIANE MULLER PRADO (*Pessoa jurídica dependente*, p. 81-111).

Não custa acrescentar que os grupos de sociedade, de direito ou de fato, têm tratamento unitário no campo do direito do trabalho (CLT, art. 2.º, § 2.º), nas relações de consumo (CDC, art. 28, § 2.º) e no do direito concorrencial (Lei 12.529/2011, v.g., arts. 36, § 2.º, e 37, I e § 2º), à luz das normas que os identificam, sem as limitações da Lei Acionária, a partir da relação de dominação.

Sobre o assunto, Vera Helena de Mello Franco (Particularidades da “*affectio societatis*” no grupo econômico, *RDM* 89/47-55).

preciso considerar, por outro lado, a intervenção do grupo estabelecer os interesses das sociedades a controladora ou ao de outra forma caracterizada uma relação a qual pode resultar a responsabilidade assim privilegiada pelos demais controlada no interesse daí resultar dano a terceiro. Nesse caso, de responsabilidade perante seus sócios ou acionistas, estes, quando dissidentes da constituição do grupo é conferido ao (Lei 6.404/1976, art. 270,

que faz a respeito dos grupos de empresas. ENGRÁCIA ANTUNES observa que a legislação portuguesa previu um regime de "intragruppo" particularmente favorável para a sociedade-mãe, sobre ela recaia uma responsabilidade e cumulativa por todas as perdas e por todas as perdas da qual acabou consagrando um direito em favor dos credores sociais em razão de uma intervenção direta (solidária) e de abertura de todas as perdas em favor do que o do direito comunitário (Os grupos de socieda-

de, FÁBIO KONDER COMPARATO, *Lei na sociedade anônima*, MARTINE CORREIA DE OLIVEIRA, *Sociedade jurídica*, p. 607 e ss.) DO (Pessoa jurídica depen-

decentar que os grupos de empresas ou de fato, têm tratamento no direito do trabalho (CLT, relações de consumo (CDC, direito concorrencial (Lei 12.127/10, arts. 36, § 2.º, e 37, I e § 2º), e os identificam, sem as exceções, a partir da relação

de Helena de Mello Franco, *Effectio societatis* no grupo, *Revista de Direito de Empresa*, 1989/47-55).

489. Consórcio

O consórcio de empresas, nas palavras trazidas com a Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto da Lei das Sociedades por Ações, deve ser entendido como "modalidade de sociedade não personificada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento". É, no dizer de Fran Martins, "o agrupamento de sociedades, feito através de um contrato, com a finalidade de executar determinado empreendimento, obrigando-se cada sociedade, em relação àquele com quem o consórcio contratar, de acordo com as condições previstas no contrato e respondendo apenas pelas obrigações assumidas" (*Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 3, n. 1.152, p. 485-486).

Trata-se de nítido pacto de coordenação, em contraste com o de subordinação (próprio do grupo de sociedades), livremente celebrado entre "quaisquer sociedades, sob o mesmo controle ou não" (Lei das Companhias, art. 278).

Esse consórcio não tem qualquer similitude com o Sistema de Consórcios, compreendido como um "instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio", previsto e regulado pela Lei 11.795/2008.

Como modalidade de consórcio costuma-se incluir a *joint venture* (Waldirio Bulgarelli, *O direito dos grupos e a concentração de empresas*, p. 70), que é uma associação de empresas visando objetivos específicos e limitados, normalmente de caráter temporário. São empresas que se unem contratualmente para a realização de um negócio determinado, sem daí resultar um novo ente, à semelhança do contrato de sociedade em conta de participação. De qualquer forma, não custa ter presente a advertência de Maristela Basso, quando recorda ser a *joint venture* "uma figura jurídica originada da prática cujo nome não tem equivalente em nossa língua. A diversidade de sistemas jurídicos, de legislações, de um país a outro, faz com que a *joint venture* assumam diferentes fórmulas institucionais ou contratuais, através das quais os *coventures* (os participantes) conseguem atingir os seus objetivos" (*Joint ventures – Manual prático das associações empresariais*, p. 41).

Também Engrácia Antunes, com base em distinções do direito norte-americano, cujo sistema é infenso ao método dedutivo e a sistematizações gerais, sustenta que a *joint venture* generalizou-se "na prática internacional dos negócios para designar um amplíssimo setor de acordos vocacionados à realização de um empreendimento comum entre empresas", de conformações "jurídico-operacionais concretas muito diversas, podendo consubstanciar-se na mera citação de relações obrigacionais entre as partes (*contractual joint venture*) ou dar origem à criação de uma organização dotada de personalidade jurídica própria (*equity joint venture*), podendo ser celebrados entre quaisquer tipos de sujeitos que desenvolvam uma atividade econômico-empresarial (tratam-se de pessoas singulares ou coletivas, de direito privado ou público), podendo ter por objeto um determinado projeto específico ou abranger múltiplos setores de atividade econômica das empresas envolvidas". (*Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, p. 98-99.) No direito brasileiro, se a *joint venture* assume forma societária, ela se sujeita ao regime jurídico próprio do tipo escolhido, não havendo, aí, como falar em nova figura nascida da prática mercantil, porque já existente e regulada pelo ordenamento jurídico pátrio. O propósito ou motivo que leva as partes a celebrar um contrato de sociedade é assunto *interna corporis*, irrelevante para a disciplina a que está subordinado esse negócio jurídico.

Não é espécie de consórcio a *sociedade de propósito específico*, em voga nos Estados Unidos da América do Norte e introduzida na prática de negócios no Brasil. A sociedade de propósito específico (SPE) não é um novo tipo societário, mas uma sociedade empresária, revestida de qualquer dos tipos previstos em lei, constituída para realizar um determinado trabalho, uma tarefa determinada e específica, como executar uma obra, fazer uma importação etc. Nesse ponto ela se aproxima do consórcio e, mais ainda, da sociedade em conta de participação; deles difere, porém, por se constituir como pessoa jurídica distinta das pessoas dos sócios que a integram, segundo um dos tipos legais de sociedade empresária. (Sobre o assunto, Luiz Antônio Soares Hentz, *Direito de empresa no Código Civil de 2002*, n. 39, p. 209-212.) Não há impedimento a que

sociedades e pessoas se reúnam para constituir uma sociedade de propósito específico; nesse caso, não haverá consórcio, mas uma nova sociedade, da qual são sócias as pessoas naturais e/ou sociedades que a constituíram. As sociedades de propósito específico constituídas por quem já participa de consórcio são “meramente operacionais, pois não têm personalidade jurídica” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Direito comercial – Sociedades*, v. 2, n. 1.21, p. 252).

O consórcio é, também, como o grupo de sociedades, um contrato associativo, espécie do gênero sociedade, no conceito do Código, mas despido de personalidade jurídica e estranho à classificação codificada. Difere do grupo, entretanto, em razão de a lei expressamente ressaltar a inexistência de solidariedade entre os consorciados, salvo se convencionada (art. 278, § 1.º), e de se tratar de uma concentração em que há coordenação, mas não subordinação entre os partícipes do negócio.

