

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO IVAN VASCONCELOS HOLLANDA

Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada

CURITIBA
2008

PEDRO IVAN VASCONCELOS HOLLANDA

Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada

Dissertação de Mestrado destinada à avaliação parcial do Mestrando Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO IVAN VASCONCELOS HOLLANDA

**OS GRUPOS SOCIETÁRIOS COMO SUPERAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL DA
SOCIEDADE COMERCIAL AUTÔNOMA, INDEPENDENTE E DOTADA DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

À Carolina, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Inúmeras são as pessoas que devo agradecer pela elaboração do presente trabalho. Desde as grandes amizades adquiridas nas aulas de mestrado, aos mais simples e variados personagens que contribuíram nos diversos momentos da elaboração deste estudo. Deixarei de citar os seus nomes pela eventual injustiça que possa cometer com aqueles cujo nome não lembrei. Mas aqueles que lerem esse agradecimento vão lembrar da colaboração prestada e saberão que guardarei eterna gratidão. Todos foram imprescindíveis para o resultado que ora se apresenta.

Há porém, algumas outras pessoas que merecem destaque especial, pois auxiliaram, e muito, na específica elaboração deste estudo, seja com suas orientações, sugestões, discussões, aulas, livros, textos, dentre inúmeras outras formas de contribuição. Ao Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, pela orientação direta e precisa, de quem tive o prazer de ser o último orientando antes de sua aposentadoria na Universidade Federal do Paraná. À Professora Márcia Carla Pereira Ribeiro, pela iniciação no tema dos grupos, ainda nos tempos da pós-graduação *lato sensu*. Ao Professor José Engrácia Antunes, que muitíssimo bem me recebeu na Universidade Católica do Porto e com quem tive frutífera e profunda discussão sobre a “teoria geral” dos grupos de sociedade, identificando-me com as razões pelas quais tanto estudei sobre os grupos. Ao Professor Diego Corapi, da *Facoltà di Giurisprudenza* da *Università di Roma “La Sapienza”*, que me orientou na pesquisa e me apresentou as novidades do Direito italiano.

Enfim, agradeço a todos que auxiliaram na elaboração deste estudo.

RESUMO

Este trabalho se destina ao estudo dos grupos societários como forma de superação do modelo tradicional da sociedade comercial isolada, dotada de autonomia, independência e responsabilidade limitada. Os grupos são a expressão da empresa plurissocietária contemporânea, derivada do concentracionismo empresarial de 2ª geração, da globalização econômica, da revolução tecnológica atual, das inovações institucionais ao desenvolvimento da economia, dentre outros. Estremecem os preceitos básicos da sociedade comercial tradicional, pois neles são presentes elementos como o controle, o domínio e a dependência inter-societária, que afetam o conceito básico de autonomia da sociedade comercial, a qual deixa de buscar os seus próprios interesses para o atendimento daqueles preconizados pelo grupo ou por sua sociedade principal. Isso torna volátil a personalidade jurídica do ente controlado, que passa a conviver num ambiente de confusão patrimonial, organizacional e de interesses, não se distinguindo das demais sociedades do grupo, o que relativiza a sua própria independência jurídica. Os critérios para a sua responsabilização também se desvirtuam, pois no ato de uma sociedade de grupo estão comandos, elementos e interesses estranhos ao do próprio ente, que apenas realiza a vontade sobre ele imposta. Desse modo, por não se amoldarem aos conceitos básicos da sociedade comercial tradicional, merecem os grupos um tratamento jurídico distinto, o que porém não ocorre no caso brasileiro, pois se funda numa legislação alheia à realidade empresarial, numa doutrina que pouco discute sobre o tema e numa jurisprudência despida de critérios para a definição e atribuição de consequências jurídicas aos grupos. A experiência do direito comparado, que de há muito discute o tema é relevante e pode auxiliar na necessária rediscussão do direito dos grupos no Brasil.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha per scopo lo studio dei gruppi societari come forma di superamento del modello tradizionale della società commerciale isolata, dotata di autonomia, indipendenza e responsabilità limitata. I gruppi sono l'espressione dell'impresa plurisocietaria contemporanea, avvenuta dal concentrazionismo imprenditoriale di 2^a generazione, dalla globalizzazione economica, dalla rivoluzione tecnologica attuale, dalle innovazioni istituzionali allo sviluppo dell'economia, fra l'altro. Scuotono i precetti basi della società commerciale tradizionale, poiché in essi sono presenti elementi come il controllo, il dominio e la dipendenza intersocietaria, che colpiscono il concetto basilico di autonomia della società commerciale, la quale lascia di cercare i suoi propri interessi per assistere quei preconizzati dal gruppo o dalla sua società principale. Questo diventa volatile la personalità giuridica dell'ente controllato, che passa a convivere in un ambiente di confusione patrimoniale, organizzativa e di interessi, non si distinguendo dalle altre società del gruppo, il che relativizza la sua propria indipendenza giuridica. Pure i criteri per la sua responsabilizzazione si alterano, perché nell'atto di una società di gruppo ci sono dei comandi, elementi e interessi strani al proprio ente, che soltanto realizza la volontà su di esso imposta. Di questo modo, per non conformarsi ai concetti basi della società commerciale tradizionale, meritano i gruppi un trattamento giuridico distinto, cosa però che non succede nel caso brasiliano, poiché si fonda su una legislazione strana alla realtà imprenditoriale, su una dottrina che poco discute sul tema e su una giurisprudenza priva da criteri per la definizione e attribuzione di conseguenze giuridiche ai gruppi. L'esperienza del diritto comparato, che da molto discute il tema è rilevante e può aiutare alla necessaria ridiscussione del diritto dei gruppi in Brasile.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE 1 - DIREITO SOCIETÁRIO CONTEMPORÂNEO	11
CAPÍTULO 1 – DO ÁTOMO À MOLÉCULA SOCIETÁRIA	11
<i>Seção 1 – Origens das sociedades comerciais e do direito societário</i>	11
<i>Seção 2 – O modelo da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada</i>	21
<i>Seção 3 – O direito societário perante o fenômeno do concentracionismo empresarial</i>	32
Subseção 3.1 – A concentração primária	37
Subseção 3.2 – A concentração secundária	40
CAPÍTULO 2 – A EMPRESA NO MUNDO GLOBALIZADO	44
<i>Seção 1 – O cenário empresarial contemporâneo: a economia globalizada</i>	44
<i>Seção 2 – O Estado na Economia Globalizada: do Welfare State ao Estado Cão de Guarda</i>	48
<i>Seção 3 – Inovações institucionais como base para o desenvolvimento econômico</i>	49
<i>Seção 4 – Da superação do modelo taylorista-fordista de produção</i>	52
<i>Seção 5 – O papel da tecnologia como elemento indispensável para o desenvolvimento econômico e ao concentracionismo empresarial</i>	54
CAPÍTULO 3 – O INTERESSE SOCIAL EM BUSCA DA FUNÇÃO PÚBLICA DO DIREITO SOCIETÁRIO	56
<i>Seção 1 – O Interesse Social</i>	56
Subseção 1.1 – O Contratualismo	56
Subseção 1.2 – O institucionalismo	58
Subseção 1.3 – O Contrato-Organização	60
Subseção 1.4 – O interesse social na legislação brasileira	61
Subseção 1.5 – O interesse social e os grupos societários	62
PARTE 2 - OS GRUPOS DE SOCIEDADES	66
CAPÍTULO 1 – FORMAÇÃO, DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES DOS GRUPOS DE SOCIEDADE	66
<i>Seção 1 – Os grupos societários como realidade empresarial contemporânea</i>	66
<i>Seção 2 – As variadas vantagens da constituição dos grupos de sociedade</i>	71
Subseção 2.1 – Vantagens jurídicas	71
Subseção 2.2 – Vantagens econômicas	73
Subseção 2.3 – Vantagens financeiras	74
<i>Seção 3 – Os Grupos Societários e suas classificações</i>	76
Subseção 3.1 – Grupos de subordinação e coordenação	76
Subseção 3.2 – Grupos centralizados e descentralizados	77
Subseção 3.3 – Grupo de direito e de fato	78
Subseção 3.4 – Demais classificações dos grupos	78
<i>Seção 4 – Grupos de Sociedade e afins</i>	79
Subseção 4.1 – A fusão	79
Subseção 4.2 – A Cisão	80
Subseção 4.3 – A Holding	80
Subseção 4.4 – A firma-rede	81

CAPÍTULO 2 – MODELOS DE REGULAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS	84
<i>Seção 1 – A Regulação Parcial</i>	84
<i>Seção 2 – A Regulação Global</i>	85
Subseção 2.1 – O Modelo Alemão	85
Subseção 2.2 – A experiência brasileira	90
Subseção 2.3 – O modelo português.....	94
Subseção 2.4 – O modelo orgânico comunitário europeu.....	98
Subseção 2.5 – A recente previsão italiana.....	101
 PARTE 3 – O DESCOMPASSO ENTRE OS GRUPOS DE SOCIEDADES E A TEORIA TRADICIONAL DO DIREITO SOCIETÁRIO	104
CAPÍTULO 1 – REVISITANDO AS PEDRAS FUNDAMENTAIS DA SOCIEDADE COMERCIAL	106
<i>Seção 1 – O dogma da autonomia da sociedade comercial frente aos grupos societários</i>	108
Subseção 1.1 – A “Síndrome do Cavalo de Tróia”	112
Subseção 1.2 – A Sociedade Anônima e Poder de Controle.....	115
Subseção 1.2.1 – O Controle Interno	116
Subseção 1.2.1.1 – A Alienação do Poder de Controle	123
Subseção 1.2.2 – O Controle Externo.....	126
Subseção 1.2.3 – A Influência Dominante	130
Subseção 1.2.4 – A Direção Unitária	133
Subseção 1.3 – O Conflito de Interesses e o Abuso do Direito de Voto nos Grupos Societários	142
<i>Seção 2 – A pessoa jurídica (in)dependente</i>	149
Subseção 2.1 – As teorias da pessoa jurídica: uma breve passagem.....	150
Subseção 2.2 – A crise de sistema	155
Subseção 2.2.1 – Os grupos são dotados de personalidade jurídica?.....	157
Subseção 2.3 – A crise de função	160
Subseção 2.4 – O encontro das crises nos grupos societários.....	164
Subseção 2.5 – As novas crises	165
<i>Seção 3 – A responsabilidade limitada e os grupos societários</i>	167
Subseção 3.1 – A responsabilidade nos grupos societários	169
Subseção 3.2.1 – A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos societários	174
Subseção 3.2.2 – Os grupos entre a imputação direta de responsabilidade, a responsabilidade subsidiária e a solidária.....	181
Subseção 3.2.2.1 – O estudo e a contribuição de Engrácia Antunes	185
Subseção 3.2.2.2 – A proposta <i>de lege ferenda</i> de Eduardo Secchi Munhoz.....	193
Subseção 3.2.2.3 – O novo modelo legal dos grupos no direito italiano	195
Subseção 3.2.2 – Os grupos societários na jurisprudência brasileira.....	200
 CONCLUSÕES	205
 REFERÊNCIAS	208

INTRODUÇÃO

Esta dissertação propõe-se a examinar um fenômeno que de há muito se apresenta no cenário empresarial brasileiro e mundial. Trata-se dos grupos de sociedades, ente formado pela reunião de sociedades distintas para a realização de um objetivo econômico comum. É a chamada diversidade jurídica numa unidade econômica.

