

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA
MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA,
FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA,
GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C.
SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO,
LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, MAURO
BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CAR-
VALHOSA, NELSON ABRAO, OSCAR BARRETO FILHO,
PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL
NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO,
RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE
FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓ-
PHILO AZEREDO SANTOS.

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Secretário:

JOSÉ PAULO COUTINHO DE ARRUDA

Editor:

ARNALDO MALHEIROS FILHO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

RT Editora
Revista dos Tribunais Ltda.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772
01501 — São Paulo, SP.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

SOCIEDADES COLIGADAS E CONSÓRCIOS *

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES

Tal como se testemunhou, após a Revolução de 1789, a desagregação das desatualizadas estruturas jurídicas comerciais, próprias de economia artesanal, e a elaboração de uma nova dogmática afeiçãoada ao capitalismo industrial, observa-se agora o desafio de combinações econômicas inéditas, próprias do capitalismo de concorrência imperfeita e de duplo setor, a exigir formas e normas jurídicas que lhes assegurem condições de funcionamento regular.

Dentre esses fenômenos novos, cabe especial referência aos *processos de concentração empresarial*, já que a economia contemporânea se caracteriza por ser um capitalismo de grandes unidades, sendo o teatro de um poderoso e multiforme agrupamento de empresas e de fatores de produção.

Escolhemos para tema de nossa palestra o instrumental jurídico convocado para realizar esse movimento concentracionista.¹

Cumprе advertir, porém, que, como delimitação de nossa análise, excluimos de cogitação os conceitos, por exemplo, de *trustes* e de *cartéis*, que dizem respeito a realidades econômicas patológicas. O conceito econômico de *truste* traduz, via de regra, um poder dominante

de indivíduos ou sociedades sobre o mercado, conduzido por via de práticas monopolísticas. Os *cartéis* representam acordos entre produtores de bens determinados que visam ao domínio do mercado e ao afastamento da livre concorrência na ordem econômica. São figuras de concentração empresarial, que levam a excessos prejudiciais, e são objetos das leis repressivas antitrustes.

Limitaremos aqui a abordar apenas as formas não abusivas de concentração empresarial, que estão a implorar tessitura e moldura necessárias ao seu funcionamento regular dentro da estrutura legal do País, como as chamadas sociedades coligadas, sociedades controladoras e controladas, os consórcios etc.

I — Vejamos inicialmente as sociedades coligadas e as sociedades controladoras e controladas. Embora não reguladas ainda pelo Direito Positivo, o Direito brasileiro faz várias referências, diretas ou indiretas, ainda que vagas, às ditas uniões de empresas. A Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei n. 2.627, de 1940), no art. 135, § 2.º, *in fine*, cogita do assunto episodicamente ao determinar que os diretores, no seu relatório de balanço de exercício, deverão dar informações precisas sobre a situação das *sociedades controladas ou coligadas*.

Leis de natureza tributária também fazem referência a essas figuras. Assim, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 58.400, de 10.5.1966) *não admite como despesa operacional*, para determinação do lucro tributável, os *royalties* e as importâncias pagas a título de assistência técnica a

* Comentários ao Capítulo VIII, Subtítulo II, Título II, Livro II, do Anteprojeto de Código Civil de 1972.

1. Palestras proferidas nos dias 23 e 27.4.1973, na Câmara Municipal de São Paulo, em prosseguimento ao "Curso de Extensão Universitária", organizado pela Associação dos Advogados de São Paulo, segundo apanhamento taquigráfico da Seção de Taquigrafia da Câmara Municipal, revisto pelo autor.

empresas que tenham *controle* acionário ou administrativo das empresas (art. 174, parágrafo único, "d", n. II; art. 176, § 2.º, "b"). E no art. 322, parágrafo único, diz que as firmas ou sociedades coligadas, bem como as controladoras e controladas, deverão apresentar declaração em separado quanto ao resultado da sua atividade. Por outro lado, o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (Decreto n. 70.162, de 18.2.1972) cuida do problema, se bem que indiretamente, pois, embora sem falar em sociedades coligadas ou controladas, ao tratar da base de incidência do tributo, diz que o valor tributável não poderá ser inferior ao preço no mercado atacadista da praça do remetente, quando o produto for remetido a estabelecimentos que qualifica de *interdependentes*, caracterizadores de um *controle* deste por aquele, tal como definidos no § 5.º do seu art. 23.

A Lei n. 4.137, de 10.9.1962, que regulou a repressão ao abuso do poder econômico, capitulou, entre formas de abuso, a coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas (art. 1.º, n. I, "c"), a concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas (art. 1.º, n. I, "d") e a acumulação da direção, administração ou gerência de mais de uma empresa (art. 1.º, n. I, "e"). Tais normas, é claro, somente se opõem às condições societárias que arrola, quando estas se realizam com o fim de impedir ou dificultar a concorrência e para o efeito de aumento arbitrário de lucros, elementos indispensáveis para que desencadeie a repressão.

Por fim a chamada Lei de Reforma Bancária (Lei n. 4.595, de 31.12.1964), sem fazer expressa menção às empresas coligadas, veda às instituições financeiras e concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas de que participem com mais de 10% do seu capital, cominando penalidades aos diretores ou gerentes das entidades que violarem essa regra (art. 43).

