*OBRA PÚBLICA — APROPRIAÇÃO — CONSÓRCIO CONSTRUTOR — PESSOAS JURÍDICAS*

*— A carga de obras deve ser atribuída a cada sociedade, embora entre ambas exista coligação.*

*— Não se admitem, na legislação brasileira, efeitos da coligação ou do controle de sociedades que não sejam previstos em lei.*

PARECER

1. Foi suscitada dúvida quanto à possibilidade ou impossibilidade de identificar, para fins de cálculo de apropriação de obras públicas, a firma *C. R. Almeida S.A. — Engenharia e Construções* com o *Consórcio Construtor Impregilo C. R. Almeida*, sociedade em nome coletivo destinada a realizar a construção das obras civis da barragem de São Simão, na qual a Impregilo (Impresit Girola Lodigiani S.p.A. de Milão) em 70% (setenta por cento) e a C. R. Almeida S.A. — Engenharia e Cons-

truções tem 30% (trinta por cento) do capital social.

2. Entendemos que, sendo ambas as empresas sociedades distintas, com personalidade jurídica própria, não pode haver qualquer identificação entre ambas as sociedades, cuja estrutura e cujo regime jurídico são diferentes, cabendo a cada uma das entidades direitos e obrigações de caráter próprio e inconfundível sem que, para qualquer fim, possa se atribuir a uma delas deveres, encargos, ônus ou restrições decorrentes da atividade da outra. Assim, como cada pessoa física responde pelos seus atos, não se comunicando nem mesmo no âmbito familiar, as obrigações e direitos, em virtude da individualização do patrimônio, também no tocante às pessoas jurídicas, as eventuais inter-relações ou participações não podem ensejar a imposição de restrição a uma empresa em virtude de sua vinculação com outra. Respondendo de modo específico e concreto à pergunta formulada, as obras de uma das empresas não podem ser apropriadas à outra ou computadas para fins administrativos ou para produzir qualquer outro efeito jurídico.

3. Efetivamente, o art. 20 do Código Civil vigente esclarece que:

"As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros."

Ora, de acordo com o art. 16 do mesmo diploma legal, *são pessoa jurídicas de direito privado as sociedades mercantis,* entre as quais se classificam as sociedades em nome coletivo e as sociedades anônimas. Assim sendo, se uma sociedade anônima for sócia de uma sociedade em nome coletivo, como ocorre na hipótese, ambas as entidades se distinguem para todos os fins, não podendo os direitos e obrigações da sociedade anônima (sócia do Consórcio Construtor — sociedade em nome coletivo) serem modificados ou onerados por qualquer atuação ou comportamento da sociedade em nome coletivo.

4. Interpretando o texto legal, o eminente autor do anteprojeto de Código Civil, Clóvis Bevilaqua, esclareceu com a sua habitaual clareza e concisão que:

*"A conseqüência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem.* Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra. Não há como lhes confundir a existência." (Bevilaqua, Clóvis. *Código Civil, dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 8.ª ed., Rio, Francisco Alves, 1949. vol. I, p. 239).

5. A determinação do Código e a lição de Clóvis Bevilaqua se aplicam, quer a sociedade seja composta de sócios pessoas físicas, quer pessoas jurídicas, pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazer qualquer diferenciação.

6. Não é só no direito civil que o princípio se firmou em termos candentes e inequívocos; o mesmo aconteceu no direito comercial. Assim, pondera Waldemar Ferreira, ilustre catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo que:

*"Os sócios, ainda que acionistas, não são a sociedade.* Formam-na, é certo. Desde que, porém, ela se constitui definitivamente, tanto pelo arquivamento, no registro do comércio competente, dos atos de sua incorporação, quanto pela autorização governamental de sua constituição ou funcionamento, quando necessária, ela se convola em pessoa jurídica de direito privado ...." (Ferreira, Waldemar, *Compêndio de sociedades mercantis*. 2.ª ed. Rio de Janeiro, 1942., vol. II, Sociedades Anônimas, p. 455, § 57).

Tanto a sociedade se distingue dos sócios como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo com responsabilidades ou sofrer desvantagens decorrentes da atuação da empresa da qual é um dos titulares, mas não o único.