Tal fenômeno, é resultado da conjunção de uma série infindável de fatores, dentre os quais se destacam o concentracionismo empresarial, a globalização econômica, as inovações institucionais para o desenvolvimento da economia, a revolução tecnológica atual e as novas feições do Estado moderno. Todos eles auxiliaram na formação do ente grupal, que reúne condições econômicas, organizacionais, estruturais e tecnológicas para lidar com as oportunidades e atividades empresariais de um mundo globalizado.

Não significam os grupos o resultado de uma “evolução” natural da sociedade comercial, como se do “átomo societário” representado pelo comerciante individual se alcançasse a “molécula” formada pelo ente grupal. O fenômeno é apenas a última feição de uma organização societária que ainda está a se formar e, em razão disso, ainda é, e por muito tempo será, objeto de infindáveis discussões não só no direito societário, mas nos mais variados ramos do direito. Esse é o objeto da parte primeira deste trabalho.

Como representam uma reunião de sociedades para o alcance de um fim comum, os grupos fazem colidir princípios básicos da sociedade comercial, pois esses foram pensados apenas para um ente societário isoladamente considerado.

A autonomia patrimonial e organizacional da sociedade comercial, por exemplo, entra em choque com o controle e com o domínio exercido de uma sociedade sobre a outra numa relação de grupo, pois tal pressuposto é naturalmente contrário à intervenção de um outro ente sobre uma sociedade criada para o alcance de seus próprios interesses.

A independência jurídica da sociedade comercial participante de um grupo é também amainada pela relação de grupo, pois o próprio fundamento de sua personalização jurídica se enfraquece dado o abrandamento da sua distinção frente as pessoas que dela são componentes. Imiscuem-se, portanto, as personalidades jurídicas das sociedades integrantes de um grupo.

Também são desvirtuados os critérios de responsabilização das sociedades integrantes de um grupo, pois a tradicional aplicação do binômio poder/responsabilidade perde o sentido na medida em que quem exerce o poder não é responsabilizado e responde

quem não exerce o poder. Trata-se de responsabilizar o irresponsável e não responsabilizar o responsável.

A análise desses três principais elementos é o objeto da parte terceira deste trabalho, a qual é precedida pela segunda, que traz as definições e classificações ofertadas aos grupos pela doutrina, bem como as vantagens atualmente encontradas em sua instituição. Nessa parte intermediária também se apresentam algumas das principais regulações atuais sobre os grupos societários na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Comunidade Européia, não sem se deixar de tratar da experiência brasileira.

Algumas ponderações também são feitas por este autor ao final do trabalho, as quais nada mais representam do que algumas das possíveis conclusões sobre o tema, após verificadas as inconsistências jurídicas que vêm sendo proporcionadas pelos grupos na legislação nacional e estrangeira.

PARTE 1 - DIREITO SOCIETÁRIO CONTEMPORÂNEO

CAPÍTULO 1 – DO ÁTOMO À MOLÉCULA SOCIETÁRIA

Seção 1 – Origens das Sociedades Comerciais e do Direito Societário

Ao se elaborar a árvore genealógica das sociedades¹ comerciais², desde as suas primeiras manifestações até as suas mais recentes expressões, percebe-se que o grau de desenvolvimento econômico, social e político de cada momento da história faz-se refletir nas variadas formas das sociedades, ou melhor, para cada etapa do desenvolvimento histórico humano, há um modelo de sociedade comercial (“Company”, “Gesellschaft”, “Société”, “Società”)³ que se adapta àquilo que a atividade comercial exige⁴.

Não se pretende, porém, concluir pela “evolução” do direito societário, no sentido de que as atuais formas ou modelos de sociedades comerciais representam o “resultado final” daquilo que de melhor o homem criou ao longo dos anos. Os modelos atuais representam, na realidade, um resultado, por vezes obtuso, de experiências anteriores acerca das sociedades comerciais ao longo do tempo⁵. Uma análise histórica não pretende, desse modo, justificar os modelos societários atuais, mas apenas demonstrar que esses são resultado de uma

¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira, em sua obra **A dupla crise da pessoa jurídica**, defende a “irrelevância da tradicional distinção entre sociedades civis e sociedades mercantis” e a “importância que assume o estudo autônomo do Direito Societário (*Gesellschaftsrecht*), fora dos quadros restritos do Direito Civil e do Direito Comercial, e tendo por objeto todos ‘os agrupamentos de pessoas, de Direito Privado, fundados através de negócio jurídico para a consecução de um fim comum determinado’, excluídas portanto de seu âmbito todas as comunidades de Direito Público, e também as comunidades de Direito de Família, a comunidade de co-herdeiros (*Miterbengenmeinschaft*), as fundações e as comunhões em geral” (p. 33).

² A expressão sociedade comercial foi substituída por sociedade empresária pelo Código Civil de 2002, nos termos do seu artigo 982, como forma de desapego ao conceito de atos de comércio (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 52 – ao citar W. Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 63 e ss.), sendo que no presente estudo a expressão “sociedade comercial”, ou “sociedade”, simplesmente, será utilizada para fins de se referir àquelas previstas no Livro II, da Parte Especial, Subtítulos I e II, do Código Civil de 2002. Já a “sociedade”, em seu sentido sociológico, como conjunto de pessoas que vivem em estado gregário, será denominada “sociedade humana”.

³ ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005, p. 32.

⁴ “Trata-se, com efeito, de instrumentos jurídicos ao serviço de necessidades económicas, cujas caracterizações definitivas não estarão ainda, certamente encerradas – se é que alguma vez o estarão –, e sobre os quais a história se encarregou de demonstrar uma riquíssima multiplicidade de influências.” (SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 17)

⁵ “Os institutos societários-mercantis que chegaram até nós, e que constituem objecto de variadíssimas preocupações dos legisladores contemporâneos, são fenómenos multifacetados, aos quais não pode assinalar-se uma única gênese e uma evolução histórica linear.” (SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 17)

experiência vivida, sensível aos mais variados acontecimentos políticos, econômicos, sociais etc.⁶ e que acabaram por formar os atuais modelos.⁷

E a história do direito societário, como parte do direito comercial, inicia-se na Idade Média. Após o abalo da vida comercial pelas invasões bárbaras, essa somente recomeça com as Cruzadas e com o desenvolvimento de centros comerciais, a partir do século II, na Itália, em Flandres (França e Bélgica) e na Alemanha, que surgem da crise do sistema feudal e onde passa a ter relevo a figura do comerciante individual⁸ (“empresário-pessoa física”, “Einzelkaufmann”, “commerçant individuel”, “impreditore”).⁹

Era o início do comércio burguês, classe que ascende perante o declínio da nobreza e após as invasões bárbaras, e que tem nas corporações de ofício o centro das atividades comerciais organizadas. Nessas, elaboravam-se os regulamentos da profissão e se sedimentam usos mercantis, ao passo que a aplicação das normas comerciais criadas cabia aos magistrados, político-administrativos e judiciais, chamados *consules mercatorum*, que desenvolviam e especificavam o seu conteúdo e interpretação.¹⁰ Tais regras tinham natureza

⁶ “(...) a análise do direito existente em determinada sociedade só pode ser adequada e proficientemente empreendida na medida em que tenhamos sob consideração as características próprias dessa mesma sociedade – e, nele, a combinação das estruturas regionais, no seu peculiar modo de articulação, dentro da estrutura social global” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. **Interpretação e crítica**, n. 5, p. 26-27).

⁷ Sobre a análise dos elementos históricos como “justificadores” das situações do presente, Ricardo Marcelo Fonseca (**Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 26), aduz que “com isso, duas distorções graves geralmente acontecem: A primeira, no próprio objeto da reflexão, que em vez de ser fiel ao passado sobre o qual ela deveria deitar-se, acaba demonstrando uma indubitosa empatia com o presente, como dizia Benjamin (BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas**: Magia e Técnica, Arte e Política. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 224 e segs.). Em outros termos, a historiografia assim orientada constrói um discurso histórico distanciado do passado e próximo do presente, numa distorção da experiência humana (no caso experiência jurídica) presidida por uma lógica que só toma sentido no presente do historiador que elabora esse discurso. A história do fenômeno propriamente dito distancia-se, compondo uma ligação construída de modo artificial. A história aqui, pode-se dizer, torna-se um enfeite do estudo (seja ela uma dissertação, uma tese ou um manual), torna-se um ornamento, que no mais das vezes tem o seu lugar garantido na escrita por razões meramente formais derivadas da tradição da escrita acadêmica do direito (‘deve-se fazer um capítulo histórico’), mas sem operacionalidade teórica alguma. (...) A segunda distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico do presente, demonstrando institutos jurídicos atuais como um resultado conseqüente da experiência histórica. O direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma. Isto é, baseada numa noção de progresso que lhe serve de substrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o evoluir da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e mais científico e que, por tudo isso, seria também aquele que está mais isento de qualquer críticas: o direito atual”.

⁸ CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial**. 8. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 17.

⁹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005, p. 29.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

consuetudinária e corporativa, dando origem a um direito singular, o *ius mercatorum*, originado não da previsão estatal, mas do seio de uma classe social.¹¹

Nas civilizações antigas também havia regras para certas atividades comerciais, como o Código do Rei Hammurabi (do ano 1700 a.C.)¹², tido como uma das primeiras codificações de leis comerciais¹³. Pesquisas realizadas pela *Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions* indicam, no entanto, o “código” *Ur-nammu*, fundador da 3ª dinastia de *Ur* (cerca de 2040 a.C.), como o mais antigo “código” já existente (ou encontrado) na história.¹⁴

Mas essas normas ou regras de natureza legal, além de não disciplinarem qualquer forma reconhecida de sociedade comercial, não chegaram a formar um corpo sistematizado

¹¹ “O direito comercial surge, no entanto, como ramo autônomo do direito depois da queda do Império Romano, na Idade Média, com o objetivo de dar maior segurança à atividade mercantil. Naquela época o mundo assistia à desagregação social e política advinda da pulverização do Estado, razão pela qual os próprios comerciantes criaram suas corporações, que tinham como função ditar normas aplicáveis ao comércio e julgar os possíveis conflitos decorrentes desta aplicação, dando origem a um direito singular: o *ius mercatorum*, emanado de uma classe social, em vez de se originar do Estado. O direito comercial, em sua origem, assumiu um caráter *consuetudinário* (baseado nos costumes dos mercadores) e *corporativo* (surgido no seio das corporações de mercadores, como organizações profissionais, e aplicado por estas a seus membros).” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25)

¹² Se é que esse pode ser considerado como “código”, pois, era apenas “recolhas de textos jurídicos agrupados de maneira assistemática, com referenciais “de julgamentos de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juizes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica” (GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito**, p. 60-61).