Essas variadas referências legais pressupõem já perfeitamente extremados os conceitos de sociedades coligadas ou controladas, donde a dificuldade de aplicação prática dos referidos comandos. Torna-se portanto imperioso que o jurista passe a lapidar essas noções imprecisas. O que é uma sociedade *coligada* sob a perspectiva do Direito? Ou uma sociedade controlada?

Diz Ascarelli que, no Direito italiano, a origem da expressão *societade coligada* se encontra numa monografia de Messineo publicada em 1932, em Pádua, sob o título *Società Collegate*, que cuidava apenas da figura da *societade em cadeia*, que é uma espécie sobremodo particularizada da sociedade coligada, e ocorre quando uma sociedade constitui outra entregando-lhe, para a formação de seu capital, uma parte de suas próprias ações, e recebendo, em troca, ações da nova sociedade em número superior à metade do seu total. Dois anos depois, Vittorio Salandra tentaria, em seu livro *Il Diritto delle Unioni di Impresi (Consorti e Gruppi)*, sistematizar a nova realidade, formulando-lhe a dogmática. Preocupando-se em encontrar um elemento comum a todas as *uniões de empresas*, supôs encontrá-lo no fato de constituírem, em todas as suas formas, a constituição de uma organização coletiva entre *empresas que*

conservam a própria individualidade jurídica, tendo por objeto a disciplina total ou parcial das suas atividades econômicas. Nessa ordem de idéias, extraiu o *conceito unitário* que almejava: "as uniões de empresas seriam vínculos jurídicos estáveis, voluntários ou compulsórios, a que, aqueles que exercem uma atividade econômica que tenha caráter de empresa, se submetem no interesse comum, e cujo *objeto* consiste na disciplina total ou parcial, por via de uma organização coletiva, da referida atividade, que vem sendo exercitada individualmente".

Como adverte Ascarelli a conceituação unitária de Salandra, sendo sobremodo genérica, não serve para distinguir fenômenos particularizados como, por exemplo, os consórcios e os grupos de empresas, que apresentam entre si notáveis afinidades do ponto-de-vista econômico (são ambos hipóteses de uniões de empresas), sobre serem, sob outros aspectos, fenômenos tão diversos. Que falar então sobre as formas intermediárias de transição entre um e outro fenômeno? Na verdade, mais do que procurar um conceito genérico, que abarque todas as formas de concentração de empresas, há que se procurar, ao menos num primeiro estágio, definir figuras ou espécies isoladas mais simples para, numa segunda ou terceira etapa, desafiar hipóteses mais complexas. Como tarefa preliminar, talvez caiba fazer a análise da coligação e do controle entre empresas.

Via de regra utiliza-se do vocábulo *coligação* para indicar o gênero, do qual o *controle*, seria espécie, o que quer dizer que, havendo controle, haverá coligação, embora possa haver coligação, sem que

exista controle. Lexicamente, coligação (do latim *colligatio*) significa aliança de várias pessoas. No entender de Ascarelli, haverá coligação quando uma sociedade for sócia de outra. A insuficiência do traço característico é patente, pois bastaria que uma sociedade fosse titular de uma parcela, ainda que mínima, do capital de outra, para que se verificasse a *coligação*. Ora, coligação existe, por certo, em empresas vinculadas por qualquer participação acionária, ainda que irrisória, mas para falar em empresas coligadas, sob o ângulo do Direito, é preciso a ocorrência de um *plus*. Na verdade, a participação somente produzirá uma *situação nova*, interessando ao Direito, quando as empresas, assim unidas, se submetem, como frisa Salandra em sua definição acima mencionada ao interesse comum das empresas vinculadas, disciplinando suas mútuas atividades, mercê a constituição de uma organização coletiva que as abranja. Essa organização coletiva de suas mútuas atividades pode ser obtida, certamente, através do controle do capital da sociedade participada pela empresa participante. Mas pode também ser lograda, à margem de qualquer participação financeira, através da chamada *união pessoal*, freqüente nos grupos financeiros. Imaginem que os grandes acionistas das várias sociedades sejam os mesmos: dispondo eles do poder de prover os órgãos diretivos de todas elas, escolhem pessoas afinadas por um mesmo pensamento, obtendo, assim, uma gestão uniforme e unitária (*unidade de gestão*).

Segundo Darcy Bessone, podemos resumir a questão dizendo que, independentemente da participação no capital social, quando as sociedades estão dispostas em um mesmo

plano, mas com comando substancialmente unificado, a despeito da autonomia formal ou simplesmente aparente das mesmas, estamos perante *sociedades coligadas*. A *paridade* e a *reciprocidade* são os traços encontrados na espécie. Quando porém, as sociedades estão dispostas em planos diferentes, uma em posição verticalmente inferior a outra, e com comando unificado, ditado pela empresa hierarquicamente superior, estamos perante *sociedades controladas* e *sociedades controladoras*. Passa-se do terreno da reciprocidade, ou da paridade, para o da *hierarquia*.

Nessa tentativa de procurar extrair as noções de sociedades coligadas e controladas, bem como de outras formas de cooperação de empresas, especial referência deve ser feita à Lei das Sociedades por Ações alemã, de 6.9.1965, onde se encontra a mais detalhada taxonomia das formas de cooperação de empresas consagrada em um texto de lei.