A Lei 12.402/2011, resultante de conversão da Medida Provisória 510/2010, impôs a responsabilidade das empresas consorciadas relativamente aos tributos incidentes sobre as operações realizadas pelo consórcio, na proporção da participação de cada qual delas no empreendimento. Determinou, porém, a responsabilidade solidária das consorciadas pela retenção de tributos e pelo cumprimento das obrigações acessórias, ainda que do contrato gerador desses tributos não tenham todas participado, sendo essa norma aplicável a todos os tributos administrados pela Receita Federal, inclusive quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias patronais, dos trabalhadores com vínculo de emprego ou avulsos, e das contribuições destinadas a outras entidades e fundos. Como se observa, o legislador ordinário não observou os limites estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, que tem natureza de lei complementar.

A Lei 12.846/2013 estabeleceu a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, das consorciadas pelo pagamento da multa nela prevista e pela reparação integral do dano decorrente da prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 4.º, § 2.º).

Para que se caracterize o consórcio não é preciso, no meu modo de ver, que o contrato seja celebrado somente entre sociedades por ações ou no qual haja, pelo menos, uma sociedade por ações como uma das partes consorciadas, como sustentou o peso da autoridade de Fran Martins (*Comentários à lei das sociedades anônimas*, n. 1.152, v. 3, p. 486). Não há motivos para limitar o âmbito de aplicação do consórcio ao tipo societário do anonimato. “Inexistem razões ponderáveis para excluir do regime da lei associações consorciais integradas exclusivamente por sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Ao contrário, tudo indica que a intenção do legislador não terá sido restritiva, nesse particular, porquanto parece ser da maior conveniência que ao instituto se dê tratamento unitário, independentemente do tipo societário adotado pelas sociedades consorciadas” (Egberto Lacerda Teixeira e Alexandre Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, p. 802).

É possível, a meu ver – e pelas mesmas razões –, que do consórcio faça parte um *empresário individual* (ver Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades*, p. 99, em relação à *joint venture*), até porque as disposições da lei societária não podem ser interpretadas com uma presunção de restrição implícita que o princípio constitucional da liberdade de exercício da atividade econômica repugna. O pressuposto da presença de sociedades na formação do consórcio não é essencial, à falta de motivo plausível para qualquer distinção entre empresários (individuais ou coletivos) que pretendam celebrá-lo. Por isso, entendo que não há impedimento algum à celebração de contratos de consórcio entre empresários individuais ou entre estes e sociedades empresárias.

O contrato constitutivo do consórcio também é solene, devendo ser reduzido a escrito, sob forma pública ou particular, com o seguinte conteúdo básico (Lei 6.404/1976, art. 279):

- a) a designação que o identifique, se houver;
- b) o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
- c) a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
- d) as normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

caracterize o consórcio não é modo de ver, que o contrato seja entre sociedades por ações, pelo menos, uma sociedade, uma das partes consorciadas, o peso da autoridade de Franck (3, p. 486). Não há motivos para aplicação do consórcio ao anonimato. “Inexistem razões para excluir do regime da lei associadas integradas exclusivamente por quotas de responsabilidade unitário, tudo indica que a intenção terá sido restritiva, nesse parágrafo parece ser da maior conveniência do tipo societário adotado para consorciadas” (Egberto Lacerda e Andre Guerreiro, *Das sociedades de brasileiro*, p. 802).

meu ver – e pelas mesmas razões o consórcio faça parte um empresário (gracia Antunes, *Os grupos de em relação à joint venture*), até as ações da lei societária não podem com uma presunção de restrição: o princípio constitucional da liberdade da atividade econômica posto da presença de sociedades consórcio não é essencial, à falta do para qualquer distinção entre individuais ou coletivos) que prevalece. Por isso, entendo que não há impedimento à celebração de contratos de consórcios individuais ou entre empresárias.

constitutivo do consórcio também sendo reduzido a escrito, geral ou particular, com o seguinte (Lei 6.404/1976, art. 279):

o que o identifique, se houver; o documento que constitua o objeto;

o das obrigações e responsabilidades da sociedade consorciada, e das responsabilidades;

sobre recebimento de receitas e outros;

e) as cláusulas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

f) a forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos ou peso de voto que cabe a cada consorciado;

g) a contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Uma vez celebrados, o contrato de consórcio e suas alterações devem ser arquivados na

Art. 1.098. É controlada:

I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II – a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

COMENTÁRIOS

490. Sociedades controladoras e controladas

O conceito de controle entre sociedades é estreitamente vinculado à noção de poder. No caso, é o poder que a sociedade controladora possui de decidir sobre os assuntos sociais de sua controlada e de eleger a maioria de seus administradores.

À primeira vista pode parecer que há incongruência em se aludir à eleição da maioria dos administradores, já que, possuindo a controladora o poder de decidir sobre os demais assuntos sociais, isso abrangeria a designação de todos os administradores da controlada. Ocorre que, em matéria de administração societária, é facultado assegurar a um determinado grupo de sócios o direito de eleger, mediante votação em separado, um ou alguns dos administradores. Por igual, nas sociedades anônimas que possuem conselho de administração é possível à minoria acionária pedir a instituição do voto múltiplo para nele obter representação. Daí a referência expressa à eleição da maioria dos administradores por parte da sócia controladora – o que, pela lei, é reputado suficiente para lhe conferir essa qualificação.

Junta Comercial do lugar de sua sede, que pode ser diversa da sede das empresas consorciadas. Além disso, deve ser extraída uma certidão do arquivamento para ser publicada na imprensa, no Diário Oficial e em jornal local de grande circulação (Lei das S.A., arts. 279, parágrafo único, e 289).

O Departamento de Registro Empresarial e Integração dispôs sobre o consórcio na Instrução Normativa DREI 19/2003 (arts. 5.º e ss.).

Por outro lado, não se trata de exigir que a controladora detenha participação de mais da metade do capital social da controlada, eis que o capital social pode estar composto por quotas sem voto (pertencentes à própria sociedade, por exemplo) ou por ações sem voto (em tesouraria, preferenciais a que o estatuto retire esse direito etc.), ou com direito de voto suspenso, e a controladora pode exercer o controle com percentual menor. Do mesmo modo, há possibilidade de previsão de quórum qualificado para certas deliberações e, aí, a controladora terá necessidade de possuir participação maior para manter a hegemonia de sua vontade na decisão. Por isso é que o critério quantitativo para a identificação do controle nem sempre é correto. (v. n. 484 *supra*, 493 e 495 *infra*.)