¹³ A respeito do assunto (CORREIA, Pupo. **Direito Comercial**, p. 16): “No Código de Hamurabi (Babilônia, circa 1700 a.C.) existem normas esparsas sobre alguns contratos, como a sociedade, o empréstimo a juros, o depósito, a comissão. Por seu lado, os Fenícios, embora grandes comerciantes, não criaram senão alguns rudimentos de direito marítimo. Os Gregos, conquanto também se tenham dedicado intensamente ao comércio, não prestaram grande atenção às instituições jurídicas, só tendo ficado alguns vestígios de regras do seu direito marítimo: a *lex rhodia* referente a avarias comuns dos navios; o empréstimo náutico; e as sociedades marítimas. Mesmo os Romanos, apesar do espetacular desenvolvimento que deram ao direito, não criaram regras específicas da actividade comercial, tendo incorporado no *jus civile* as normas que surgiram sob o influxo das necessidades do comércio (foi o caso da representação, da sociedade, do empréstimo, do penhor, da *venditio bonorum* – que está na origem do instituto da falência – e das operações de crédito, estas praticadas pelos *argentarii*, os banqueiros da época). Compreende-se que assim fosse: o *jus civile* era o ordenamento jurídico construído por uma sociedade baseada na agricultura e na propriedade da terra e, portanto, na conservação e fruição estável dos bens. Face a esta perspectiva nele dominante, as actividades de comércio e artesanato, imbuídas de espírito de risco, de especulação, de circulação e acumulação de riquezas, surgiam como corpos estranhos, eram encaradas como meramente adventícias em relação à estrutura fundamental da economia romana.”

¹⁴ “Possuem-se vestígios de textos mais antigos como o “código” de *Urakgina de Lagas*, dos meados do 3º. milénio ou o de *Sulgi*, em *Ur*. (...) depois do desmembramento do reino de *Ur*, vários principados fizeram esforços no sentido da redacção de recolhas jurídicas, nomeadamente os de *Esnunna* (perto do Tigre, na Acádia) e de *Isin* (perto do Eufrates, na Suméria). O Código de *Esnunna*, escrito cerca de 1.930 a.C. (atribuído erradamente ao Rei de Bilalama), contém cerca de sessenta artigos. Do Código de *Lipt-Istar*, rei de *Isin*, escrito cerca de 1880 a.C., encontrou-se o prólogo, o epílogo e 37 artigos; era destinado a estabelecer o direito nas regiões da Suméria e da Acádia.” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 61. *Apud* GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37)

até para o próprio direito comercial. Sequer os romanos assim o fizeram¹⁵, pois sua organização social era estruturada precipuamente sobre a propriedade e atividade rurais, prescindindo de um direito especializado para regular atividades mercantis.¹⁶ Porém, o direito romano exerceu forte influência sobre o direito comercial, dando origem ao instituto da falência, às normas básicas sobre os contratos mercantis, à ação pauliana como forma de reprimir a fraude contra credores, à responsabilidade civil dos banqueiros e ao comércio do transporte marítimo, dentre outros.¹⁷

Apesar de sua importância, o direito romano não elevou o direito comercial a uma ciência jurídica autônoma, fato esse que apenas passou a se verificar com o desenvolvimento comercial na Idade Média e, posteriormente, na Idade Moderna.

Na alta Idade Média (séculos XIV e XV), era na figura do comerciante individual que se desenvolviam as atividades comerciais, o qual representava a célula básica (átomo comercial) à realização dos negócios, de cunho predominantemente artesanal e centrados na própria pessoa do comerciante, a ele cabendo assumir integralmente os riscos de sua atividade, extinguindo-se a empresa mercantil¹⁸ com a morte de seu titular¹⁹. Sobre a responsabilidade do comerciante individual, José Engrácia Antunes destaca:

¹⁵ “Sem desprezar outros destacados argumentos pelos quais os romanos não teriam conhecido o direito comercial como ramo autônomo do direito privado, distinto do direito civil, parece que o principal deles está na obra de ALFREDO ROCCO (Princípios de direito comercial, n. 2, p. 6-7), para quem um direito especial ao comércio tornou-se supérfluo em Roma porque o sistema jurídico existente era perfeitamente apto a satisfazer as exigências de que o comércio necessitava. O próprio *ius civile* assegurava a liberdade e a segurança necessárias, além se a aplicação do direito pelos pretores ter atendido com eficiência as exigências que o tráfico mercantil apresentava à época. Realmente, a existência de dois sistemas jurídicos diversos na âmbito do direito privado, de um lado o sistema do direito tradicional, assentado nas peculiaridades próprias de um povo (*ius civile*), e de outro, um sistema mais flexível, sensível às novas exigências e dotado de princípios próprios, de caráter informal (o *ius gentium* e, mais tarde, o *ius honorarum*), contribuiu para que Roma prescindisse da elaboração de um direito especial para o comércio.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil, p. 39)

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 8.

¹⁷ “Alguns autores identificam na Roma antiga a origem do direito comercial. No entanto, deve-se esclarecer que os romanos não conheceram regras específicas para as relações comerciais, pois o *ius civile* acabava por contemplar normas que regiam eficientemente todas as relações jurídicas de direito privado, independentemente de se tratar de direito civil ou mercantil. Todavia, o direito romano, ao contrário do que possa parecer, exerce influência direta no surgimento do direito comercial.” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla. Ob. cit., p. 25)

¹⁸ Considera-se como empresa a própria atividade comercial desenvolvida e não a pessoa jurídica pela qual se praticam os atos comerciais, as quais denominam-se sociedades comerciais.

¹⁹ “O comerciante ou empresário individual era ainda a figura-chave: era ele que suportava com o seu patrimônio pessoal os riscos da exploração econômica, que reunia o capital e a força laboral necessárias, e que administrava directamente toda essa exploração.” (HADDEN, Tom. *Company Law and Capitalism*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, p. 19. *Apud* ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, p. 31)

Sendo a empresa individual desprovida em si mesma de qualquer tipo de individualidade jurídica e sendo a sua actividade explorada directamente e em nome próprio do indivíduo seu titular (o empresário), tornava-se inevitável que fosse este a suportar pessoalmente a totalidade do risco da empresa, ou seja, a responder juridicamente pelo conjunto das dívidas contraídas ou resultantes da exploração desta. Semelhante regime, além de consistente com o princípio geral da unidade do património consagrado pela generalidade das ordens jurídicas (segundo o qual cada indivíduo responde com a totalidade dos seus bens presentes e futuros perante os respectivos credores), estava ainda em linha com um fundamental ‘standart’ jusprivatista em sede de responsabilidade: o *nexo entre poder e responsabilidade* (‘Herrschaft und Haftung’), de acordo com o qual quem pratica em proveito próprio uma determinada acção ou omissão deverá suportar os encargos ou as consequências negativas daquelas decorrentes (‘ubi commoda ibi incommoda’)²⁰.

Tal fato levou, aliás, ao surgimento da sociedade em nome coletivo, como forma de prosseguimento dos negócios mesmo após o falecimento de seu responsável²¹, tendo a sociedade em comandita também sido prevista nesse período, em razão do contrato de *commenda*, de origem italiana, amplamente utilizado no comércio marítimo do Mediterrâneo²².

Porém, a economia eminentemente agrícola, artesanal e mercantil de pequeno vulto não exigia outras formas de organização empresarial que não a *commenda* e a *societas*, pois o universo econômico era representado pela atuação de uma multiplicidade de agentes econômicos individuais, dispersos e de dimensão similar, numa verdadeira era atomística das sociedades comerciais²³.

Com a expansão ultramarina, houve a criação das companhias coloniais, como a Companhia das Índias Orientais²⁴, do ano de 1600, e a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, de 1602²⁵, ambas, as primeiras expressões de uma verdadeira sociedade comercial legalmente reconhecida e constituída. Tais companhias mobilizavam elevadas somas de

²⁰ HADDEN, Tom. *Company Law and Capitalism*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, p. 19. *Apud* ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, p. 31.

²¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**: Poder de Controle e Grupos de Sociedade, p. 52-53.

²² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**: Poder de Controle e Grupos de Sociedade, p. 52-53.

²³ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 337.

²⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective. Denver (Boston): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. p. 141.

²⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 55.

capital para enfrentar os desafios dos descobrimentos ultramarinos, representando os primeiros esboços do que viriam a ser as sociedades anônimas²⁶.

Sua peculiaridade era ser constituída para uma determinada empresa, especialmente relacionada com o comércio marítimo e os descobrimentos no além-mar. O ato indispensável à sua criação era uma “carta” da autoridade pública, na qual eram estipulados os seus direitos e obrigações, bem como definidos os privilégios relacionados à exploração de uma dada atividade comercial. Assim, representavam, simultaneamente, instrumentos de conquista territorial e de comércio, mesclando-se interesses públicos e privados na atividade comercial.²⁷ A participação dos Estados na criação das sociedades comerciais representa, aliás, um segundo momento importante do surgimento do direito comercial, deixando de ser, um direito eminentemente consuetudinário, surgido das atividades mercantis em meio às corporações de ofício.²⁸

Tullio Ascarelli lembra, ainda, a existência de precedentes históricos às companhias coloniais, que também foram elementos de forte influência à posterior constituição das sociedades anônimas. Nas cidades italianas da renascença, os credores da dívida pública eram detentores de títulos facilmente circuláveis e, não raro, reuniam-se em associação que obtinham a administração ou a propriedade de bens destinados a garantir tais títulos. Assim, esses continuavam com a possibilidade de circulação, e o direito de que era detentor o seu titular representava uma parte na administração e nos resultados do negócio assumido pelos próprios credores. Desse modo, representavam uma forma de participação numa gestão

²⁶ MUNHOZ, Eduardo. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 55.

²⁷ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 316.