O legislador germânico começa por definir as *empresas coligadas* como *genus*: são empresas coligadas aquelas que, sendo juridicamente autônomas, constituem, em relação entre si, empresas controladas e controladoras, empresas dependentes e dominantes, empresas pertencentes a um grupo, empresas com participação recíproca e empresas participantes de um contrato inter-empresarial. Como se vê, para o Direito Positivo alemão, a distinção acima feita entre controle e coligação não é acolhida, já que a coligação produz tanto relação vertical, hierárquica, como suscita relação horizontal, recíproca e paritária. Haverá coligação, quando a vinculação, estabelecida entre as empresas, der ensejo a situações

novas, previstas em lei como *species* de coligação.

A primeira espécie de sociedade coligada surge quando uma empresa participa majoritariamente do capital social (ou detém o capital votante) de outra empresa, que por sua vez se mantém juridicamente independente. A empresa participante é a *empresa controladora*; a empresa participada é a *empresa controlada*.

Por outro lado, são consideradas *empresas dependentes* aquelas sobre as quais uma outra empresa (*dominante*) pode exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante. É claro que uma empresa controlada mediante participação financeira majoritária se presume dependente da empresa que detém a participação majoritária. Um conceito, no entanto, não implica no outro.

Quando uma empresa dominante e uma ou mais empresas dependentes se reúnem sob a direção unitária da empresa dominante, forma-se o que se chama de *grupo de sociedades* (*Konzern*), e as empresas que o compõem são denominadas de *empresas de grupo* (*Konzernunternehmen*). Advirta-se que formam igualmente um *grupo* as empresas que, juridicamente autônomas, e a que falta qualquer relação de dependência, estão no entanto reunidas sob uma direção única, como é o caso de união pessoal de empresas atrás descrita.

São também empresas coligadas as chamadas *empresas de participação recíproca* (*Wechselseitig beteiligte Unternehmen*), isto é, empresas que têm, cada uma, mais de 25% do capital da outra, dando azo a uma situação nova, com inéditas consequências no campo jurídico. É claro que se uma das empresas de

participação recíproca detiver uma participação majoritária da outra, ou exercer direta ou indiretamente uma influência dominante sobre a outra, a primeira deverá ser considerada empresa dominante e a segunda empresa dependente.

Por fim, são ainda empresas coligadas as *empresas vinculadas por contratos empresariais* previstos em lei, tais como contrato de dominação, contrato de cessão de lucros, contrato de união e comunhão de lucros e contrato de arrendamento de estabelecimentos comerciais. O *contrato de dominação* é um convênio entre partes, pelo qual uma sociedade anônima submete sua direção a uma outra empresa. Intimamente ligado ao contrato de domínio, encontramos o *contrato de cessão de lucros*, pelo qual uma empresa se compromete a ceder a outra empresa, integral ou parcialmente, os seus lucros. Pelo *contrato de união e comunhão de lucros*, uma empresa assume a obrigação de juntar os seus lucros, ou os lucros auferidos por um ou outro de seus estabelecimentos, para a distribuição de um lucro comum, constituída dessa maneira. Pelo *contrato de arrendamento de estabelecimentos comerciais*, uma empresa arrenda, parcial ou totalmente, seus estabelecimentos comerciais a outra empresa.

Quanto a esses contratos inter-empresariais, por darem ensejo a situações de dominação e dependência entre as empresas assim coligadas, que podem não só trazer vantagens para as empresas, como podem também constituir um perigo tanto para a empresa dominada como para os acionistas que sejam alheios à vinculação contraída, e até para os credores sociais, a lei se vale de várias medidas de proteção à socie-

dade, aos credores sociais e aos acionistas, tais como: a) obrigação de comunicar formalmente uma participação maior do que 25% de uma empresa em outra à empresa participada (§§ 20 e 21); b) tratando-se de situações de dominação e dependência, ou de cessão de lucros, é prevista sua formalização mediante contrato escrito (§§ 291 e 292); c) os contratos inter-empresariais só se tornam eficazes se aprovados pela assembléia geral dos acionistas, com votos que representem pelo menos 75% do capital votante (§ 293); d) ademais, deverão ser objeto de publicidade mediante inscrição no Registro do Comércio, sob pena de ineficácia jurídica (§ 294); e) os acionistas dissidentes, por suas vezes, poderão exigir uma vantagem patrimonial (*Abfindung*), que pode consistir na aquisição de suas ações (direito de recesso), na troca de ações da companhia dominada em ações da dominadora em uma relação justa, ou em uma determinada participação de lucros anualmente avaliados, devendo neste caso ser levada em consideração a evolução dos lucros da empresa dominada, e suas perspectivas de lucro, no futuro, a par com um índice razoável de depreciação, mas sem a constituição de reserva livre (§§ 304 e 305); f) responsabilidade da sociedade dominante, de seus órgãos e representantes legais, pela gestão e pelas diretrizes dadas à sociedade dependente (§ 310); g) finalmente, os credores da sociedade dependente, com créditos existentes antes da inscrição do contrato, poderão exigir que se lhes preste garantia adicional, a menos que a sociedade dominante se constitua em fiadora dos mesmos (§ 303).