Para a caracterização do controle, porém, é preciso que a supremacia do direito de voto não seja eventual, mas permanente, de tal sorte que assegure à controladora, em caráter contínuo e duradouro, a preponderância nas deliberações sociais da controlada. Não desvirtua a situação de controle de uma sociedade relativamente a outra o fato de surgir eventual deliberação da

qual a controladora não participe ou não possa participar.

Numa comparação com o conceito de acionista controlador, vê-se que, na trilha da Lei do Anonimato (arts. 116 e 243, § 2.º), o Código Civil não exigiu, para caracterizar o controle, que a controladora exerça, efetivamente, seu poder. Há, nesse caso, presunção legal de que o faz. “Não se requer, no caso de sociedades, o efetivo exercício do poder de dirigir as atividades das sociedades controladas, que se presume nas relações intersocietárias” (Exposição de motivos do anteprojeto de Lei das S.A., Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, p. 246), bastando que exista a possibilidade concreta de exercê-lo.

O que interessa é que a sociedade tenha assegurada a titularidade de direitos de sócio que lhe garantam essa posição de domínio, pouco importando o montante da participação que possua e a utilização constante do poder daí decorrente.

Esse poder de controle pode manifestar-se (i) diretamente, ou seja, decorrer da participação da própria controladora no capital da controlada ou (ii) indiretamente, quando derivar de sua condição de controladora de outras sociedades que também possuam participação no capital social dessa última.

Em suma, a regra sob comentário não diverge, na essência, do que está disposto no art. 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976: “Controlada é 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”.

O Projeto de Lei 7.160/2002, do Deputado Ricardo Fiuza continha proposta de acrescentar ao art. 1.098-A ao texto do Código Civil para enunciar o conceito de controle, que está no art. 116 da Lei do Anonimato, embora o controle entre sociedades, como visto, esteja definido no art. 243, § 2.º, da referida Lei.

A sociedade controladora recebe no mundo dos negócios o nome de *holding* (do inglês, gerúndio do verbo *to hold*, que significa segurar,

prender, deter). A *holding*, do ponto de vista de sua estrutura, pode ser pura, quando é constituída com o fim precípua e exclusivo de exercer o controle de uma ou mais sociedades, ou mista, quando possui outra atividade, além de exercer a função de controladora de outras sociedades.

Quanto ao modo de exercício do controle, a lei não faz distinção. Por isso, o mesmo tratamento jurídico é dado tanto ao controle vertical ou em cadeia (*a catena*) como ao horizontal ou estrelar (*stellare*) e ao misto, que resulta da combinação dos dois anteriores.

No controle vertical, uma sociedade é controladora de outra que, de sua vez, controla outra e assim sucessivamente, de tal forma que, tirando o primeiro (controladora) e o último (controlada) dos anéis que compõem essa corrente, todos os outros são formados por sociedades controladas e, ao mesmo tempo, controladoras. No controle horizontal, uma única sociedade controla outra ou várias outras que não possuem entre si nenhuma participação societária ou, se a possuírem, não é relevante para fins de influir nas deliberações de qualquer das demais.

491. Outras formas de controle

O Código Civil não considera, para caracterizar a coligação de controle entre sociedades, outras formas de controle decorrentes de relações de capital (*interna corporis*), como o que resulta de *acordos de acionistas ou de quotistas*, dos quais pode advir dominação de uma sociedade sobre outra, mesmo sem a primeira possuir, por si, ou por suas controladas, a titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem a preponderância nas deliberações sociais daquela em cujo capital possua participação minoritária. Ocorrendo essa situação, penso que as regras sobre coligação de sociedades por vínculo de controle são a ela aplicáveis, já que a situação fática é em tudo e por tudo semelhante àquela visada pela lei e, no que diz respeito à sociedade anônima, encontra-se expressamente contemplada no conceito de acionista controlador (Lei 6.404/1976, art. 116).

Afora isso, há formas de controle de uma sociedade relativamente a outra ou outras, como já se adiantou nos comentários ao artigo anterior, que não decorrem de vínculos societários, mas

A *holding*, do ponto de vista de ser pura, quando é constituída por uma ou mais sociedades, ou mista, com outra atividade, além de exercer o controle de outras sociedades. No modo de exercício do controle, pode ser vertical (controle de uma sociedade para com outra) e o último (controle de uma sociedade para com todas as demais) e ao misto, que resulta da combinação dos dois anteriores.

Vertical, uma sociedade é controladora, de sua vez, controla outra e assim sucessivamente, de tal forma que, tirando a controladora e o último (controlado) que compõem essa corrente, os demais são formados por sociedades que, ao mesmo tempo, controladoras e controladas. Horizontal, uma única sociedade controla várias outras que não possuem participação societária ou, se não, o que é relevante para fins de influir nas decisões de qualquer das demais.

Formas de controle

O Código Civil não considera, para caracterização de controle entre sociedades, os controles decorrentes de relações (interna corporis), como o que ocorre nos casos de *de acionistas ou de quotistas*, em que há dominação de uma sociedade, mesmo sem a primeira possuir as controladas, a titularidade de controle é o que lhe assegurem a preponderância nas decisões sociais daquela em que há participação minoritária. Na situação, penso que as regras aplicáveis às sociedades por vínculo de controle são aplicáveis, já que a situação é a mesma e por tudo semelhante àquela em que se diz respeito à sociedade controlada, no que diz respeito à sociedade controladora, não se expressamente contemplado no caso de acionista controlador (Lei 6.404/1976, art. 251, § 2.º, p. 116).

Há formas de controle de uma sociedade para com outra ou outras, como se vê nos comentários ao artigo anterior, em que se trata de vínculos societários, mas

de fatores externos, que não exigem a qualidade de sócio ou de membro de qualquer órgão diretivo das sociedades controladas. Esse controle externo é exercido em decorrência de relações jurídicas contratuais entre empresas.

É o que se dá, por exemplo, quando uma empresa detentora de marca famosa, celebra com outras, com o fito de distribuição no mercado, a fabricação ou a comercialização de seus produtos por meio de contratos de franquia, de concessão comercial, de distribuição ou de representação comercial. Em virtude da intensidade do vínculo, notadamente quando há exigência de exclusividade de aprovisionamento e observância de critérios padronizados de conduta, a franqueada, a concessionária, a distribuidora ou a representante ficam à mercê dos interesses da franqueadora, concedente, produtora ou representada. Não tendo alternativas para discutir as ordens dessas últimas, aquelas sucumbem numa tal dependência econômica que passam a operar como suas verdadeiras filiais, fiéis e obedientes cumpridoras de todas as orientações que lhes sejam assim impostas, mesmo quando contrárias aos seus fins sociais. A direção central conferida, nessas situações, à sociedade-fonte para o fim específico de colocação de seus produtos ou serviços no mercado, forma uma rede de distribuição entre as sociedades por elas dispostas, isto é, uma unidade econômica de empresas integradas, montada sem qualquer vínculo de coligação ou controle interno, mas com efeitos semelhantes, decorrentes das relações de contrato ajustadas para o escoamento dos referidos serviços ou produtos.