²⁸ “Concluído o processo de formação das monarquias centralizadas, abriu-se no meu modo de ver, um segundo período da história do direito comercial, cujo início podemos situar nos fins do século XVI (como primeiro momento do direito comercial, o autor indica o início do século XII, onde surge um direito consuetudinário, relativo às práticas mercantis, desenvolvidas junto às corporações de ofício). As fontes do direito comercial não mais serão encontradas na autonomia das corporações, pois o direito comercial passará a fazer parte do direito comum. A evolução consuetudinária sucederá um desenvolvimento fundado nas ordenações emanadas da autoridade régia, preocupada com a formação de um mercado nacional e enciumada com a autonomia das várias ordens profissionais. As normas elaboradas no primeiro período, referentes à troca e ao mercado, demonstram a sua própria força, através da persistência da autonomia do direito comercial, a despeito de modificações havidas em suas características. Com efeito, nascido no meio corporativo e fruto da elaboração dos comerciantes, o direito comercial se reafirma através da capacidade de superar suas origens corporativas. Seu centro de propulsão desloca-se da Itália, que não consegue tornar-se um Estado Nacional, exatamente quando alhures se afirmam as grandes monarquias nacionais centralizadas, para os Países Baixos, França e Inglaterra, ao mesmo tempo em que a Alemanha conhece uma profunda crise econômica, agravada depois pela Guerra dos Trinta Anos.” (ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Nova Série, ano XXXVII, n. 114, abr./jun. 1999, São Paulo: Malheiros, p. 239)

comercial e industrial, mas com responsabilidade limitada dos participantes, sendo que “a circulabilidade das ações encontraria, por isso, um precedente na circulabilidade dos títulos obrigacionais.”²⁹

Mas foram as companhias coloniais os primeiros protótipos da sociedade anônima, a qual acabou por se delinear no período da Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX), ante os reclamos de uma radical transformação no ambiente econômico, social e político. As sociedades em nome coletivo e em comandita não mais se coadunavam com as formas societárias necessárias aos agentes privados, tendo em vista a pujança dos novos empreendimentos surgidos com a expansão industrial, surgindo assim as primeiras sociedades anônimas, evolução natural das companhias coloniais, nas quais, conforme Tullio Ascarelli

já se delineavam os característicos fundamentais, hoje peculiares da sociedade anônima e que a distinguem entre as várias espécies de sociedade: responsabilidade limitada dos sócios e divisão do capital em ações, isto é, possibilidade de serem, as participações dos vários sócios, corporificadas em títulos facilmente circuláveis; a pessoa do sócio é, destarte, indiferente à caracterização jurídica da sociedade³⁰.

E foi o *Code de Commerce* francês, de 1807, o primeiro diploma a reconhecer a disciplina geral da sociedade anônima, a qual poderia ser constituída para o desenvolvimento de negócios lícitos, dependendo, no entanto, de autorização da autoridade pública³¹, passando-se do regime da carta individual de constituição para o da autorização administrativa³². Desapareceu, assim, a concessão de monopólios, que contrastava com a liberdade de concorrência, o que fez a sociedade anônima desprender-se, na época, de sua feição de direito público, passando a constituir um instituto típico de direito privado.³³

Tal necessidade de autorização do Poder Público apenas deixa de existir a partir da “fase da liberdade” da constituição da companhia. No Estado de Nova York, nos Estados

²⁹ ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado, p. 313-315.

³⁰ *Idem*, p. 336 (no mesmo sentido: SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anônimas – Vinculação**: Objecto Social e Representação Plural, p. 18).

³¹ No Brasil, aliás, no texto do revogado artigo 295 do Código Comercial Brasileiro, de 1850, havia a previsão de que: “As companhias ou sociedades anônimas designadas pelo objetivo ou empresa a que se destinam, sem firma social e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorização do governo, dependendo de aprovação do corpo legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio; e devem provar-se por escritura pública ou pelos seus estatutos e pelo ato do poder que as houver autorizado.” Ressalte-se que a aludida revogação se deu 151 anos após a edição do Código Comercial Brasileiro, Lei 556, de 25 de junho de 1850.

³² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas no Direito Comparado**, p. 339.

³³ *Idem*, p. 318.

Unidos, em 1811, isso ocorria desde que o capital não excedesse a US\$ 100 mil e a sua duração fosse limitada a 20 anos. Na Inglaterra e na França, tal fato ocorreu, respectivamente, em 1844 e 1867, quando foi introduzida a disciplina completa das sociedades anônimas, sendo que a lei francesa introduziu uma completa e complexa disciplina da sociedade anônima e representou o ponto de partida da evolução legislativa do instituto na Europa continental e na América Latina.³⁴ No Brasil, a liberdade na constituição das sociedades se deu com a Lei 3.150, de 1882.³⁵

Tal autorização administrativa anteriormente exigida e prevista inicialmente no Código Napoleônico vinha de encontro com a adoção pelos franceses da Teoria dos Atos de Comércio, resultado dos ideais da Revolução de 1789. De acordo com esses, a burguesia tomou o poder e, houve a difusão da ideologia igualitária que levou à extinção das corporações (na França: Lei d'Allarde e Lei de Le Chapelier, de 1791; em Portugal: decreto ditatorial de D. Pedro IV de 7.5.1834) e à proclamação da liberdade do comércio, fazendo com que o direito comercial passasse de direito privativo da classe profissional dos comerciantes, para o direito regulador dos atos de comércio.

Assim, a lei comercial, numa concepção objetivista³⁶, passou a aplicar-se não em função da qualidade dos sujeitos das relações jurídicas, mas sim em razão da natureza destas relações em si mesmas, fazendo com que países sob a influência do Código Comercial francês de 1807, codificassem o seu direito comercial, como a Espanha, em 1886, a Itália (Códigos de 1842, 1865, 1882) e Portugal.³⁷ Perdeu o direito comercial, na época, a sua característica de direito de classe, ganhando, pela primeira vez, uma definição objetiva pelo direito.³⁸

Anteriormente à sua objetivação pela teoria dos atos de comércio, o direito comercial teve sua fase subjetiva primitiva, com o reconhecimento de uma classe de comerciantes, das corporações de ofício e do seu *ius mercatorum*, inexistindo uma distinção e definição legal da

³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas no Direito Comparado**, p. 318.

³⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 59.

³⁶ Não importava a qualificação da pessoa que estava a realizar a atividade comercial, sendo suficiente que os atos por ela praticados fossem considerados como *atos de comércio*, o que fez surgir, o que se chamou de *teoria dos atos de comércio*, “forma encontrada para tentar delimitar a matéria concernente ao direito comercial, diferenciando-o dos outros ramos do direito, em especial o direito civil”. (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, p. 26)

³⁷ CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial**, p. 21.

³⁸ “Com l’abolizione dei privilegi e delle corporazioni, conseguente alla rivoluzione francese, il diritto commerciale ha perso formalmente la sua caratteristica di diritto di classe e per la prima volta nel codice Napoleone ha trovato una giustificazione oggettiva (artt. 631-633 cod. Nap.).” (FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Ottava edizione: a cura di Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri, Torino: UTET, 1991. p. 6).

atividade de comerciante. E, após a fase objetiva da Teoria dos Atos de Comércio, o Código Alemão de 1861 (*Handelsgetzbuch – HGB*), iniciou um retorno ao subjetivismo, pois voltava a considerar o direito comercial como o direito profissional dos comerciantes, sendo os atos de comércio determinados subjetivamente, não objetivamente, conforme dispunha o § 343 do referido código tedesco, sendo eles: “todos os actos de um comerciante que pertençam à exploração da sua empresa mercantil”.³⁹

Mas foi o Código Civil italiano de 1942 que deu um passo importante para adoção de uma concepção subjetivista do direito comercial, tendo seu artigo 2.082 previsto como empresário (*imprenditore*) “aquele que exerce profissionalmente uma actividade econômica organizada com vista à produção e troca de bens e serviços”⁴⁰. Deste modo, passam os empresários (não os comerciantes) e as suas organizações produtivas (as empresas) a serem os destinatários da disciplina do direito comercial⁴¹.

No Brasil, a adoção da Teoria dos Atos de Comércio se deu com a edição do Regulamento 737, de 1850, norma de natureza processual que teve por fim, também, a definição dos atos de *mercancia*, o que não se encontrava no Código Comercial do Império do Brasil (Lei 556, de 25.06.1850). Aliás, defende-se que esse *codex* não teria adotado a referida teoria, pois em seu artigo 4º havia a previsão de que “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código libera em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (art. 9º)”⁴².

Paralelamente à existência das sociedades anônima (de capital), em nome coletivo e comandita (de pessoas), surgiu a necessidade prática, durante a Revolução Industrial de 1870, da criação de uma sociedade em que os sócios não respondessem ilimitadamente pelos riscos da atividade mercantil e que não fossem exigidos demasiados formalismos para a sua constituição, como ocorria com a sociedade anônima.⁴³

As primeiras sociedades que surgiram com tal formatação foram as *private companies*, do direito inglês, verdadeiros derivativos das anônimas (*public companies*). Mas foi o legislador alemão quem primeiro criou tal forma de sociedade, mediante a lei de 20 de

³⁹ CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial**, p. 21-22.

⁴⁰ *Idem*, p. 22.

⁴¹ *Idem, ibidem*.

⁴² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, p. 27.

⁴³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 159.

abril de 1892, chamando-a de sociedade limitada, um tipo intermediário entre as sociedades de capital e de pessoas.⁴⁴

No Brasil, tal sociedade foi prevista inicialmente pelo Decreto 3.708, de 1919, cujas regras foram extraídas do anteprojeto de Código Comercial de Inglês do Souza, de 1912, com influência no direito português, sendo denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada.⁴⁵ Atualmente, e desde a edição do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), tal tipo societário é regulado pelo seu Capítulo IV, nos artigos 1.052 a 1.086, passando a ser denominada, apenas, “sociedade limitada”.⁴⁶

Mas é na sociedade anônima que se concentra o esforço do presente trabalho, pois essa expressão societária representa o atual instrumento de desenvolvimento econômico de grande escala, sendo objeto imprescindível na formação dos grupos de sociedade, conforme se verá adiante. E, como sustenta Fábio Konder Comparato⁴⁷, é com o grupo de sociedades que o direito empresarial inicia a terceira das fases históricas de seu desenvolvimento, sendo a primeira a do comerciante individual, dotado de um estatuto próprio, destacando-se do sujeito de direito comum; a segunda a da multiplicação das sociedades comerciais, com a vulgarização da sociedade anônima no século XIX como forma de instrumento de captação do investimento popular; e a terceira o universo das multinacionais, das *holdings*, *joint ventures* e consórcios, formas de associações de empresas e representantes dos atuais personagens principais do cenário empresarial.

Na crista desse desenvolvimento das formas societárias é que se encontra o moto fundamental do presente trabalho, ou seja, saber se o modelo legal atual das sociedades

⁴⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, p. 159-160.

⁴⁵ *Idem*, p. 161.

⁴⁶ Sobre a previsão da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, vale transcrever citação feita por Eduardo Secchi Munhoz (**Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedade**, p. 39) acerca do parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei Especial nº 287, que resultou no Decreto 3.708/1919, que criou a referida figura societária: “Essa forma de sociedade que o nosso direito comercial não conhece e que oferece ao desenvolvimento mercantil as possibilidades de um forte incremento das transações, nos ramos vários do comércio e da indústria, pela segurança que o movimento dos capitais nela empregados não pode acarretar, para os sócios, outras responsabilidades senão a da formação do capital social pela integralização da quota a que cada um se obrigou, vem incontestavelmente alargar o campo de ação coletiva dos que têm recursos pecuniários e de crédito em condições de ser útil e eficazmente empenhados no giro dos negócios produtivos e remunerados, sem os riscos da ilimitada responsabilidade solidária (...). Êste processo permite seguir a tendência que se assinala no regime das sociedades para aumentar a aplicação do princípio da comandita sob diversas formas, de modo a animar a concorrência das atividades e dos capitais ao comércio, sem ser preciso recorrer à sociedade anônima que melhor se reservará para as grandes empresas industriais, que necessitam capitais avultados e prazo superior ao ordinário da vida humana. As sociedades por quotas, por oposição às solidárias preenchem essa lacuna do direito vigente.”