Esse leque de garantias envolvendo os contratos entre empresas, que compreende todo o Livro Terceiro

da nova lei do anonimato alemã, § 291 *usque* 338, e aqui resumidas da forma a mais lacônica, traduz a inquietação do legislador em face dessas combinações societárias e das formas jurídicas utilizadas, que via de regra não correspondem à substância que se propõem revestir.

Com efeito, a *forma jurídica*, nas coligações e controles societários, não corresponde à substância que se propõe revestir, porque, se formalmente as sociedades se apresentam autônomas, substancialmente elas se integram, formando um *grupo*. Em vista disso, Messineo viu na sociedade controlada uma *simulação*, tendo por objeto menos o ato constitutivo do que os efeitos da sociedade, porque, embora existindo a sociedade, os efeitos dela seriam fictícios, já que a *sociedade-filha*, sem liberdade real de movimentos, constituiria apenas uma projeção ilusória da *sociedade-mãe*, faltando-lhe, em suma, vontade própria. Ascarelli, ao invés de simulação, fala em *negócio indireto*, que ocorre quando as partes recorrem a um determinado tipo de negócio jurídico, não para alcançarem o escopo que lhe é peculiar, mas, sim, para obterem resultados que normalmente não são próprios da estrutura jurídica adotada. Especialmente na *holding* pura, a sociedade, assumindo um papel puramente financeiro, não se destina a exercer atividade própria nenhuma.

Ademais, a separação *formal* dos patrimônios e das responsabilidades das sociedades coligadas, ou controladoras e controladas, constitui também fonte de graves problemas, posto que, *substancialmente*, os patrimônios pertencem a um mesmo grupo, que os governa de modo uniforme e unitário. Isto significa que os resultados positivos aprovei-

tam ao grupo, que, não obstante, podem, mediante certos arranjos, subtrair-se aos riscos e às perdas, pois, em face de terceiros, as sociedades ligadas têm autonomia patrimonial, não repercutindo no patrimônio de uma sociedade as responsabilidades assumidas pelas demais. A posição das coligadas e das controladoras é, assim, mais segura do que a dos sócios solidários, que respondem pelas dívidas sociais e se submetem aos efeitos da falência da sociedade.

Problema também relevante é o da *proteção à minoria*, em face dos expedientes que estamos analisando. A sociedade controladora pode sacrificar os interesses da minoria da sociedade controlada, por efeito de deliberações da maioria, inatacáveis do ponto-de-vista formal, mas inspiradas pelos próprios interesses da controladora.

Louvável assim a pormenorizada tentativa de disciplina das formas de concentração empresarial, e respectivas garantias para a sociedade, os credores sociais e os acionistas minoritários, empreendida pelo gênio discriminador do legislador alemão.

Inspirado talvez nesse modelo tedesco, e procurando se situar, como se diz na Exposição de Motivos, "perante as condições sócio-econômicas vigentes", o Anteprojeto de Código Civil, recentemente enviado pelo Executivo ao Congresso, dedica o Capítulo VIII do Livro II, relativo à Atividade Negocial, às *sociedades ligadas* (o projetista evita a palavra *coligadas*, talvez pela reciprocidade que o prefixo sugere, mais própria das sociedades vinculadas por participação recíproca). Extremamente mais tímido (ou mais prudente, se quiserem), o projeto se limita às hipóteses de *vin-*

culação de capital entre empresas, não abordando os casos de sociedades ligadas por união pessoal, ou por contratos interempresariais.

Tal como no paradigma germânico, o autor do anteprojeto define as sociedades ligadas como *genus*: consideram-se ligadas, diz o art. 1.287, as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação.

São *sociedades controladas* aquelas de cujo capital a *sociedade controladora* possua ações ou cotas que lhe assegurem a maioria votante daquelas. São sociedades controladas, inclusive, aquelas cujo capital votante esteja majoritariamente com as controladas por outra sociedade. Trata-se de um *controle em cadeia* de sociedades em cadeia.

Diz-se *filiada* a sociedade de cujo capital outra sociedade participa, à razão superior a 10%, mas sem adquirir o *poder de controle*.

Seria *sociedade de simples participação* aquela de cujo capital outra sociedade possui fração igual ou inferior a 10%.

Essas conceituações são passíveis de críticas. Não se pode limitar o controle e a coligação apenas às hipóteses de vinculação financeira. O Regulamento do Imposto de Renda, por exemplo, fala em "controle direto e indireto de empresas", a sugerir mais do que controle por relações de capital. De resto, o controle financeiro de uma sociedade por outra não exige que a sociedade controladora detenha a maioria do capital votante da sociedade controlada. É sabido que se pode deter o "poder de controle" de uma sociedade, com fração às vezes inferior a 10%, se pulverizados os títulos de participação no mercado de capital.

Mas o que mais se lamenta nesse capítulo é a inexistência de qualquer

medida de proteção à minoria acionária e aos credores sociais. Sem tais armas, o capítulo das definições restou ineficaz.