492. Subsidiária integral

A controladora, como se viu, pode deter o poder de controle sem necessidade de possuir participação majoritária no capital social de sua controlada. A lei, contudo, releva uma situação especial, que é a de uma sociedade controladora possuir a totalidade das ações que compõem o capital de uma companhia.

Nesse caso, a controladora precisa ser uma *sociedade brasileira*, tal como definida no art. 1.126, isto é, uma sociedade que seja constituída sob as leis brasileiras e que, independentemente da nacionalidade de seus sócios, tenha sede e administração no Brasil. Essa sociedade pode

se revestir de qualquer dos tipos de sociedade permitidos, mas a sua controlada será sempre e necessariamente uma companhia ou sociedade anônima.

A permissão para uma sociedade possuir a totalidade das ações de uma companhia introduziu, no direito interno brasileiro, a sociedade unipessoal (*one man corporation*, isto é, sociedade anônima de um único sócio) por formação originária. As de formação derivada (constituídas por dois ou mais sócios, mas reduzidas à unipessoalidade durante sua existência jurídica) já eram encontradas na prática comercial e chanceladas, indiretamente, por algumas disposições do ordenamento jurídico nacional, como tive oportunidade de lembrar nas minhas *Lições de direito societário* (v. 1, n. 141, p. 325-328).

A própria controlada pode assumir a condição de subsidiária integral quando sua controladora, não possuindo a totalidade das ações, deliberar fazê-lo por simples operação de aquisição junto aos acionistas titulares das ações restantes (Lei 6.404/1976, art. 251, § 2.º) ou por incorporação dessas ações, observadas, nessa alternativa, as disposições do art. 252 da mesma Lei.

Sobre a impropriedade do termo "incorporação" nesse contexto, deve-se concordar com Fran Martins quando diz que "o legislador empregou mal a palavra *incorporação*, conhecida (e a própria lei afirma isso, no art. 227, § 3.º) como uma operação em que a sociedade incorporada se extingue, sendo sucedida pela incorporadora, o que não acontece com a incorporação de ações de uma sociedade anônima ao patrimônio de uma outra para considerá-la subsidiária integral" (*Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 3, n. 1.069, p. 315). Ver, também, do autor, *Lições de direito societário*, I, n. 142, p. 295-296.

493. Regime jurídico peculiar

O Código Civil definiu o controle entre sociedades e ficou nisso; nada dispôs a respeito do tratamento que lhe deve ser dado nem cuidou dos efeitos dele resultantes. Ora, como valorou o fenômeno, é intuitivo que foi para dar-lhe o tratamento próprio, como ocorre noutros países e entre nós com as disposições da Lei das Sociedades

por Ações, principalmente para a proteção dos sócios e dos credores das sociedades envolvidas. Limitou-se o legislador de 2002 a estabelecer que “lei especial disporá sobre as informações que acompanharão o balanço patrimonial em caso de sociedades coligadas” (CC, art. 1.188, parágrafo único).

Na falta dessa lei especial, é mais uma vez a Lei das Sociedades por Ações que colmata a lacuna. Havendo situação de subordinação de uma ou mais sociedades em relação a outras por relações de capital, tenham elas o tipo que tiverem, devem ser aplicadas as disposições da referida lei.

Isso significa, em primeiro lugar, estender a todas as sociedades controladoras de sociedades cujo capital não é dividido em ações a aplicação dos preceitos que definem os deveres e as responsabilidades do acionista ou sócio controlador (Lei 6.404/1976, arts. 116 e 117, exceto seu art. 116-A, porque relativo às companhias abertas).

Em segundo lugar, as sociedades controladoras devem ajustar-se às disposições dos arts. 243 a 250 da referida Lei. Assim, obriga-se a controladora a:

a) elaborar um relatório anual da administração, como o exigido para as companhias, para nele relacionar os seus investimentos nas sociedades controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício (Lei das S.A., art. 243);

b) acrescentar às suas contas de final de exercício, ou, mais especificamente, inserir no seu balanço de resultado econômico (CC, art. 1.179) as notas explicativas, próprias das demonstrações financeiras das sociedades por ações, para nelas esclarecer os investimentos relevantes com informações precisas sobre as sociedades por ela controladas, com observância do contido no art. 247 daquela Lei;

c) fazer figurar em seu balanço patrimonial (CC, art. 1.179) os investimentos nas controladas, avaliados pelo método de equivalência patrimonial, com observância das condicionantes do art. 248 da mesma Lei, na redação que lhe deu a Lei 11.941/2009;

d) eliminar a participação recíproca excedente do limite legal nos 180 dias seguintes

à aprovação do balanço em que for verificada (CC, art. 1.101).

Os administradores das sociedades envolvidas nas coligações de controle, por outro lado, não podem, em prejuízo daquela que administram, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responderem pelos danos decorrentes da violação dessa norma de conduta (Lei das S.A., art. 245).

De sua vez, também a sociedade controladora é obrigada a reparar os danos que causar à sua controlada por atos que desatendam as obrigações dela como sócia controladora (art. 246 combinado com os arts. 116 e 117 da mencionada Lei).

O fato de existir o controle, por outro lado, não implica surgimento de nenhuma responsabilidade subsidiária ou solidária pelo cumprimento das obrigações que cada qual das sociedades envolvidas assumir no giro normal das operações sociais. A responsabilidade é individual de cada qual delas. Isso não quer dizer, porém, que não possa existir, em casos específicos, a responsabilidade de uma por atos da outra, em solidariedade ou não; essa responsabilidade pode ser ajustada em relações de contrato, decorrer do próprio tipo societário considerado ou, ainda, de atuação conjunta no mercado, como já observado no n. 488 *supra*.

A Lei 12.846/2013 criou a responsabilidade solidária entre controladoras e controladas pela reparação integral do dano causado à Administração Pública em razão da prática de atos ilícitos contra a Administração Pública nela definidos (art. 3.º, § 2.º), quebrando, assim, a regra de autonomia patrimonial entre as sociedades participantes do controle.

Regras especiais existem, também, em caso de incorporação de sociedade controlada pela controladora, igualmente aplicáveis em caso de cisão com versão parcial do patrimônio da sociedade cindida em outra já existente (cisão com incorporação), consoante as disposições do art. 264 e parágrafos da Lei 6.404/1976.

Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

COMENTÁRIOS

494. A coligação em sentido estrito

Se uma sociedade detém participação relevante no capital social de outra sociedade, sem, contudo, ser sua controladora, há coligação em sentido estrito ou coligação simples, que se costuma chamar, também, de participação qualificada (JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES. *Participações qualificadas e domínio conjunto*, p. 32 e ss.).