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**, p. 8.

comerciais está a acompanhar o desenvolvimento econômico das atividades empresariais ou se está diante de uma crise do direito societário, que atua de acordo com paradigmas ultrapassados e que não mais se adequam à realidade, principalmente diante do fenômeno do concentracionismo empresarial.

Seção 2 – O Modelo da Sociedade Comercial Autônoma, Independente e Dotada de Responsabilidade Limitada

Como visto anteriormente, as formas societárias foram se constituindo e se desenvolvendo ao longo do tempo e de acordo com as exigências econômicas de cada período da história. A sociedade comercial é, e sempre foi, um instrumento à atividade e ao desenvolvimento econômico. Com o advento da Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX), um novo paradigma da atividade comercial passa a ser criado. Transfere-se a tutela do indivíduo comerciante para a dos fenômenos associativos. Ganham espaço as sociedades comerciais dotadas de autonomia, independência e responsabilidade limitada de seus integrantes,⁴⁸ sendo a junção desses três elementos o resultado histórico do ciclo “evolutivo”⁴⁹ da sociedade comercial.

Por vários séculos, tais pressupostos (autonomia, independência e responsabilidade limitada) não se faziam presentes na atividade comercial. O comerciante individual, expoente da atividade econômica prévia ao surgimento das sociedades comerciais, era sujeito dotado de capacidade e personalidade jurídica, e que respondia ilimitadamente pelos direitos e obrigações da atividade por ele desenvolvida.⁵⁰

⁴⁸ Excluem-se, obviamente, desse modelo aqueles tipos societários destituídos de personalidade jurídica, como a sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996 do Código Civil Brasileiro de 2002), ou que sejam dotados de responsabilidade ilimitada, como a comandita (quanto ao comanditado) e a capital e indústria (quanto ao sócio de indústria)

⁴⁹ Vide nota 07 retro.

⁵⁰ Por muitos séculos, antes das sociedades comerciais terem garantido o privilégio da aquisição de personalidade jurídica independente e serem objeto de normas legais específicas regulando sua formação e vida, a responsabilidade empresarial foi deixada a cargo dos princípios gerais do direito privado: isso significou que o dono da empresa ou o seu administrador, mais do que a empresa, carregava o fardo da responsabilidade por todos os débitos da empresa. No original: “For many centuries, before business enterprises were generally granted the privilege of acquiring an independent legal personality and were made the object of a specific body of legal norms regulating their formation and life, enterprise liability had been left to the most general private law principles: this meant that it was the enterprise owner or businessman rather than the enterprise who carried the burden of liability for all enterprise debts.” (ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective**, p. 2)

Nas companhias ultramarinas, tais elementos também não se faziam presentes, pois a dependência de uma “carta” da autoridade pública para a sua constituição, a concessão de privilégios e monopólios àqueles que se aventuravam no comércio marítimo e a junção de interesses públicos e privados em tais entes, não permitiam a criação de um instituto propriamente de direito privado, que dependesse apenas dos esforços de seus proprietários e das oportunidades comerciais para a sua criação e desenvolvimento. Tais companhias, como se viu, foram os protótipos do atual modelo da sociedade anônima, mas nelas não se encontram os três pressupostos elementares encontrados na sociedade comercial atual.

A partir do momento em que a “carta” e a posterior “autorização” da autoridade pública deixam de ser necessárias à constituição das companhias – ambas representantes de um verdadeiro privilégio concedido pelo Estado⁵¹ –, não mais havendo a influência do Estado na sua formação e desenvolvimento, cabia aos particulares (comerciantes e empreendedores), a constituição de entes que fossem distintos das suas próprias personalidades jurídicas.

Era necessária a criação de um ente com capacidade jurídica para a assunção de direitos e obrigações de forma distinta a dos próprios particulares, limitando-se as suas responsabilidades apenas ao capital neles investidos. A sua formação também deveria permitir a dispersão do capital necessário à sua constituição e ao desenvolvimento das atividades comerciais para a qual surgiram, possibilitando que diversas pessoas conjugassem suas economias num único ente, dissolvendo-se, a responsabilidade pela atividade realizada.

Passaram as sociedades comerciais a representar um importante motor de propulsão econômica, pois permitiam a acumulação de valores para a realização de uma determinada atividade econômica dificilmente suportada com recursos individuais. E tal “fenômeno” apenas era possível em razão do instituto da personalidade jurídica, reconhecida por alguns como a maior descoberta dos tempos modernos⁵².

⁵¹ A este respeito, relevante a doutrina de Berle/Means (**A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 130) em que se aduz o seguinte: “A lei americana herdou a sociedade anônima da jurisprudência inglesa, na forma em que estava no final do século XVIII. Naquela época, uma sociedade anônima era considerada uma *franchise* termo francês-normando que significa ‘privilégio’, isto é, a própria existência da sociedade anônima estava condicionada a uma licença do Estado. Essa licença criou a sociedade anônima e a instituiu como pessoa legal independentemente de qualquer associado. Não era raro que a mesma licença concedesse outros privilégios à sociedade anônima, tais como o monopólio de exploração de uma balsa, a manutenção de uma linha férrea numa determinada região ou o direito exclusivo de comerciar na área da baía de Hudson. Esses privilégios, exceto no caso das ferrovias, dos serviços públicos e dos bancos, contribuíram muito para o quadro de hoje.”

⁵² “Nas palavras de Nicolas BUTTLER, antigo reitor da Universidade de Columbia: a responsabilidade limitada das empresas é a maior descoberta dos tempos modernos. Até mesmo o vapor e a eletricidade são menos importantes que a responsabilidade limitada das empresas. No original: ‘the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important

Não se pretende neste trabalho dissertar acerca da origem e das teorias da personalidade jurídica, trabalho esse já muito bem realizado por José Lamartine Corrêa de Oliveira⁵³, dentre outros, e considerado pela doutrina como um “problema do século passado” (no caso, o século XIX)⁵⁴. Mas alguns de seus pressupostos básicos merecem atenção, pois tal conceito é fundante na discussão acerca dos grupos societários, especialmente na definição de serem esses uma pessoa jurídica de segundo grau ou não, conforme se verá adiante (Parte III, Capítulo 1, Subseção 2.2.1).

A atribuição de capacidade e personalidade jurídica a um ente distinto da pessoa humana é, realmente, algo intrigante e que, não sem motivos, proporcionou aprofundada e delongada discussão doutrinária. O fato de o ser humano ser, individualmente, detentor de direitos e obrigações e capaz de exercê-los e cumpri-los de acordo com os seus interesses não é uma idéia de difícil compreensão. Mas a atribuição dessa capacidade jurídica à pessoa coletiva é que sempre esteve em causa, pois como justificá-la num ente distinto da pessoa humana e que concebidos apenas por referência normativa?⁵⁵

Acerca do tema, há na doutrina, dentre aqueles que reconhecem a existência da personalidade jurídica coletiva, duas grandes vertentes, uma que considera a personalidade jurídica uma ficção criada pelo direito, e outra que a reconhece como uma realidade análoga à existência do ser humano.⁵⁶

O ficcionismo teve em Savigny a sua principal autoridade.⁵⁷ Tal teoria reconhece que apenas o homem é verdadeira pessoa em sentido jurídico, pois ele, e somente ele, é capaz de exercer o poder da vontade. No entanto, reconhece a relevância jurídica de certos interesses e fins transpessoais dificilmente alcançáveis individualmente pelo homem, seja pela envergadura econômica exigida ou pela perpetuidade temporal necessária à atividade

than the limited liability corporation.’ (Citado por DIAMOND, *Corporate Personality and Limited Liability*, 42). *Apud* ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa, nota 19, p. 33.

⁵³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. E “Conceito de pessoa jurídica”. Tese (Livre-docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

⁵⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, p. 2.

⁵⁵ SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anônimas – Vinculação**: Objecto Social e Representação Plural, p. 24.

⁵⁶ “É todavia, inegável, que, no âmbito das grandes orientações modernas e contemporâneas sobre o *problema da pessoa colectiva*, a *summa divisio* que entre elas se estabelece permite identificar dois grupos: o das teorias que negam a personificação jurídica coletiva – ou seja, que rejeitam que o fenómeno, apesar da sua *tradicional construção* ‘analógico-antropomórfica’ (doutrinal e não só), seja susceptível de uma integração dogmática no quadro dos *núcleos de imputação normativa* – e o das que a reconhecem – como autónomo fenómeno de imputação normativa, entenda-se – e, de entre estas, as (tradicionalis) teorias *ficcionistas* e *realistas* (Realitätstheorien). (*Idem*, p. 26)

⁵⁷ Acerca do tema haverá seção específica a seguir (Parte 3, Capítulo 1, Subseção 2.1)

desenvolvida, superando-se o período da vida humana. A concessão de personalidade jurídica a tal ente seria, portanto, um fingimento jurídico legal imposto pela necessidade de tutela do comércio jurídico.⁵⁸

Já a teoria da realidade, ao contrário da ficcionista, reconhece a personalidade coletiva como um ente com existência real, como centros de imputação e de conjugação de interesses transpessoais. Pela dificuldade na explicação dessa existência, divide-se tal teoria numa vertente organicista e noutra formalista. A primeira, cujo expoente é Otto Von Gierke⁵⁹, compreende a personalidade coletiva como ente dotado de existência sociológico-material e com vontade própria, a qual seria exercida pelos seus órgãos, não como uma união de todas as vontades coletivas, mas como a manifestação de sua própria vontade, de acordo com os seus próprios interesses.⁶⁰ Já a teoria realista do realismo jurídico formal, que se liga ao nome de Francesco Ferrara⁶¹, reconhece que a realidade da personalidade coletiva somente existe no mundo do direito, não havendo importância os seus possíveis dados extrajurídicos, pois ela é uma criação do Estado para tutelar determinadas situações, sendo evidente aqui a influência do positivismo jurídico⁶².

Atualmente, há um desinteresse sobre a discussão acerca das teorias da personalidade jurídica coletiva, o que se tem atribuído, conforme sustenta João Espírito Santo (2000:41), a causas como:

(...) o insucesso do realismo substancial na busca de um substrato idóneo que cubra a natureza de todas as pessoas colectivas, o esvaziamento do conceito de <<persona colectiva>> a que conduziu o realismo formal, a própria *normalização* do *fenômeno personalidade colectiva*, uma convicção, mais ou menos generalizada, da *insolubilidade* da questão da *natureza*, o parco interesse que a questão oferece – num posicionamento, por assim dizer, *conformista* com os dados fornecidos pelo Direito positivo (só este interessaria analisar para aferir da personalidade jurídica de certos ‘entes’ e para daí extrair as respectivas consequências) – e, por último, a reduzida

⁵⁸ SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação**: Objecto Social e Representação Plural, p. 35.

⁵⁹ Maiores explicações sobre o tema serão feitas a seguir (Parte3, Capítulo 1, Subsecção 2.1).