Curioso no Anteprojeto é o comando relativo às *sociedades de participação recíproca*: art. 1.291 e parágrafo. Até o momento são plenamente admissíveis, em nosso Direito, as participações recíprocas entre várias empresas, se bem que haja alguns pronunciamentos de ordem fiscal estabelecendo restrições a *empréstimos* realizados entre sociedades coligadas que participem reciprocamente de seus capitais. Ver, por exemplo, o Parecer Normativo n. 241, de 11.3.1971. A participação recíproca pode, no entanto, servir a manobras de empresas que pretendem diluir o seu capital, utilizando a participação recíproca como meio de fraudar credores e de garantir a permanência de diretorias sustentadas pelo jogo de participações cruzadas. Nesse sentido, vem-se observando, em várias legislações, tendência de taxativa e explicitamente proibir a participação recíproca de várias empresas desde que a mesma alcance uma determinada proporção (10%, diz a lei francesa sobre sociedades comerciais de 24.7.1966, arts. 358 e 359), ou mesmo independentemente da importância de qualquer percentual de participação (como é o caso do CC italiano, arts. 2.359 e 2.360).

O autor do Anteprojeto encontrou uma solução engenhosa, que obvia o inconveniente da diluição ou irreabilidade do capital social de que comumente se incrimina nas sociedades com participação recíproca. Diz o projeto que a sociedade não pode participar de outra, que já seja sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal (e

acrescentaríamos: e a de correção monetária). Quando houver sido excedido o limite, a sociedade participante não poderá exercer o direito de voto correspondente ao excesso, devendo as ações ou cotas em excesso serem alienadas dentro dos seis meses seguintes à aprovação do balanço em que verificou ter sido excedido o limite.

Outro ponto em que o Anteprojeto merece ser criticado é a ausência de menção aos contratos interempresariais. Se é verdade que certos contratos entre empresas, previstos na lei alemã, nos espantam, como o contrato de dominação e o contrato de cessão de lucro,² e que talvez não viessem preencher exigência prática de nosso meio, se transplantados para o nosso País, o contrato de arrendamento de esta-

2. O contrato de cessão de lucros (*Gewinnabfuhrungsvertrag*), previsto na lei alemã, através do qual uma empresa se compromete a ceder a outra empresa, integral ou parcialmente, os seus lucros, poderia, por exemplo, sanar o problema dos empréstimos de disponibilidades financeiras entre sociedades coligadas, na área do imposto de renda. Como se sabe, o Parecer Normativo C.S.T. n. 241, de 11.3.1971, estabeleceu a regra de que duas ou mais sociedades ligadas, em que uma delas detenha parte das demais, ou em que cada uma possua ações ou cotas de capital das outras, são "participantes nos lucros entre si", de sorte que, em consequência, os empréstimos que façam umas às outras deverão preencher os requisitos dos ns. I, II e III, da letra "g", do art. 251 do Regulamento do Imposto de Renda, sob pena de serem caracterizados como distribuição disfarçada de lucros. Os requisitos a que se refere aqui são os seguintes: I) os empréstimos deverão revestir forma escrita; II) estabelecer as condições de juros, deságios, indexação ou correção monetária, semelhantes aos empréstimos onerosos tomados pela pessoa jurídica; III) ser resgatados no prazo máximo de três anos. É óbvio que tais exigências impedem que empresas coligadas se socorram financeiramente.

belecimento comercial e o contrato de consórcio estão a implorar urgente disciplina legal, mormente o último.³

II — Com efeito, a elaboração científica do contrato de consórcio é particularmente oportuna, no momento em que se cuida, em nosso País, da reforma do Direito Privado, pois o pacto consorcial é uma dessas combinações econômicas que estão a reclamar a atenção do legislador, tais e tantos são os problemas que a sua indefinição vem suscitando na prática.

A expressão, de resto, não é desconhecida do legislador brasileiro, e a encontramos mencionada em vários diplomas legais. Assim, a Lei

3. A locação do imóvel destinado a fins comerciais, bem como a locação conjunta de imóveis com suas instalações e implementos (caso de hotéis, cinemas, engenhos, máquinas de beneficiamento, salinas) são, como se sabe, objeto de proteção por parte do Decreto n. 24.150, de 1934. Hipótese, porém, bem diversa é a do arrendamento do estabelecimento já organizado e em funcionamento, do qual o imóvel, ou o imóvel e os bens que o guarnecem, constituem um, ou alguns, dos elementos que formam o complexo unitário denominado estabelecimento ou fazenda mercantil. Nesse caso, o arrendatário não cria o supervalor que se espelha no aviamento, objeto da proteção da Lei de Luvas, mas tem a obrigação de continuar a exploração, de modo a conservar íntegro esse valor e impedir a perda ou dispersão da clientela. Embora tenha a jurisprudência se orientado no sentido de reconhecer ao cessionário do estabelecimento direito à renovação do contrato de locação do imóvel, não estendeu tal direito ao arrendatário do negócio, o que é incongruente. Tais desencontros talvez pudessem ser sanados se se revestisse a figura contratual do arrendamento da casa comercial de tipicidade na lei brasileira, a modo do *affitto dell'azienda* do Direito italiano (CC, art. 1.615 e segs.) e da *location-gérance* do Direito francês (Decreto n. 874 de 1953), neste capítulo dos contratos interempresariais.