O artigo sob análise reproduz o conceito de sociedade coligada que estava contido na redação primitiva do art. 243 da Lei das Sociedades por Ações, denominando-a, também, de filiada. Com o devido respeito, o termo “filiada” é inadequado para bem definir a coligação simples, eis que sugere a ideia de dependência, de subordinação de uma sociedade em relação a outra, que não é pressuposto para caracterizá-la. A redação desse dispositivo está truncada e se apresenta redundante porque “do capital da outra” é locução que podia ser eliminada sem nenhum prejuízo. Ao que tudo indica, pretendeu o legislador referir-se a capital votante, mas o texto não revela essa exigência, só dedutível na comparação com o artigo subsequente (CC, art. 1.100).

O Projeto de Lei 6.960/2002 tinha proposto nova redação a esse artigo para enfatizar a filiação, eliminando do atual enunciado a palavra “coligadas”. Posteriormente, sugestões do Centro de Estudos de Sociedades de Advogados levaram à proposta de supressão do vocábulo “filiadas” para o texto definir como “coligadas”, apenas, as sociedades que têm participação de 10% ou mais do capital de outra, sem deter seu controle (Projeto de Lei 7.160/2002, da Câmara dos Deputados) – o que eliminaria a impropriedade técnica atual do dispositivo. Mas o Congresso Nacional, como visto, não chegou a apreciar a matéria.

A atual redação do art. 243 da Lei 6.404/1976 trouxe novo conceito de coligação para as companhias, distinto do enunciado no artigo sob exame (n. 486 *supra*). Esse conceito, embora

genérico, restringe-se, consoante a ressalva prevista no art. 46 da Lei 11.941/2009, aos propósitos previstos na lei acionária, visto que, nos termos do parágrafo único deste mesmo artigo, “para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”. A má redação da norma não explica, porém, o que pretendeu dizer com os “propósitos” de uma e de outra dessas disposições legislativas, nem esclarece o que se deve entender por “leis especiais”, visto que a matéria de coligação é tratada nesses dois diplomas legais e não há como imaginar uma coligação para propósitos tributários, penais etc. De todo modo, pode-se concluir que nas coligações entre duas ou mais companhias, aplica-se a regra do anonimato e que naquelas que não contem com a participação de uma sociedade por ações, vigora a disposição codificada.

A questão está em determinar qual a regra aplicável quando a coligação for entre uma ou mais sociedades acionárias e outra ou outras de tipos diferentes. Aí, segundo penso, deve-se entender que, quando a sociedade por ações for a investidora, aplica-se a regra da Lei das S. A., eis que é para a elaboração de suas demonstrações contábeis que faz sentido o conceito de coligação. Essa conclusão atrai a aplicação da mesma norma para as denominadas sociedades de grande porte, tenham o tipo que tiverem, por força da regra contida no art. 3.º da Lei 11.638/2007. Já se a coligação resultar da participação de uma sociedade contratual (não de grande porte) em uma ou mais sociedades por ações, vigora a regra do art. 1.099 do Código Civil, à qual são dedicados estes comentários.

Para que uma sociedade tenha outra por coligada – ou, impropriamente, por filiada – é necessário, portanto, que nesta possua uma participação igual ou superior a dez por cento do capital social, mas que não a controle. Isso significa, como bem observou Fran Martins, “que a participação no capital da coligada pode

balanço em que for verificada

radores das sociedades envolvidas de controle, por outro lado, prejuízo daquela que administra a sociedade coligada, controladora umprindo-lhes zelar para que re as sociedades, se houver, obres estritamente comutativas ou compensatório adequado, sobrem pelos danos decorrentes a norma de conduta (Lei das

também a sociedade controladora a reparar os danos que causar a por atos que desatendam as como sócia controladora (art. com os arts. 116 e 117 da men-

istir o controle, por outro lado, gimento de nenhuma responsabilidade ou solidária pelo cumprimento das obrigações que cada qual das lvidas assumir no giro normal ciais. A responsabilidade é inqual delas. Isso não quer dizer, ossa existir, em casos especificidade de uma por atos da outra, e ou não; essa responsabilidade a em relações de contrato, detipo societário considerado ou, o conjunta no mercado, como n. 488 *supra*.

13 criou a responsabilidade controladoras e controladas integral do dano causado à ública em razão da prática de a a Administração Pública nela o, § 2.º), quebrando, assim, a nia patrimonial entre as sociedades do controle.

ciais existem, também, em caso de sociedade controlada pela qualmente aplicáveis em caso rsão parcial do patrimônio da la em outra já existente (cisão o), consoante as disposições do atos da Lei 6.404/1976.

ser mesmo superior a 50 por cento, limite usual para que uma sociedade obtenha o controle da outra” (*Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 3, n. 1.036, p. 255), mas insuficiente para o exercício do controle. É o que se dá quando tal participação compõe-se por ações sem voto ou com voto restrito, inábeis para assegurar ao seu titular a preponderância nas deliberações sociais. E não é só nas sociedades por ações que esse fenômeno acontece, pois uma sociedade limitada e, bem assim, quaisquer outras sociedades não anônimas, podem fixar percentual de deliberação superior a esse percentual, para uma gama de deliberações essenciais, inclusive para a designação ou a destituição de administradores, para alterações de certas cláusulas contratuais do ato constitutivo da sociedade etc. Aliás, recorde-se que, para o controle pleno das deliberações sociais na sociedade limitada é necessário o absurdo percentual de 3/4 do capital social, por força do que está disposto, v.g., no art. 1.076, I, do Código Civil.

Por outro lado, pode existir controle com percentual inferior a 50% do capital social, o que já é mais do que a coligação simples, como observado nos comentários ao art. 1.098 (n. 490 *supra*). Daí a exigência de que, para que tal coligação se configure, o percentual de participação de uma sociedade em outra seja de, no mínimo, dez por cento do capital social, sem a existência de controle. Participação inferior torna-se irrelevante, salvo se, dado o número de sócios abstenentes ou de quotas em tesouraria, caracterizar-se uma hipótese rara, mas possível, de controle (n. 496 *infra*).

495. Regime jurídico da coligação

Também aqui o Código limitou-se a definir o fenômeno da coligação simples sem traçar o regime jurídico a que está subordinada, só ressaltando as exigências de lei especial sobre informações que devam acompanhar o balanço patrimonial das coligadas (CC, art. 1.188, parágrafo único). Suprem-lhe essa lacuna as disposições correspondentes da Lei do Anonimato que, de resto, tratam-na de modo muito semelhante ao da situação de controle.