⁶⁰ SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação**: Objecto Social e Representação Plural, p. 36-37.

⁶¹ FERRARA, Francisco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Espanha, Madrid: Reus, 1929.

⁶² Importante destacar o posicionamento do Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto acerca do tema da pessoa jurídica, o qual segue “a doutrina que sustenta o caráter atributivo de personalidade. Ao contrário do que sustentam alguns tratadistas, o direito **não reconhece** a existência de uma pessoa jurídica como realidade fática para regular-lhe a atuação, mas **outorga** personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática de atos da vida civil à semelhança da pessoa natural, tanto que o faz em relação a algumas, deixando de fazê-lo em relação a outros aos quais, às vezes, em maior ou menor grau, concede algumas das faculdades inerentes à personalidade jurídica – e não de todas –, como no caso da herança, da massa falida, do condomínio etc.” (**Lições de Direito Societário**, p. 15-16).

dimensão política que o mesmo oferece hoje, por comparação com o *animus* que antes inflamava a querela entre o ficcionismo, por um lado, e o organicionismo e o realismo substancial, por outro.⁶³

Entre nós, tem-se na obra de José Lamartine⁶⁴ um dos principais estudos acerca da pessoa jurídica e as crises de estrutura e de função que sobre ela incidem, conforme será tratado adiante neste trabalho (Parte 3, Capítulo 1, Subseções 2.2 e 2.3). Tal autor, adota a concepção ontológico-institucionalista⁶⁵ das pessoas jurídicas, pela qual considera que essas são verdadeiros sujeitos de direito autônomos e independentes, possuindo os elementos constitutivos de uma instituição, pois agrupa a idéia de vínculo entre os seus participantes objetivando a realização de um fim comum (interesse social).

Afora a discussão relativa à natureza da personalidade jurídica dos entes coletivos, é de se ressaltar, para os fins do presente estudo, que a compreensão da existência desse “ente” é de extrema relevância para os fins do estudo das sociedades comerciais e dos próprios grupos societários.

Porém, nem sempre a personalidade jurídica é elemento indispensável à constituição das sociedades comerciais. No direito brasileiro, por exemplo, apesar de a regra ser a concessão de personalidade a esses sujeitos de direito, tal previsão não se aplica às sociedades irregulares ou de fato (não personificadas) e às sociedades em conta de participação (artigos 986 a 996 do Código Civil de 2002). Em outros, como o alemão e o italiano, só as sociedades de capital são dotadas de personalidade jurídica, o que não é conferido às sociedades de pessoas, o que não impede o seu tratamento como sujeitos de obrigações e de direitos.⁶⁶ Assim, a personalidade jurídica outorga independência à sociedade comercial, permitindo que seja um centro de imputação de direitos e obrigações distinto da pessoa de seus sócios.

Em razão do atributo da personalidade jurídica, passou a sociedade comercial a também poder ser dotada de responsabilidade limitada. A criação da sociedade anônima teve fundamental importância na junção desses importantes atributos ao deixar de ser criada mediante uma “carta” da autoridade pública ou nos termos de sua “autorização”, passou a companhia a ser um ente eminentemente privado⁶⁷, mas cuja responsabilidade pelos atos por

⁶³ SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anônimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural**, p. 41.

⁶⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁶⁵ *Idem*, p. 60.

⁶⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, nota 21, p. 15.

⁶⁷ As teorias acerca do interesse social serão tratados no próximo capítulo.

ela praticados não poderiam ser atribuídos a seus integrantes. Como a aplicação de capitais exigida pela Revolução Industrial dava-se em grandes proporções, não poderiam os investidores arcar com as quantias elevadas necessárias e assim o faziam mediante a associação entre pessoas. Porém, para que o risco da atividade não afugentasse os investidores, que responderiam com os seus próprios patrimônios no caso de insucesso empresarial, uniu-se, pela sociedade anônima, o conceito de personalidade jurídica ao de responsabilidade limitada.⁶⁸

Antes de representar uma necessidade para o desenvolvimento econômico, dada a possibilidade da dispersão dos riscos e da diversidade na composição do capital, os conceitos de personalidade jurídica e responsabilidade limitada eram considerados como verdadeiros privilégios, pois significavam uma exceção aos princípios gerais da responsabilidade⁶⁹. Porém, passa a responsabilidade limitada a ser uma pedra fundamental do direito das sociedades, representando uma regra revolucionária⁷⁰ aos padrões anteriores, fazendo-se vigorar até os dias de hoje.

⁶⁸ Marçal Justen Filho destaca: “E se acentuou a necessidade de generalização da personificação societária (realizada através da consagração da sociedade anônima) porque a Revolução Industrial exigia a concentração de grandes capitais para o êxito empresarial. Retirando-se o Estado do exercício da atividade econômica e alterando-se a natureza dessa atividade, o capital individual dificilmente era suficiente para o sucesso. De resto, a responsabilidade subsidiária ilimitada era risco a que não se aventuravam os que pudessem deter tamanha riqueza. Esses não estavam dispostos a inverter somas elevadas no negócio e, ainda, permanecer com o risco de comprometer o restante do patrimônio privado. Essas circunstâncias, assim sumariamente expostas, conduziriam naturalmente a que se delineasse a sociedade anônima como instrumento fundamental para o êxito dos sistemas políticos, filosóficos e econômicos adotados. A corporificação empresarial produziu uma revolução sobre as concepções de pessoa jurídica. As sociedades de pessoas, até então existentes, não tinham produzido o fenômeno da corporificação. As circunstâncias haviam permitido, assim, a manutenção das concepções sobre pessoas jurídicas. Mas a alteração dessas mesmas circunstâncias pôs em cheque o pensamento dogmático, ao se produzir o notado fenômeno da generalização da personificação societária.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 23-24).

⁶⁹ Essa é a posição de Berle e Means: “O verdadeiro privilégio concedido pelo Estado é o da sociedade anônima – o direito de manter o empreendimento com seu próprio nome, de processar e ser processado em interesse próprio, independente dos indivíduos; de ter sucessão perpétua, isto é, de perdurar enquanto entidade, embora mudem os indivíduos que a compõem. De tudo isso decorria necessariamente uma responsabilidade limitada dos associados. Como somente a entidade era responsável por dívidas, que não recaíam sobre os vários indivíduos, concluiu-se que um acionista não era normalmente responsável por nenhuma dívida da empresa; desse modo, ele poderia aplicar uma determinada quantidade de capital nos negócios da sociedade sem se responsabilizar por mais nada além desse capital, sem se responsabilizar pelas dívidas” (BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 130).

⁷⁰ Através da forma corporativa, as empresas conseguiram alcançar o *status* de pessoa jurídica na arena judicial, lado a lado com pessoas naturais, levando a uma clara separação entre as esferas legais dos donos das empresas ou investidores (acionistas) e a esfera legal da própria empresa. Isto levou, dentre outros efeitos a que somente a última seria levada em consideração para o caso de responsabilidade pelas atividades empresariais (personalidade jurídica). Além disso, uma regra revolucionária sobre a alocação dos riscos empresariais – que se tornou uma pedra fundamental do direito comercial – se tornou consagrada a fim de encorajar o grande investimento e a acumulação de capital exigida para o crescimento das empresas:

José Engrácia Antunes⁷¹ faz uma interessante incursão acerca das origens históricas da responsabilidade limitada (“limited liability”, “Haftungbeschränkung”, “responsabilité limitée”, “responsabilità limitata”)⁷² nas companhias, indicando que sua gênese encontra-se em decisões judiciais norte-americanas proferidas no primeiro quartel do século XIX, nas cortes dos Estados da Pennsylvania⁷³, Connecticut⁷⁴, Massachussets⁷⁵. Apenas em 1830, pelo “Act of Feb. 23”⁷⁶, a limitação da responsabilidade (“limited liability”) foi objeto de previsão legal no Estado de Massachussets, ao passo que em 1855 tal previsão foi estabelecida na maioria dos Estados americanos. O mesmo autor ressalta, também, que, no direito europeu, a primeira previsão legal acerca da responsabilidade limitada se deu no artigo 33º do Código Civil francês de 1807.⁷⁷

a responsabilidade dos sócios foi limitada ao capital investido o que fortaleceu ainda mais o isolamento de tais indivíduos das responsabilidades e dos débitos das empresas (responsabilidade limitada). Com a introdução de uma limitação clara entre a empresa, como pessoa jurídica, e seus investidores, ou acionistas, a responsabilidade empresarial entrou numa nova era. Daquele momento em diante, a empresa, vista como um ente jurídico próprio, com seus direitos e deveres, com patrimônio e responsabilidades – passou a responder sozinha a todos os tipos deriscos e custos gerados pela sua atividade empresarial. Esta foi e ainda é a solução geral encontrada pelo direito comercial para a responsabilidade empresarial para os mais relevantes setores da moderna atividade empresarial. No original: “*Through the corporate device, enterprises were able to reach the status of a legal person in the juridical arena, side-by-side with human persons, leading in turn to a clear-cut separation between the legal sphere of the enterprise owners or investors (shareholders) and the legal sphere of the incorporated enterprise itself. This entailed, among other effects, that only the latter would be made accountable for consequences stemming from enterprise activity (legal personality). On top of this, a revolutionary rule regarding the allocation of enterprise risks – that has since become a cornerstone of corporate law – has been consecrated in order to encourage the widespread investment and a capital accumulation required for growth of enterprises: The liability of corporate associates was limited to the amount of their capital investment, which strengthened even more the complete insulation of such individuals from the liabilities and debts of the corporation (limited liability). With the introduction of such a clear line of demarcation between the corporation, as a legal person, and its individual investors, as shareholders, enterprise liability had entered into a completely new era. From that moment on, the corporation – viewed as a separate legal entity with its own rights and duties, with its own assets and liabilities – has alone been held legally liable to meet all types of risks and costs generated by its business activity. This was and still is the general solution foreseen by the law of enterprise liability for the most relevant sector of modern business activity.*”(ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law**, an International and Comparative Perspective, p.2).

⁷¹ *Idem*, p. 123.

⁷² ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*, p. 34.

⁷³ *Myers v. Irwin*, 2 Serg & Rawle 368, 371 [Pa. 1816] **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law**, an International and Comparative Perspective, p.123, nota 46.

⁷⁴ *Malrborough Mfg. Co. v. Smith*, 2 Conn. 579, 584 [1818] (*idem*).

⁷⁵ *Wood v. Dummer*, 30 F. Cas 435, 436 [C.C.D. Me. 1824] (*idem*).

⁷⁶ Ch. 53, § 8, 1830 Mass. Acts 329 (*idem*).

⁷⁷ ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*, p. 34, nota 32, citando LEHMANN: *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*. A redação do artigo 33, do Código Comercial francês é a seguinte: “Art. 33: *Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.*” No português: os sócios são responsáveis apenas pela perda da participação que tenha na sociedade.