n. 4.137, de 10.9.1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, faz referência aos consórcios no seu art. 72, ao dizer que, a partir de sua vigência, o Departamento Nacional do Registro do Comércio e as Juntas Comerciais, ou órgãos correspondentes nos Estados, não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamentos de empresas — vale dizer, consórcios — bem como quaisquer alterações nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste a declaração do seu objeto, o capital de cada sócio, o nome e qualificação dos sócios, o local da sede, o prazo de duração "da sociedade", o número, espécie e valor das ações etc. Como se vê, pela Lei n. 4.137, o consórcio é tratado como se fora uma sociedade — e como sociedade aliás é expressamente chamado. Ora, no agrupamento de empresas, não há falar em sociedade consórtil, pois, mediante o consórcio, não se constitui uma nova pessoa jurídica. Ao contrário, no contrato de consórcio, as empresas se agregam umas às outras, preservando cada uma delas a sua individualidade jurídica própria. Diria mais: a peculiaridade do contrato consorcial repousa justamente nessa união, *sem relações de capital*, que as empresas realizam, sem prejuízo da intangibilidade da personalidade jurídica de cada uma. Constituísem as empresas unidas um consórcio em forma societária, dando nascimento a uma nova personalidade, o consórcio, pelo menos tal como o entendemos, em verdade desapareceria, dando lugar a uma nova sociedade comercial, simplesmente. Como diz Pontes de Miranda, que distingue os consórcios societários dos consórcios contratuais, "se foi esco-

lhida a estrutura societária, o consórcio é na verdade sociedade".

Curioso que a matéria relativa ao agrupamento ou consórcio de empresas (agora o legislador já fala em *consórcio*) voltou, logo depois, a ser objeto de referência no Direito Positivo brasileiro sob o mesmo ângulo, isto é, como estrutura societária. Refiro-me ao Decreto n. 57.651, de 19.1.1966, que regulamentou a Lei n. 4.726, de 13.7.1965, que dispõe sobre os serviços do registro do comércio em nossa pátria. No art. 48, ao enumerar os atos suscetíveis de arquivamento, inscreve "os atos de constituição de consórcios, ou de agrupamentos de empresas, suas alterações e dissoluções de ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas, ou interessadas no objeto da atividade ou exploração econômica" (inciso II, n. 5). Logo a seguir, o Regulamento em pauta se reporta expressamente ao art. 72 da Lei n. 4.137, acima citado e comentado, que dá ao consórcio de empresas configuração societária.

Encontraremos nova menção ao consórcio no Direito Positivo pátrio no art. 15 e §§ da Lei n. 4.728, de 14.7.1965, que disciplinou o mercado de capitais, onde se admite que as instituições financeiras (necessariamente sociedades anônimas, como se sabe) possam organizar consórcio para o fim especial de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado. Esse *consórcio* de entidades financeiras distribuidoras de títulos no mercado (feliz tradução do que os norte-americanos chamam de *underwriting syndicate*) tem nítida e exclusiva natureza contratual. "O consórcio — dispõe o § 2.º do referido art. 15 — será

regulado *por contrato*, que só entrará em vigor depois de registrado no Banco Central”.

Dando ao consórcio a estrutura de contrato não-societário entre empresas, e não lhe concedendo o tratamento de sociedade como equivocadamente o fizeram os diplomas legais que a precederam, a Lei n. 4.728 enfrentou, ademais, os problemas básicos que esses agrupamentos de empresas não-personificados suscitam: os problemas da *representação* e da *responsabilidade* dos consórcios. Assim, dispõe o texto em apreço que, do contrato consorcial, “constarão obrigatoriamente as condições e os limites de coobrigação de cada instituição participante”, de sorte que “a responsabilidade de cada uma das instituições participantes do consórcio será limitada ao montante do risco que assumir no instrumento de contrato”. Dispõe, ainda, que, do contrato de consórcio, deverão constar obrigatoriamente “a designação da instituição líder, e a outorga, a esta, de poderes de representação das demais participantes”.

Infelizmente, exceção feita a esses *underwriting syndicates*, beneficiados com uma expressa referência em lei, os demais consórcios de empresas padecem de omissão legal, que tolhe a sua capacidade de agir e cria um clima de suspicácia no tocante à responsabilidade grupal. Fora o consórcio uma sociedade (e já mostramos que não o é, e quando o é, não é consórcio), teria por certo plena capacidade de agir através dos seus *órgãos*, pois a personalidade lhe é concedida justamente para poder desenvolver a atividade jurídica necessária à realização do seu fim. Os participantes de um consórcio, porém, não ensejam uma coletividade autônoma dotada de

uma subjetividade jurídica própria, e, não a dotando, caberá aos participantes desse conjunto anorgânico de sujeitos, que consubstanciam o consórcio, o agir por si próprios, em ação coletiva. Sequer a outorga de poderes a um representante, adrede nomeado pelos membros do consórcio, para esse fim, contorna o problema. A própria precariedade da relação representativa, se cotejada com a relação orgânica, é por si suficiente para explicar a série de problemas *operacionais* que surge na vida de um consórcio à míngua de um órgão comum. Pois, se a um ato do consórcio, comparece um mandatário comum, aqueles que com ele se vinculam juridicamente não se tranqüilizam quanto à real extensão do mandato. Se comparecem pessoalmente os representantes legais das empresas consortes, dúvidas ainda subsistem sobre a configuração ou não de um ato em favor do consórcio como *ultra vires*.