Havendo coligação entre sociedades, ou seja, possuindo uma sociedade uma participação igual ou superior a dez por cento do capital

social de outra sociedade sem ser sua controladora (uma participação qualificada, portanto), deve esta última cumprir as determinações já indicadas no n. 489, com as adaptações necessárias, a saber:

e) elaborar um relatório anual da administração, como o exigido para as companhias, para nele relacionar os seus investimentos nas sociedades coligadas ou filiadas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício (Lei das S.A., art. 243);

f) acrescentar às suas contas de final de exercício, ou, mais especificamente, inserir no seu balanço de resultado econômico (CC, art. 1.179) as notas explicativas, próprias das demonstrações financeiras das sociedades por ações, para nelas esclarecer os investimentos relevantes com informações precisas sobre as sociedades coligadas e suas relações com ela, observadas as disposições do art. 247 da referida Lei (na redação que lhe deu a Lei 11.941/2009);

g) fazer figurar esses investimentos em seu balanço patrimonial (CC, art. 1.179), avaliados pelo método da equivalência patrimonial, quando se tratar de coligada sobre cuja administração tenha influência significativa ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social, segundo os critérios do art. 248 da mesma Lei (na redação que lhe deu a Lei 11.941/2009);

h) eliminar a participação recíproca excedente do limite legal, nos 180 dias seguintes à aprovação do balanço em que for verificada (CC, art. 1.101).

Os administradores da sociedade que possui participação em coligadas ou filiadas, igualmente não podem favorecer estas em prejuízo daquela que administram, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responderem pelos danos daí decorrentes (Lei das S.A., art. 245).

Não havendo controle na coligação simples, não há previsão de responsabilidade da sociedade participante do capital da outra por danos que esta venha a sofrer em decorrência de *infração* às normas que devem orientar o controlador, como ocorre nos casos de coligação de controle.

No entanto, para ressarcir danos resultantes da prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, assim definidos pela Lei 12.846/2013, foi estabelecida a responsabilidade solidária das sociedades coligadas (art. 3.º, § 2.º), o que é um exacerbado absurdo. De qualquer forma, não se tratando de sociedade simples, em nome coletivo ou em comandita, não se pode responsabilizar um sócio (a coligada que detém a participação em outra) da sociedade, tenham estas a origem que tiverem. Quebrar o regime jurídico societário

Art. 1.100. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de 10% (dez por cento) do capital com direito de voto.

COMENTÁRIOS

496. Participação reduzida

Esta é a terceira hipótese de coligação prevista pelo Código. A norma está mal redigida porque não é a sociedade que é de simples participação: o que o texto quer dizer é que há simples participação quando uma sociedade possui percentual inferior a 10% do capital votante de outra.

O enunciado supõe, evidentemente, a inexistência de controle porque, como observado anteriormente (n. 494 *supra*), embora difícil de se verificar, na prática é possível que uma sociedade, mesmo com percentual reduzido de participação no capital social de outra, detenha, em caráter permanente, o predomínio de sua vontade nas suas deliberações sociais. É verdade que o fenômeno já foi observado em grandes companhias multinacionais, mas não me parece verificável nos demais tipos societários, ditos contratuais.

Já Berle e Means haviam chamado a atenção da comunidade jurídica e econômica mundial para a existência do que chamaram de controle minoritário, que existe “quando um indivíduo ou pequeno grupo possui uma participação em ações suficiente para estar em condições de dominar uma empresa por meio de sua participação em ações. Muitas vezes se diz que esse grupo tem um *controle operacional* da companhia. Em geral, esse controle se baseia

rio quando se tratar de sociedade sócia, sem que isto se dê em relação ao sócio pessoa natural, é ofender o princípio da isonomia constitucional. De qualquer modo, não obstante a inconstitucionalidade, a única interpretação possível para essa regra seria a de limitar seu alcance à coligação de que trata a Lei das Sociedades por Ações, para atingir, apenas, a sociedade que tem participação significativa em outra, capaz de influir nas suas decisões de política financeira ou operacional (Lei 6.404/1976, art. 243, § 4º).

em sua capacidade de atrair procurações dos proprietários dispersos que, quando combinadas à sua participação minoritária substancial, são suficientes para controlar a maioria dos votos nas eleições anuais. Inversamente, isso significa que nenhum outro volume de ações é suficientemente grande para funcionar como um núcleo em torno do qual seja possível reunir a maioria dos votos” (*A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*, p. 92). Os mesmos autores, noutra passagem da mesma obra, lembram que o maior acionista da *Pennsylvania Railroad* possuía, apenas, 0,34% do total de suas ações e o segundo – 0,2% –, enquanto as ações conjuntas dos vinte maiores acionistas somavam apenas 2,7% do total (*A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*, p. 94). Sobre o assunto, ver, também, Fábio K. Comparato, *O poder de controle da sociedade anônima*, n. 14, p. 47.

Observe-se que o artigo refere-se à participação do capital com direito de voto, o que significa que pode haver uma participação superior a 10%, embora o percentual votante seja inferior.

Nas sociedades não sujeitas ao regime da Lei do Anonimato, todas as participações asseguram voto; não existem sócios não votantes, embora possam existir quotas com direito de voto suspenso (em tesouraria, por exemplo). Por isso, a menção a capital votante só tem relevância em

situações excepcionais e, igualmente, quando se tratar de uma sociedade por ações.

É importante ponderar, de todo modo, que, havendo participações votante e não votante que, somadas, ultrapassem 10% do capital social, há coligação pelas regras do Código e a sociedade sujeita-se ao disposto no art. 1.099, bem como à respectiva disciplina.

497. Regime jurídico

Se uma sociedade participa de outra sem exercer o controle e com percentual inferior a 10% do respectivo capital social, não está sujeita a nenhum regime peculiar; a lei não estabelece qualquer previsão especial e ela não precisa observar as regras que determinam seja esse investimento declarado em balanço consoante as exigências do art. 243 da Lei do Anonimato

estatuídas para cumprimento pelas sociedades em situação de controle ou de coligação simples.

No entanto, ainda assim, não se trata de participação que se deva ignorar, eis que, diferentemente do que ocorre com o sócio pessoa natural, pode verificar-se uma *participação recíproca*, que é vedada, independentemente do percentual de participação no capital social, se ultrapassar o limite das reservas livres (CC, art. 1.101).

No tocante às sociedades por ações, em matéria de participação recíproca, incidem as disposições que lhes são próprias e que serão objeto de consideração nos comentários ao artigo seguinte (n. 498 *infra*).

Afora essa situação específica, a relação da sociedade sócia perante a sociedade de que participa nas condições aqui narradas é igual àquela de qualquer outro sócio.

Art. 1.101. Salvo disposição especial de lei, a sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.

Parágrafo único. Aprovado o balanço em que se verifique ter sido excedido esse limite, a sociedade não poderá exercer o direito de voto correspondente às ações ou quotas em excesso, as quais devem ser alienadas nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes àquela aprovação.

COMENTÁRIOS

498. A questão da participação recíproca no regime anterior

A participação recíproca conviveu entre nós sem nenhum tratamento especial até o advento da Lei 6.404/1976, embora minudentemente regulada e só excepcionalmente admitida noutras legislações.