O conceito básico a que se submete a limitação das responsabilidade está ligado ao simples e lógico binômio poder/responsabilidade, ou seja, apenas devem ser responsabilizados aqueles que podem, detêm e exercem o poder sobre os bens da companhia, não detendo responsabilidade aqueles que, por outro lado, não o exerçam, apesar de também serem proprietários da sociedade, como é o caso do simples acionista das sociedades anônimas.

Ou seja, a imputação de responsabilidade àqueles acionistas que não participaram dos processos de decisão na sociedade, faria com que esses fossem expostos a riscos por eles não causados e sobre os quais não tiveram qualquer ingerência ou, inclusive, possibilidade de evitá-los, tendo em vista a sua não-participação na administração da companhia.

Ora, se não se detém o poder de mando, de administração, de decisão sobre qual o rumo a ser dado à sociedade, a esse proprietário não se pode imputar responsabilidade⁷⁸. Tal conclusão não representa uma contradição ao princípio *ubi commodum ibi incommodum*, pelo qual cada indivíduo responde com a integralidade do seu patrimônio pelos danos que venha a causar a terceiros em razão de suas ações⁷⁹. Na realidade, a limitação da responsabilidade está de acordo com tal princípio, pois basta verificar que ao poder praticado de forma ilimitada há, em contraposição, uma responsabilidade ilimitada pelo seu resultado. Por outro lado, a inexistência de poderes impede, conseqüentemente, a responsabilização por aqueles atos que não o praticou. Ou seja, “se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada (...), então também, negativamente, a *um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada*”⁸⁰.

Do ponto de vista econômico, a existência da limitação da responsabilidade é um dos pressupostos imprescindíveis da sociedade anônima, pois o risco em que incorreriam os investidores seria por demais elevado, e a ausência de qualquer limitação de suas responsabilidades afugentaria qualquer intenção de investimento.

Os pensadores da análise econômica do direito⁸¹, apesar de buscarem a criticável aplicação do princípio da eficiência econômica no direito⁸², sustentam a existência de, pelo

⁷⁸ Aqui ganha relevo, também, outro conceito inerente às sociedades anônimas feito por BERLE / MEANS, pelo qual o “novo conceito de propriedade” admite a separação entre a titularidade da propriedade e a sua administração, ou seja, o dono que a administra e o dono cuja propriedade é administrada por terceiros (**A moderna sociedade anônima e a propriedade privada.**, p. 06).

⁷⁹ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective.**, p. 125.

⁸⁰ ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa**, p. 34.

⁸¹ A abordagem sobre a análise econômica do direito neste trabalho se dá apenas de forma pontual e exemplificativa, não se pretendendo adentrar nas discussões que essa análise impõe, o que desvirtuaria e extrapolaria os limites deste estudo.

menos, seis principais motivos da necessidade da existência da limitação das responsabilidades junto às companhias.⁸²

Primeiro, deve-se considerar que tal limitação reduz os custos com a administração da sociedade, pois, acaso ela não existisse, o controle sobre cada um dos atos praticados pelos administradores da companhia deveria ser acompanhado mais de perto pelos acionistas.

Segundo, a existência de uma limitação de responsabilidades reduzia os custos de um acionista para o controle e análise das condutas dos outros acionistas da sociedade, pois, caso a responsabilidade fosse ilimitada e a sociedade desempenhasse uma atividade por demais arriscada, o acionista investidor deveria preocupar-se também com o patrimônio dos demais acionistas, pois todos eles deveriam, ao final, arcar com os seus próprios bens em face dos prejuízos causados pela sociedade. Assim, se um acionista não possui patrimônio para eventual responsabilização, aquele que o detém não teria interesse de permanecer na sociedade, pois arcaria individualmente com o prejuízo causado pela companhia e que deveria ser suportado por todos os seus proprietários.

Terceiro, em sendo possível a livre transferência das ações da sociedade para outros novos investidores, isso possibilitaria que uma companhia em más condições tivesse suas ações vendidas a baixos preços para novos investidores, que poderiam, inclusive, substituir os administradores da sociedade, possibilitando o soerguimento da empresa. A limitação da responsabilidade atuaria nesse caso como incentivo a uma atuação eficiente dos administradores, para que sejam mantidos altos os preços das ações.

Quarto, a limitação da responsabilidade permite que o “valor da empresa” seja definido independentemente da análise da situação econômica dos próprios acionistas. Acaso

⁸² Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 2002, p. 38-39) assim define a análise econômica do direito: “Nascida originariamente do direito antitruste, onde os raciocínios econômico e jurídico são incidíveis, essa Escola ganha concretude teórica nos anos 60 com os trabalhos pioneiros de G. Calabresi e R. Coase, respectivamente sobre atos ilícitos e custos sociais. Nas décadas de 70 e 80 essa teoria tem grande expansão para diferentes campos, entre eles o direito societário. Em especial a partir do final dos anos 70 e durante os anos 80 a análise econômica do direito ganha uma distinta conotação ideológica. Isso pode uma razão muito simples. Grande parte, senão a quase totalidade, de seus seguidores faz parte da chamada Escola de Chicago, cujo ideário liberal é fartamente conhecido. Por essa razão, a partir sobretudo desse período, a Análise Econômica do Direito passa a ser identificada ou talvez confundida com a chamada ‘Teoria da Eficiência’. Essa indevida identificação responde por muitas de suas críticas e até por seu declínio teórico nos anos 90. A razão para isso é simples. Essa teoria não pretende ser apenas analítica, como é a análise econômica do direito. Pretende isso sim erigir a parâmetro de orientação das normas jurídico o chamado ‘princípio da eficiência’. Segundo esse princípio, as normas jurídicas são eficientes ‘quando permitem a maximização de riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico’”.

⁸³ EASTERBROOK; FISCHER. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 41-44.

essa não se fizesse presente, o aludido valor somente poderia ser obtido caso, além dos resultados próprios da empresa, fossem também levantados os patrimônios dos acionistas, pois esses também deveriam arcar com eventual prejuízo da sociedade.

Quinto, é possível a diversificação dos investimentos do acionista, que não precisa investir apenas nas empresas cuja administração pudesse acompanhar de perto. A limitação de responsabilidade auxilia, portanto, na variação dos investimentos e na própria segurança desses, pois eventuais perdas seriam individuais e não alcançariam a totalidade ou grande parte dos investimentos realizados.

Sexto, possibilita a atuação em atividades mais arriscadas sem que se corra o risco de ruína pessoal. Ausente a responsabilidade limitada, os investimentos apenas ocorreriam em atividades com menor risco, o que proporcionaria, inclusive, redução de investimento em novas tecnologias ou novos projetos.

Apesar desses importantes motivos para a previsão da responsabilidade limitada, pensadores como Berle e Means defendem que a própria limitação de responsabilidade poderia ser prevista contratualmente entre as partes, mesmo que não prevista pela lei.

Era possível colocar uma cláusula em todos os contratos, segundo a qual a parte litigante limitava seu direito de recorrer ao fundo comum: o decreto de constituição pode perfeitamente ser elaborado de forma a legalizar a inclusão dessa cláusula em todos os contratos de sociedade anônima. O único problema real gira em torno das responsabilidades não consensuais, tais como responsabilidade por danos devido à negligência de um representante da companhia – uma responsabilidade, entretanto, que em grande medida está sob o controle do Estado.⁸⁴

O pressuposto da limitação da responsabilidade possui, como se vê, uma justificativa econômica e, por isso, foi elemento importante para a constituição das sociedades comerciais no período da Revolução Industrial.

Além de se fazer presente nas sociedades anônimas, a limitação da responsabilidade também se encontra na sociedade de pessoas, como a *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (G.m.B.H.) do direito alemão, criada em 1892, a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, do direito português e, no Brasil, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de 1919, criada pelo Decreto 3.708/1919⁸⁵, atualmente apenas sociedade limitada nos termos do art. 1.052 e seguintes do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002).

⁸⁴ BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, nota 02, p. 130.

⁸⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Ob. cit., nota 133, p. 60-61.

Afora a existência da personalidade jurídica, e do princípio da responsabilidade limitada, no modelo das sociedades comerciais esse também é dotado da noção de autonomia, assunto, aliás, de extrema relevância na elaboração do presente estudo, especialmente quanto à discussão relativa aos grupos de sociedade (*vide* Parte III, Capítulo 1, Seção 1).

Por autonomia da sociedade comercial deve-se compreender o poder-dever de o seu centro de decisão atender aos interesses do ente societário, sendo irrelevantes, para os seus fins internos, as vontades de pessoas externas à sociedade. Ou seja, pelo modelo jurídico tradicional da sociedade comercial, ela é independente e livre na tomada de suas decisões, dispondo de uma personalidade jurídica e de patrimônio próprios, bem como de uma estrutura organizacional interna disposta ao atendimento de seus próprios interesses⁸⁶. Tanto é assim, que, acaso venha a atuar de forma distinta do escopo para o qual fora criada, os atos praticados serão considerados *ultra vires* (do latim, além das forças), pois exercidos em desacordo com a própria vontade da sociedade comercial e com a sua capacidade de obrigar-se somente para o atingimento dos fins para os quais foi constituída. Exemplo disso é a redação do artigo 316⁸⁷, do Código Comercial brasileiro e do artigo 14⁸⁸ do Decreto 3.708/1919, bem como dos artigos 158 e 159⁸⁹ da Lei das Sociedades Anônimas, 6.404/76, que trata dos limites da atuação das sociedades comerciais nos termos de seus contratos constitutivos.

⁸⁶ Para tal compreensão, ganha relevo a teoria organicista da pessoa jurídica, que a explica como um ente com estrutura semelhante à pessoa natural, tendo diferentes órgãos que destinam-se ao atendimento de sua vontade (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, p. 24).

⁸⁷ “**Art. 316.** Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e a estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiro; com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato. Não havendo no contrato designação do sócio ou sócios que tenham a faculdade de usar privativamente da firma social, nem algum excluído, presume-se que todos os sócios têm direito igual de fazer uso dela. Contra o sócio que abusar da firma social, dá-se ação de perdas e danos, tanto da parte dos sócios como de terceiro; e se com o abuso concorrer também fraude ou dolo, este poderá intentar contra ele a ação criminal que no caso couber.” Essa redação foi revogada pelo novo Código Civil, Lei 10.406/2002.

⁸⁸ “**Art. 14.** As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, se forem tais compromissos contraídos em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerência.”

⁸⁹ “**Art. 158.** O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

Assim, o modelo legal atualmente vigente da sociedade comercial considera-a como sendo um ente dotado de três elementos fundamentais: (i) independência jurídica (dada a sua personalidade jurídica); (ii) responsabilidade limitada⁹⁰ e, (iii) autonomia. Vale saber se tal modelo, criado e vigente desde o final do século XIX, é capaz de suportar as mudanças econômicas ocorridas no século seguinte, e que encontrarão o seu ápice neste novo milênio.