Além do problema da representação do consórcio, há também a questão da responsabilidade. Como se sabe, no Direito brasileiro, quando concorrem na obrigação um só credor e um só devedor, ela é *única*, ainda que se convençione seu cumprimento parcelado. Contudo, uma dessas partes, ativa ou passiva, ou mesmo ambas, pode desdobrar-se em várias pessoas. Diz-se, nesse caso, que a obrigação é *múltipla*, constituindo-se de tantas obrigações distintas, quantas forem as pessoas dos devedores ou dos credores. Trata-se do *princípio da divisibilidade das obrigações*, consagrado no CC, art. 890. Por via de consequência, no ato de execução, cada credor não pode exigir senão a sua cota e cada devedor não responde senão pela *parte respectiva*. Ora, desdobrando-se, assim, rateadamente, a obriga-

ção ao número dos interessados que nela figuram, fragmentam-se, outrossim, entre eles, os respectivos benefícios e responsabilidades, o que dá certa inconsistência às obrigações subjetivamente coletivas, como as assumidas pelos consórcios não personificados. O princípio em referência sofre, é verdade, duas exceções: a da *indivisibilidade* e a da *solidariedade*. A indivisibilidade de certas obrigações advém *ex necessitate* da própria natureza da coisa objeto da prestação; a solidariedade surge ou por disposição de lei ou por vontade das partes expressa no título constitutivo da obrigação. Numa e noutra, embora concorram várias pessoas, cada credor tem direito de reclamar a prestação *por inteiro* e cada devedor de responder *pelo todo*. Nem sempre, porém, esbarra-se em uma prestação indivisível. Nem sempre, a divisibilidade da obrigação e a fragmentação do benefício e do ônus inerentes à relação obrigacional são contornáveis pela solidariedade convencional.

Com efeito, a dinâmica empresarial pode não permitir a conversão em instrumento *escrito* dos acordos de vontade, em virtude da velocidade requerida pelas transações comerciais. Ademais, a solidariedade, como se sabe, não se presume. Assim sendo, são freqüentes os dissídios entre os consórcios e pessoas que com eles tiveram relações comerciais, relacionados com o tema. Em construção civil, então, onde os consórcios são formados com o fim precípua de assumir obrigações múltiplas relacionadas com obras civis, é comum uma empresa consorciada inadimplente procurar eximir-se de uma determinada obrigação, sob o argumento de que essa prestação seria de responsabilidade de outra consorciada. Nesse ramo de atividade (onde, por sinal, os consórcios

são freqüentes), o problema ainda se agrava posto que, da construção, podem resultar responsabilidades várias, desde responsabilidade contratual pela execução da obra e responsabilidade legal pela solidez e segurança da construção, até responsabilidade ético-profissional pela perfeição da construção, responsabilidade por danos a terceiros etc.

Por essas e tantas outras razões, torna-se ponto urgente que o jurista passe a trabalhar esse novo campo, disciplinando o contrato interempresarial de consórcio como um contrato tipificado. Nesse sentido, trago à colação as soluções dadas pelos legisladores italiano e francês, que merecem ser refletidas.

O CC italiano, de 1942, disciplinou o que chama de “contrato de consórcio para a coordenação da produção e das trocas” nos arts. 2.602 *usque* 2.617 (16 artigos). Dando ao consórcio contextura contratual, a que é estranha a figura da sociedade, o legislador italiano resolve o problema da representação do organismo coletivo atribuindo ao consórcio condições para a constituição de um *órgão representativo*, inclusive com capacidade processual (ver art. 2.612, n. 4, e art. 2.613). Por outro lado, no que tange à questão da responsabilidade, permite a constituição de um *fundo consórtil* para responder pelas atividades do consórcio, estabelecendo outrossim a responsabilidade solidária e subsidiária das empresas consorciadas pelos atos realizados pelo agrupamento. E tudo isso sem atribuir ao consórcio assim formado personalidade jurídica.

Tal coisa foi possível na lei italiana, porque, dentro da dogmática civil peninsular, não se nega relevância jurídica ao que chamaríamos de *organizações de fato*, que, se não adquirem a personalidade jurídica

(relativamente a estas organizações não pode sequer falar-se duma personalidade atenuada ou reduzida), são todavia elevadas pela lei à categoria de *centros autônomos* de relações jurídicas. São as chamadas *associações não-reconhecidas*, disciplinadas pelos arts. 36 *usque* 42 do *Codice Civile*. Tais organizações têm uma *autonomia administrativa*, pois a alguns sujeitos, qualificados pelas suas posições na organização (administradores, componentes, presidente, diretores), é atribuído pela própria lei um poder de agir pelos outros (arts. 36, n. II, e 41, n. II); e existe sobretudo uma *autonomia patrimonial*, pois os bens do fundo constituem um patrimônio de destinação, preservado em relação aos sujeitos, que não têm nenhum direito próprio sobre o mesmo enquanto dura a afetação, e em relação aos seus credores pessoais, para os quais é intangível (arts. 37 e 41, n. I).