A Lei 19.550, de 30.03.1984, que regula as Sociedades Comerciais na República Argentina, por exemplo, considera nula a constituição de sociedades ou o aumento do seu capital mediante participações recíprocas, mesmo por interposta pessoa, apenando com responsabilidade ilimitada e solidária os fundadores ou diretores que violem a proibição e determinando a redução do capital social no prazo de três meses da ocorrência, sob pena de dis-

solução de pleno direito. Admite que a controlada participe do capital da controladora, desde que o faça por montante não superior às suas reservas, exceto a legal (art. 32). A seu turno, o Código das Sociedades Comerciais de Portugal, Dec.-lei 262, de 02.09.1986, admite as participações recíprocas até que "ambas as participações atinjam 10% do capital da participada". Ultrapassado esse limite percentual, não há nulidade, mas a sociedade adquirente não pode exercer os direitos inerentes às quotas ou ações da parte excedente, sendo responsabilizados os administradores "pelos prejuízos que a sociedade venha sofrer com a criação e manutenção de tal situação" (art. 485). Dentre outras legislações, regulam a participação recíproca, ainda, a lei alemã de 1965, que a permite, mas obriga ambas as sociedades a informar o montante dessas participações e as modifica-

umprimento pelas sociedades de controle ou de coligação simples. Ainda assim, não se trata de paridade, eis que, diferentemente com o sócio pessoa natural, uma participação recíproca, que idênticamente do percentual de capital social, se ultrapassar os limites livres (CC, art. 1.101).

As sociedades por ações, em participação recíproca, incidem as mesmas regras próprias e que serão abordadas nos comentários ao art. 1.101 (infra).

Em relação específica, a relação a ser estabelecida perante a sociedade de que se trata aqui narradas é igual à do outro sócio.

o sócio não pode participar do balanço, ao das

que não ter sido excedido o limite correspondente às regras do art. 180 (cento e oitenta)

direito. Admite que a controladora, o capital da controladora, ou o montante não superior ao permitido a legal (art. 32). A Lei das Sociedades Comerciais de 1986, de 02.09.1986, admite a participação recíproca até que "ambas as sociedades tenham em 10% do capital da controladora, salvo quando configuradas situações semelhantes àquelas em que a lei autoriza a aquisição das próprias ações (art. 244). Ou seja, a participação recíproca em percentual igual ou superior a 10% do capital de qualquer das sociedades envolvidas restou proibida, mas foi ressalvada a possibilidade de sua ocorrência quando resultante:

ações sobrevividas (§ 328); a Lei de Sociedades francesa 66-537, que impede uma sociedade de possuir ações de outra que possua uma fração de seu capital superior a dez por cento (arts. 358 e 359); o Código Civil italiano, que veda a aquisição, pela sociedade controlada, de ações ou quotas de sua controladora ou a subscrição ou aumento de seu capital com tais ações, a não ser com importâncias retiradas das reservas, exceto a legal, perdendo o direito de voto a participação assim havida (art. 2.359-bis e 2.360); o *Company's Act* de 1948, que admite com restrições (seções 27 e 54) etc.

A preocupação com as participações recíprocas entre sociedades justifica-se porque, do ponto de vista econômico, essas participações se anulam, reduzindo o valor real do capital de ambas as sociedades; do ponto de vista político, há o problema do exercício do direito de voto, que se pode desvirtuar nos casos de participações acentuadas no capital de uma e de outra. Por isso, quando admitidas tais participações, leis mais recentes, se não exigem a eliminação desse fenômeno, buscam regular eventuais distorções dele decorrentes. (Sobre o assunto, Fran Martins, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 3, n. 1.040, p. 261-262.)

Enquanto não existente regulamentação a respeito da participação recíproca em nosso sistema jurídico, a doutrina nacional abraçou o entendimento de ser lícita a participação de uma sociedade no capital da outra e vice-versa, salvo se dessa participação resultar a insolvência de uma delas em detrimento dos credores sociais (Arnold Wald, *Das participações recíprocas de sociedades comerciais no direito brasileiro*, RDM 4/11).

No entanto, com o advento da Lei 6.404/1976, a situação mudou. Ficou vedada a participação recíproca entre sociedades coligadas, salvo quando configuradas situações semelhantes àquelas em que a lei autoriza a aquisição das próprias ações (art. 244). Ou seja, a participação recíproca em percentual igual ou superior a 10% do capital de qualquer das sociedades envolvidas restou proibida, mas foi ressalvada a possibilidade de sua ocorrência quando resultante:

(i) de operações de resgate, de reembolso ou de amortização de ações previstas em lei;

(ii) de aquisição de ações, para permanência em tesouraria, ou cancelamento, havidas com recursos do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social;

(iii) de doação; e

(iv) de compra por preço inferior ou igual ao restituível, quando deliberada a redução do capital social mediante restituição de parte do valor das ações (art. 30, § 1.º, da mesma Lei).

Mesmo nessas hipóteses, segundo a mesma lei, as participações assim verificadas deviam respeitar o montante dos lucros e reservas. Se estes, por qualquer motivo, sofressem redução, a sociedade controlada era obrigada a, nos seis meses subsequentes, alienar as ações ou quotas de participação recíproca excedentes do respectivo montante já reduzido (art. 244, § 4.º).

Regulou-se, também, a participação recíproca indireta, ou seja, a decorrente de operações que acarretam, mas não visam buscá-la, como as de fusão, incorporação, cisão ou de aquisição de controle de sociedades. Isso ocorrendo, foi imposta a alienação de todas as ações ou quotas de participação recíproca no prazo de um ano. Em caso de controle, a obrigação de alienação recaiu sobre as ações ou quotas possuídas pela controladora; em se cuidando de coligação, tal obrigação era de alienar o lote de quotas ou de ações de aquisição mais recente ou, se da mesma data, de menor porcentagem do capital social (art. 244, § 5.º).

De qualquer modo, nos casos de participação recíproca permitida, as ações ou quotas do capital da controladora, de propriedade da controladora, ficaram privadas do direito de voto (art. 244, § 2.º).

Estatuiu-se, ainda, a responsabilidade civil solidária dos administradores pela inobservância da proibição, com a equiparação da operação, para efeitos penais, à de aquisição ilegal das próprias ações (art. 244, § 6.º).

Por último, o art. 265, § 2.º, da Lei 6.404/1976, disciplinou, com os mesmos critérios, a participação recíproca entre empresas do mesmo grupo societário.

Discussões surgiram a respeito da possibilidade de participação recíproca entre sociedades não anônimas, logo superadas ao entendimento de que as disposições da Lei das Sociedades

por Ações, nessa parte, possuíam caráter geral. Polêmica igual instalou-se na apreciação da participação recíproca nos casos de coligação simples, amplamente admitida por alguns doutrinadores (Jorge Lobo, *Grupo de sociedades*, n. 42, p. 105), mas por outros limitada a percentual inferior a dez por cento do capital social de cada qual das sociedades envolvidas (Fran Martins, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 3, n. 1.041, p. 265).