7. O Professor Calogero Gangi definiu, com especial felicidade, a posição da pessoa jurídica em relação aos seus eventuais componentes e vice-versa, ao afirmar que:

*"A personalidade jurídica importa, em princípio, na distinção nítida, plena e absoluta entre os direitos, as obrigações e o patrimônio da entidade e os dos membros que a compõem, dos seus representantes e dos seus beneficiários.* (Gangi, Calogero. *Persone giuridiche*. 2.ª ed., Milão, 1948. capítulo XIII, n.º 171, p. 226):

8. A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que o separam de todos os demais e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato. Assim, quando a C. R. Almeida S.A. tornou-se sócia do Consórcio Construtor Impregilo — C. R. Almeida, ocorreu a criação de um novo sujeito de direito, cuja existência e atuação não devem afetar a personalidade da sociedade anônima que é sócia da sociedade em nome coletivo.

9. Acresce que, de acordo com o entendimento atualmente dominante, a pessoa jurídica deixou de ser uma ficção para transformar-se numa realidade social e jurídica, reconhecida pela lei e pelos tribunais. Do mesmo modo que a personalidade física corresponde à representação patrimonial do indivíduo, o grupo social encontra a sua forma adequada na pessoa jurídica. Como já tivemos o ensejo de escrever a respeito da matéria:

"Se todo direito subjetivo é um interesse socialmente protegido, devemos admitir que ao lado dos direitos individuais, que pertencem às pessoas físicas, existem também interesses sociais ou grupais que merecem a proteção legal e cujo sujeito deve ser um grupo social, ou seja, uma pessoa jurídica." (Wald, Arnoldo. *Curso de direito civil. Parte Geral*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1971. 3.ª ed., p. 187).

Reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (pessoas físicas ou jurídicas).

10. A mesma lição deflui dos ensinamentos do Professor Roberto de Ruggiero na sua obra didática, que já se tornou clássica, intitulada *Instituições de Direito Civil*, na qual o eminente mestre italiano afirma que as sociedades comerciais "constituem com relação a terceiros, entes coletivos distintos das pessoas dos sócios".

E acrescenta o Professor da Universidade Real de Roma que:

"é sempre verdadeiro que o fenômeno mais marcante a que dá lugar qualquer pessoa jurídica, isto é, o apresentar-se como entidade distinta capaz de obrigar-se e centralizar relações jurídicas se reflete nelas em toda a sua integridade..." (Ruggiero, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1971. vol. I, p. 408-9. Tradução da 6.ª ed. italiana).

11. Em certas matérias específicas como, por exemplo, no direito bancário e no direito fiscal, a legislação tem feito referência ao *grupo de sociedades*, assim como às *empresas coligadas*. Devemos salientar que se trata de normas recentes e de caráter excepcional de modo que a coligação de sociedade e a conceituação de grupo de sociedade só são admissíveis para fins de repercussão jurídica, nas hipóteses em que a lei lhes atribui determinados efeitos. No silência das normas escritas, não é possível reconhecer conseqüências *de jure* às vinculações entre empresas sob qualquer de suas formas (*holding*, participações recíprocas, etc. ...).

12. No caso específico, a sociedade anônima só possui 30% (trinta por cento) da sociedade em nome coletivo, sendo que a outra sócia possui 70% (setenta por cento), detendo, pois, evidentemente, o comando da empresa. Acresce que de acordo com os termos do contrato entre a CEMIG (Cen-

trais Elétricas de Minas Gerais S.A.) e o Consórcio Construtor Impregilo — C.R. Almeida, coube, explicitamente, à Impregilo o exercício da liderança, ou seja, o comando e a responsabilidade pela realização da obra. Nos termos do mencionado instrumento, o não-exercício da liderança pela Impregilo constitui até motivo de rescisão do contrato. Assim sendo, *a posição de C. R. Almeida S.A. no Consórcio Construtor Impregilo — C. R. Almeida é de*:

a) *sócio minoritário;*

b) *sem exercício da liderança que pertence ao outro sócio;*

c) *tendo o sócio majoritário mais do que o dobro capital do minoritário;*

d) *não havendo, outrossim, qualquer pulverização do capital que pertence na sua totalidade aos dois sócios* (Impregilo e C. R. Almeida S.A.).