O legislador francês, através do *ordonnance* n. 67-821, de 23.9.1967, completado pelos Decretos ns. 68-109 e 68-630 decidiu abrir às empresas a possibilidade da criação de um tipo de *consórcio personalizado*, denominado "*agrupamento de interesse econômico*". Tal consórcio pode ser constituído por duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, para uma duração determinada, e goza de personalidade jurídica e plena capacidade desde que o seu ato constitutivo seja arquivado no Registro do Comércio (art. 3.º). Sua finalidade, segundo o diploma normativo, é "o agenciamento de todos os meios aptos a facilitar ou a desenvolver a atividade econômica de seus membros, a melhorar ou acrescer os resultados dessa atividade". No tocante à matéria de responsabilidade patrimonial, uma vez que o legislador admitiu a criação de *agrupamentos* sem capital, dis-

põe o art. 4.º que as obrigações gravam direta e *solidariamente* os patrimônios de seus membros.

Seja como for, personificando-as ou não, cumpre disciplinar essas organizações de empresas chamadas consórcios em nosso direito. Os exemplos trazidos a exame, provenientes de países com maior tradição jurídico-científica, podem estimular-nos a equacionar o problema, mormente quando o Anteprojeto de Código Civil, que veio reformular o Direito Privado pátrio, se encontra em vias de ser encaminhado ao Congresso Nacional, para se submeter às contribuições dos representantes do povo.

Concluamos. A rotina é louca, como os demônios do Evangelho. Tem cem caras e mil astúcias. Deve ser vencida; e só pode sê-lo por aqueles que, tendo-a olhado de frente e condenado, decidem dominá-la e conseguem vencê-la.⁴

4. O Banco Central do Brasil tem, nesse sentido, exibido uma notável ousadia, face à omissão dos poderes legislativos. Assim, através da Circular n. 126, de 1969, baixou regras relativas aos conglomerados financeiros, só autorizando a participação de instituições financeiras, exceto as de investimento, no capital de outras empresas financeiras quando se tratar de categoria diferente, que exerça atividades complementares ou subsidiárias às da participante do capital. De qualquer forma, "não são admitidas, sob nenhum pretexto, participações recíprocas de capital, nem interligações sucessivas. Vale dizer, que num conjunto de instituições financeiras que integram um mesmo "grupo econômico", só uma delas, a principal, poderá participar do capital das demais, não sendo admitida a participação sucessiva, alternada ou combinada de uma no capital de outra". Em 17.5.1973, através da Circular n. 206, o Banco Central veio admitir as interligações sucessivas, num conjunto de instituições financeiras que integrem um mesmo grupo econômico, somente nos casos em que essas interligações envolvam bancos comerciais e de investimento ou vice-versa.

SUGESTÕES SOBRE O ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

A exemplo do que já tem sido efetuado em números anteriores, divulgamos a seguir o texto de dois ofícios endereçados à Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, tecendo considerações e apontando sugestões de diversas entidades da classe empresarial paulista, reunidas sob a direção do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli e presidência do Prof. Philomeno J. da Costa, no caso presente, sobre temas das "Sociedades Cooperativas" e do "Contrato de Compra e Venda" no Anteprojeto.

Sociedades Cooperativas

"As Entidades Representativas da Classe Empresarial Paulista, a saber: Associação Comercial de São Paulo; Bolsa de Valores de São Paulo; Federação das Indústrias do Estado de São Paulo; Associação dos Bancos no Estado de São Paulo; Associação das Sociedades Corretoras de Valores e Câmbio do Estado de São Paulo; Sindicato dos Bancos no Estado de São Paulo e Sindicato das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização no Estado de São Paulo vêm estudando, sob a direção do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, o Anteprojeto do Código Civil, publicado no DOU de 7.8.1972, com vistas à matéria concernente às normas reguladoras do Direito empresarial.

Nestas condições, foi examinado, em Plenário, o relatório elaborado pelo Sr. Waldírio Bulgarelli, sobre "As Sociedades Cooperativas no Anteprojeto do Código Civil", cujas apreciações e sugestões aprovadas encaminhamos à douta Comissão Elaboradora e Revisora do CC, com o intuito de colaborar nos trabalhos que vêm sendo realizados.

De início, foi aprovado, unanimemente, pelos representantes das Entidades acima mencionadas, o aplauso do Sr. Relator à orientação seguida pelo Anteprojeto no trata-

mento às sociedades cooperativas, de maneira sucinta, consagrando apenas as partes essenciais desse tipo de sociedade, diferentemente, portanto, da orientação do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, que a regulava minudentemente.

Foi aprovada, também, unanimemente, a sugestão do Sr. Relator para a alteração da redação do *caput* do art. 1.284, uma vez que a inserção da palavra *princípios* como elemento caracterizador da sociedade cooperativa poderia dar margem a interpretação contraditória, pois ela tem significado próprio no sistema cooperativista. Em consequência, foi aprovada a seguinte redação para o *caput* do art. 1.284: "A sociedade cooperativa distingue-se das demais pelas seguintes características..."

Ainda no que respeita a redação do art. 1.284, n. I, foi aprovada sugestão para sua modificação, pois tal como está redigido — "variabilidade do capital social ou sua dispensa" — presta-se a interpretações diversas, não se sabendo a que se atribuir a dispensa, se ao capital ou a sua variabilidade. Isto porque, na verdade, refere-se o Anteprojeto à dispensa do capital social, em face da antiga existência das Caixas Rurais *Raiffeisen*, tipo de cooperativa de crédito rural que se constituía e funcionava sem capital.