499. A participação recíproca no Código Civil

O Código Civil de 2002 alterou o regime vigente, pois, de um lado, (i) passa a permitir a participação recíproca até certo limite (qual seja o determinado pelo montante de suas reservas, exceto a legal); de outro (ii), proíbe, ultrapassado esse limite, qualquer sorte de participação recíproca, sem distinguir situações de controle ou de simples coligação.

É certo que a regra do art. 1.100 ressalva a possibilidade de lei especial dispor em contrário. Como a Lei das Sociedades por Ações dispõe diversamente, forçoso é admitir que as disposições sobre participações recíprocas, contidas no seu art. 244 e parágrafos, continuam em vigor. Porém, elas só podem ser aplicadas às sociedades por ações e, não mais, às outras sociedades, empresárias ou simples.

Explicando melhor: apesar da regra do art. 1.100 do Código Civil, continua vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas (Lei 6.404/1976, art. 244), ainda que tal participação não ultrapasse o montante das reservas livres. Não pode a companhia, portanto, manter participação recíproca com outra sociedade de mesmo tipo ou de tipo distinto, a não ser que decorra de aquisição resultante de operações assemelhadas à compra das próprias ações, de fusão, incorporação, cisão ou aquisição de controle, nas condições autorizadas pelos arts. 30 e 244, § 5.º, de sua lei de regência, com as restrições previstas nos demais parágrafos desse último preceito legal.

A nova previsão aplica-se às sociedades por ações tão somente no ponto em que veda a participação recíproca para além dos casos de coligação simples e controle. Aplica-se, porém, por inteiro, às participações recíprocas entre sociedades não anônimas, como seria o caso de

duas sociedades limitadas, de uma limitada e de uma sociedade em nome coletivo etc.

Questão interessante é a de definir se, ao estabelecer a faculdade de uma participação recíproca até o montante das reservas, a nova norma impõe essa limitação a qualquer das sociedades envolvidas com essa situação ou se a uma delas, apenas. Para resolver essa questão é preciso considerar, antes de tudo, que não há restrição à participação de uma sociedade no capital de outra; a vedação só incide quando ambas as sociedades passam a ser sócias entre si. A proibição da participação recíproca ou a autorização para que esta se verifique até um determinado limite não afasta, portanto, a possibilidade da existência e permanência dos vínculos de controle que possam existir entre sociedades controladoras e controladas. Dito de outro modo, a participação recíproca, que a lei visa regular, só surge quando, além de uma sociedade participar de outra com qualquer percentual, sua sócia também participa do seu capital social. Por isso, quando há controle, a participação da controlada no capital da controladora deve ater-se às reservas livres; quando não há o controle de uma em relação à outra, é de se aplicar a solução do art. 244, § 5.º, da Lei das Sociedades por Ações (alienação) e verificar o limite relativamente às quotas de aquisição mais recente ou, se da mesma data, das que representem menor porcentagem do capital social.

Apesar de não haver qualquer distinção legal, é de se concluir que a previsão quer evitar que uma sociedade, que já seja sócia de outra, tenha esta como sua sócia em montante superior ao das reservas livres.

O Projeto de Lei 7.160/2002, já referido, propunha nova redação a este artigo para ajustá-lo às disposições do art. 244 da Lei das Sociedades por Ações, dando tratamento uniforme à matéria e ampliando o campo de sua incidência para abranger qualquer participação recíproca, independentemente de coligação ou controle.

500. Verificação da limitação e consequência de sua não observância

O limite de participação recíproca é verificado por ocasião da aprovação das contas de cada exercício social. Acusando o balanço uma

s limitadas, de uma limitada e de em nome coletivo etc.

interessante é a de definir se, ao invés de uma participação recíproca das reservas, a nova norma trata a qualquer das sociedades nessa situação ou se a uma delas, resolver essa questão é preciso resolver de tudo, que não há restrição de uma sociedade no capital de outro sócio quando ambas as sociedades são sócias entre si. A proibição de participação recíproca para sociedades até um determinado limite não exclui a possibilidade da existência dos vínculos de controle que existem entre sociedades controladoras e controladas. De outro modo, a participação recíproca prevista na lei visa regular, só surge quando a sociedade participa de outra companhia, sua sócia também participa de outra sociedade. Por isso, quando há participação recíproca da controlada no capital da controladora, deve atender-se às reservas livres; o controle de uma em relação à outra aplica-se a solução do art. 244, § 1º, Lei das Sociedades por Ações (alienação) e não relativamente às quotas de controle recente ou, se da mesma data, a quem tem menor porcentagem do capital.

Não há qualquer distinção que inclua que a previsão quer evitar a participação recíproca, que já seja sócia de outra, ou não, sua sócia em montante superior ou inferior às reservas livres.

7.160/2002, já referido, propõe a alteração deste artigo para ajustá-lo às disposições do art. 244 da Lei das Sociedades por Ações, dando-lhe o tratamento uniforme à matéria em todo o campo de sua incidência, seja para participação recíproca, seja para participação de coligação ou controle.

da limitação e consequência da observância

A participação recíproca é verificada na aprovação das contas de balanço. Acusando o balanço uma

participação recíproca superior ao das reservas livres de uma sociedade considerada, deve ser promovida a alienação (eliminação) do excesso das quotas ou ações que ela possuir de sua sócia, no curso dos 180 dias subsequentes. Enquanto essa alienação não ocorrer, a sociedade não poderá exercer o direito de voto correspondente às referidas quotas ou ações.

Assim, a participação recíproca, nos termos do Código Civil, é permitida a qualquer sociedade não anônima, desde que observe o limite das reservas disponíveis. Pode essa participação recíproca resultar de cisão, de incorporação, de fusão ou, ainda, de subscrição de ações ou quotas oriundas de aumentos de capital da sociedade de que ela seja sócia, sem que daí resulte a obrigação de aliená-las, salvo se o montante dessa participação ultrapassar o valor das reservas, exceto a legal.

As ações ou quotas decorrentes da participação recíproca, enquanto respeitado o limite das

reservas livres, asseguram à sociedade todos os direitos inerentes à qualidade de sócia, inclusive o de voto, sem restrições.

Se a participação recíproca envolver sociedade anônima, nesta será tratada segundo as regras da Lei das Sociedades por Ações, porém sem ficar contida às situações de coligação simples e de controle; na sociedade não anônima de que a primeira seja sócia, serão observadas as regras do dispositivo ora analisado.

O Código Civil não faz distinção entre participação recíproca simples (que se dá entre sociedades independentes entre si) e participação recíproca qualificada (que se estabelece entre sociedade dominante e dependente), prevendo tratamento unitário para qualquer situação. (Sobre participações recíprocas simples e qualificadas, ver, por todos, José Augusto Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades*, p. 423 e ss.)