13. Evidencia-se, assim, que C. R. Almeida S.A. não detém o controle da empresa em nome coletivo Consórcio Construtor Impregilo — C. R. Almeida, nem no tocante ao capital, nem em relação à direção, à administração e à chefia técnica dos trabalhos.

14. De acordo com a legislação, jurisprudência e a doutrina, o controle pressupõe o *comando acionário nas ações ou cotas com direito a voto*. Assim, por exemplo, a legislação bancária brasileira exige que pertençam necessariamente a brasileiros 2/3 (dois terços) das ações ordinárias e 51% (cinqüenta e um por cento) da totalidade do capital dos Bancos de Investimentos e sociedades de financiamentos. Do mesmo modo, os diretores ou administradores das corretores devem ser detentores de, no mínimo, 51% (cinqüenta e um por cento) das ações com direito a voto. Da mesma forma e conseqüentemente, as ações ao portador de instituições financeiras só podem ser as preferenciais. Assim sendo, quem detém menos de 1/3 (um terço) das cotas ou ações, evidentemente não possui o controle, especialmente quando existe outro sócio com cotas correspondentes a 70% (setenta por cento) do capital, como ocorre no presente caso.

15. No direito estrangeiro, que mais desenvolveu a regulamentação dos grupos de sociedade, foram estabelecidas determinadas restrições e incompatibilidade nas relações comerciais entre as sociedades *holding* e as filiais. Em recente estudo sobre a matéria, publicado na Suiça, Anne Petit Pierre Sauvin esclarece que "tais normas são aplicáveis quando *uma sociedade detém a maioria das ações de outra* (critério admitido praticamente em todos os países, menos a Noruega que exige uma maioria especial de dois terços) e ainda quando uma sociedade consegue assegurar-se, de qualquer modo, o controle (*domination*) de outra". O autor cita neste sentido o art. 2.359 do Código Civil Italiano, o art. 291 e os seguintes da lei alemã sobre sociedades de 1965 (*Aktiengesetz*), a seção 89 da lei norueguesa, o § 221, artigo 1.º da lei sueca e seção 154 do *Companies Act* inglês de 1948. Conclui o mencionado estudioso que existe, na realidade, um grupo quando ao controle acionário e ao conseqüente vínculo de subordinação da filial à *holding se* acresce uma direção única para ambas as sociedades. (Sauvin, Anne Petit Pierre. *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genebra, Librairie de l'Université Georg. 1972. p. 2-3).

16. Recente projeto de lei francês, que pretendeu conceituar as empresas matriz e filial, esclareceu no seu artigo 1.º que:

"Quand une société dispose sur une autre société d'une *influence lui permettant d'exercer dans celle-ci, directement ou indirectement, par des moyens de fait, le pouvoir de decision, la premiére est dite société dominante et la seconde société affiliée.*" Ver Faculté des Sciences Juridiques de Rennes. *Droit des Groupes de sociétes*. Paris, Librairies Techniques, 1972. p. 248).

17. Na doutrina latino-americana, o Professor Ferro Astray da Universidade de Montevidéu, tratou das *empresas controladas,* conceituando-as como aquelas que se caracterizam pela existência de hegemonia ou predomínio econômico de uma sociedade sobre outra, ao ponto de permitir a primeira de impor à segunda, obrigatoriamente, um determinado comportamento. Salienta o autor uruguaio que não há empresa controlada sem que sobre ela incida, na realidade, uma influência dominante da empresa controladora. (V. Ferro Astray, José A. *Empresas controladas* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961. p. 33 e seg.).

18. No presente caso, evidencia-se que inexiste qualquer controle de C. R. Almeida S.A. sobre o Consórcio Construtor Impregilo — C R Almeida, pelo fato de ser a sociedade anônima brasileira sócio minoritário na sociedade em nome coletivo, não exercer a lídença e não lhe ter sido atributa com exclusividade, função de direção. Embora representada na administração da sociedade em nome coletivo, *C. R. Almeida S.A. não exerce por si só a função de direção* e, no caso de empate em virtude de divergência entre os dois sócios, a decisão final caberá ao sócio Impregilo, sem prejuízo do eventual recurso a juízo arbitral, como deflui de modo inequívoco do contrato social da mencionada sociedade.

19. Assim sendo, podemos concluir que:

a) a carga de obras deve ser atribuída a cada sociedade, não podendo ser transferida de uma sociedade para outra, embora entre ambas exista coligação, pois cada uma tem a sua personalidade jurídica própria, não se confundindo nem se somando os respectivos direitos e obrigações;

b) não se admite, na legislação brasileira, efeitos da coligação ou do controle de sociedades que não sejam previstos pela lei, não podendo a administração criar normas específicas na matéria sem fundamento e amparo em norma de direito administrativo;

c) no caso concreto, evidencia-se que o consórcio Construtor Impregilo — C. R. Almeida não é controlado pela C. R. Almeida S.A., descabendo *a fortiori* a atribuição à sociedade anônima de obra do Consórcio, que não é controlado pela sociedade anônima e na qual esta não exerce a liderança, de acordo com o contrato social da referida empresa (Consórcio Construtor) e o contrato entre a Cemig e o Consórcio.

20. Acresce que o Consórcio não é um simples aglomerado de empresas, mas, uma empresa nova, devidamente registrada na Junta de Comércio com personalidade jurídica independente e próprio. Na realidade, contrariamente ao que indica o seu nome, não se trata de um Consórcio propriamente dito no qual cada consorciado mantém a sua personalidade jurídica e que, por este motivo, não teria personalidade jurídica própria, mas de uma sociedade em nome coletivo, organizada de acordo com os art. 315 e seguintes do Código Comercial e registrada na Junta de Comércio do Estado da Guanabara, que evidentemente e *ex vi legis* (art. 16, inciso II do Código Civil já citado) tem personalidade jurídica.

21. Finalmente, existe entendimento do DNER, em casos anteriores, no sentido de não computar, na carga de obras, as decorrentes de obras civis de barragem por não estarem dentro da competência específica do DNER.

22. Deste modo, descabe, pois, incluir na carga ou apropriação de obras da C. R. Almeida S.A. as obras civis de São Simão, pois:

I. *O Consórcio Construtor, sociedade em nome coletivo, devidamente registrado na Junta de Comércio, tem personalidade jurídica própria, pois, uma entidade totalmente distinta da sociedade anônima que é simples sócia da mesma;*

II. *Não se pode admitir que a Sociedade Anônima C. R. Almeida S.A. tenha*

*o controle do Consórcio Construtor, Impregilo — C. R. Almeida, pois:*

a) possui 30% (trinta por cento) das cotas quando a Impregilo detém 70% (setenta por cento);

b) a liderança é da Impregilo, que não a pode perder, sob pena de rescisão do contrato com a CEMIG e conseqüente dissolução da sociedade por falta de objeto, pois a única finalidade do Consórcio é a construção das obras civis de São Simo;

c) a Impregilo representa o Consórcio Construtor perante a CEMIG e as demais autoridades públicas competentes;

d) a direção da empresa não pertence, com exclusividade à C. R. Almeida S.A. e, no caso de divergência entre os sócios, predomina a vontade do grupo italiano (Impregilo);

III. Objetivamente, as obras civis da barragem não têm sido consideradas como deverão ser apropriadas para fins de cômputo de responsabilidade das firmas empreiteiras do DNER, conforme decisões anteriores do DNER.

Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1973. *Arnold Wald,* Advogado no Rio de Janeiro.

A 4.ª edição de **Organização e métodos** esgotou-se em 3 meses, mas a FGV já lançou a 2.ª tiragem.

Adquira logo nas livrarias **Organização e métodos** de Harry Miller, a última palavra em racionalização do trabalho.

Indispensável a industriais, técnicos, diretores e administradores.

Pedidos para a Fundação Getulio Vargas — Praia de Botafogo, 188 — C. P. 21.120 — ZC-05. Rio, GB.