Seção 3 – O Direito Societário Perante o Fenômeno do Concentracionismo Empresarial

A partir do momento em que se permitiu a participação de uma sociedade no capital de outra, rompeu-se a barreira ao desenvolvimento do fenômeno do concentracionismo empresarial, formando-se o que de há muito a doutrina vem denominando a empresa plurissocietária.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”

⁹⁰ Para os fins do presente trabalho, o modelo da sociedade comercial ora objeto de análise refere-se apenas àquelas dotadas de responsabilidade limitada, como a sociedade anônima e a sociedade limitada. Não são desconsideradas aquelas em que tal responsabilidade é ilimitada. Porém, como essas últimas dificilmente constituem-se mediante grupos societários, as referências desse estudo ao “modelo tradicional das sociedades comerciais” são relativas, por convenção, àquelas dotadas de responsabilidade limitada.

Por detrás deste “fenômeno empresarial”, ou dele mesmo fazendo parte, pois inequivocamente indissociáveis, está um outro “fenômeno”, qual seja, o do concentracionismo econômico. Não se pretende aqui tratar dos elementos formadores desse concentracionismo capitalista, trabalho já desenvolvido pela Economia Política e cuja compreensão demanda o incursão nas obras dos principais pensadores desse ramo do conhecimento, como Smith⁹¹, Ricardo⁹², Jevons⁹³, Marx⁹⁴, Keynes⁹⁵, dentre inúmeros outros, questão que demandaria um trabalho específico à parte. Porém, António Avelãs Nunes⁹⁶ destaca algumas razões importantes que servem a explicar o processo de concentração econômica ocorrido a partir dos anos 70 do século XIX e que irá auxiliar na compreensão da formação do objeto principal do presente estudo: os grupos de sociedade.

Como um dos principais elementos desse concentracionismo, destaca o referido autor que a concorrência seria um deles, pois representa uma consequência natural da concentração do capital, na medida em que implica uma incessante busca de novas condições de produção, que proporcionem o alcance de custos de produção mais baixos, permitindo o aumento de lucro a empresas que não teriam capacidade de exercer qualquer influência sobre as condições globais do mercado ou diretamente sobre os preços. Além disso, ela une empresas que acompanham o progresso técnico e, também por isso, amplia as capacidades de produção, num processo de efeito cumulativo.⁹⁷ A união de empresas, aliás, é um dos principais fundantes dos grupos de sociedades.

O progresso técnico também se apresenta como importante elemento à concentração de capital, na medida em que permite o desenvolvimento de novos produtos e diferentes formas de produção advindos de novos ciclos tecnológicos, conforme se verá adiante (Parte 1, Capítulo 2, Seção 4).

As crises cíclicas⁹⁸, verificadas nas economias capitalísticas a partir do primeiro quartel do século XIX, são responsáveis pelo desaparecimento de muitas empresas e

⁹¹ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. II.

⁹² RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Victor Civita, 1982.

⁹³ JEVONS, W. Stanley. **A Teoria da Economia Política**. Tradução de Cláudia Laversveiler de Moraes. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁹⁴ MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁹⁵ KEYNES, John M. **The means to prosperity**, 1924.

⁹⁶ NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 184.

⁹⁷ *Idem, ibidem*.

⁹⁸ *Idem*, p. 185.

estimulam a cartelização das maiores empresas, sendo, portanto, um elemento relevante à concentração de capitais.

No mesmo sentido foi o papel do capital bancário, responsável pelo investimento em incontáveis empreendimentos, como ferrovias, indústrias e comércio, representando importante instrumento para o financiamento de fusões, associações e acordos de empresas.

A própria Revolução Industrial foi elemento à concentração de capitais e de sua extensão a todo o mundo capitalista dado o desenvolvimento de uma classe burguesa dominante, dotada de capital e investidora no uso de tecnologias modernas e centrada em produções de grande escala, o que proporcionou uma forma mais eficaz de concentração de capitais⁹⁹.

Paralelamente ao processo de industrialização, o concentracionismo capitalista também se desenvolvia não sem o auxílio do Poder Público, como foram os grandes *konzern* alemães (grupos de sociedade, como se verá a seguir) com o militarismo prussiano das esferas governamentais e os *Zaibatsus* japoneses, sendo esses últimos grandes grupos industriais e financeiros inicialmente formados com o auxílio do próprio Estado e que posteriormente passaram a um pequeno número de famílias japonesas.¹⁰⁰

A par desses elementos de natureza econômica, o direito forneceu os instrumentos indispensáveis à obtenção desse resultado, na medida em que também possibilitou a concentração empresarial. Com a personalidade coletiva, assentou a autonomia patrimonial e a multiplicação dos centros de imputação das relações jurídicas. Por outro lado, com a possibilidade de participação acionária, possibilitou a unidade de comando sobre os diferentes patrimônios, tornando possível o controle sem os ônus da propriedade, ou seja, o poder sem risco¹⁰¹, conforme se viu anteriormente quando mencionada a importância do surgimento da responsabilidade limitada.

Nesse meio, a sociedade anônima torna-se a instituição-chave do concentracionismo capitalista e empresarial, pois com os elementos da personalidade jurídica, da responsabilidade limitada e a possibilidade da participação societária, possibilitou-se a expansão do seu poder de dominação econômica a várias outras sociedades.

⁹⁹ NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**, p. 187.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 189. A este respeito, vide também MODESTO CARVALHOSA. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, tomo II, p. 249.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XV, n. 23, p. 92, 1976.

Mais recentemente, destacam-se outras relevantes razões de caráter institucional, político, social e tecnológico que podem também explicar a emergência desse fenômeno concentracionista¹⁰², como, por exemplo, (i) a criação do Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, intencionados a harmonizar o sistema financeiro internacional; (ii) a formação dos blocos econômicos para unificar em nível regional os mercados nacionais, como, por exemplo, a União Européia, *North America Trade Agreement – NAFTA* e o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

Em meio a todos esses elementos, e deles também fazendo parte, está o fenômeno da globalização¹⁰³, chamado por José Engrácia Antunes de Terceira Revolução Industrial¹⁰⁴, que integrou mercados nacionais diversos, implicando na circulação de bens, serviços, capitais e tecnologias em escala mundial, o que se deu também em razão do desenvolvimento da informática, da comunicação e dos transportes.¹⁰⁵

Hardt e Negri fazem, no entanto, o alarde da sensação de pseudoliberalidade e independência trazida pela globalização, a qual, aproveitando-se do enfraquecimento do poder Estatal, possibilita a criação de uma nova ordem global, um império que

(...) está se materializando diante de nossos olhos. Nas últimas décadas, a começar pelo período em que regimes coloniais eram derrubados, e depois em ritmo mais veloz quando as barreiras soviéticas ao mercado do capitalismo mundial finalmente caíram, vimos testemunhando uma globalização irresistível de trocas econômicas e culturais. Juntamente com o mercado global e com circuitos globais de produção, surgiu uma ordem global, uma nova lógica e estrutura de comando – em resumo, na nova forma de supremacia. O império é a substância política que, de fato, regula essas permutas globais, o poder supremo que governa o mundo. (...) Muita gente sustenta que a globalização da produção e da permuta capitalistas é prova de que as relações econômicas tornaram-se mais independentes de controles

¹⁰² Questões a serem melhor abordadas adiante, Seção 1, Capítulo 2, Parte 1.

¹⁰³ Sobre o termo, José Eduardo Faria (**O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 59), assinala que “convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, globalização não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais. Desde a última década esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir, descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão do comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; (...) a padronização das práticas comerciais no plano mundial; a desregulamentação do mercado de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global”.

¹⁰⁴ Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O moderno paradoxo regulatório. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 38-39.

¹⁰⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 86.

políticos, e, conseqüentemente, que a soberania política está em declínio. Há ainda quem comemore essa nova era como uma libertação da economia capitalista de restrições e distorções que as forças políticas lhe impunham; e não falta quem veja e lamente nisso o fechamento de canais institucionais que permitiam aos trabalhadores e cidadãos influenciar ou contestar a fria lógica do lucro capitalista. É fato que, em sintonia com o processo de globalização, a soberania de Estados-nação, apesar de ainda eficaz, tem gradualmente diminuído. Os fatores primários de produção e troca – dinheiro, tecnologia, pessoas e bens – comportam-se cada vez mais à vontade num mundo acima das fronteiras nacionais; com isso, é cada vez menor o poder que tem o Estado-nação de regular esses fluxos e impor sua autoridade sobre a economia.¹⁰⁶

Esse é o complexo cenário que se apresenta na realidade atual da concentração econômica e empresarial. E, diante desses fatos, a alta concorrência e a demanda existente em escala mundial fizeram exigir dos seus participantes o emprego de vultosos capitais em pesquisa e desenvolvimento de produtos, tornando apenas a grande empresa viável a enfrentar os desafios da economia globalizada. Ou seja, somente aqueles detentores de recursos de grande ordem, atuantes em mercados de alta tecnologia, poderiam sobreviver nas acirradas condições de concorrência econômica existentes, o que leva Fábio Konder Comparato a afirmar que, nesse caso,

só a grande firma (...) é capaz de acompanhar a revolução tecnológica contemporânea, que exige investimentos maciços em pesquisa científica, não necessariamente rendosos, e que alargou o mercado às dimensões do planeta, impondo gastos consideráveis de transporte, distribuição e publicidade¹⁰⁷.

Ao tratar dos grupos de sociedades, tema principal do presente trabalho, o referido autor sustenta, ainda:

Não há negar entretanto que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de ‘economias internas de escala’, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX. Todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os compunha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade

¹⁰⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 11.

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Consórcios de Empresas. In: **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 221.

condenada, em todos os setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica.¹⁰⁸

Desse modo, a concentração societária foi e ainda continua sendo a opção do empresário para que consiga suceder num mercado de grande escala e competitivo. Observa-se, porém, que tal fenômeno ocorreu em duas principais fases. A primeira, refere-se à expansão interna da sociedade, e a segunda, à externa, que leva ao fenômeno da empresa plurissocietária, conforme se verá a seguir.

Subseção 3.1 – A Concentração Primária

Do ponto de vista macroeconômico, a expansão externa da sociedade representa o aumento do seu tamanho e a diminuição da sua quantidade. Já pela análise microeconômica, a concentração primária representa o seu crescimento mediante um processo interno cultivado por elementos financeiros, técnicos e comerciais¹⁰⁹, como o investimento em novas tecnologias e contratações, ampliando-se propriamente o mercado e atuação da sociedade, levando a instrumentos típicos da concentração, como a fusão e a incorporação empresarial¹¹⁰.

Destaca, no entanto, Engrácia Antunes¹¹¹ que essa forma de expansão societária logo sofreu limitações financeiras, organizativas e legais. Por um lado, o crescimento econômico interno da sociedade gera dificuldades para a sua manutenção, haja vista os gastos financeiros e a dificuldade na constância do processo acumulativo. De outro, a expansão interna gera dificuldades organizativas, tornando inviável a gestão eficiente do todo. Por fim, o elevado poder econômico das grandes empresas poderia levar a tendências monopolistas, ferindo as

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 355-356.

¹⁰⁹ “From a macroeconomic point of view, this phase was characterized by the growth in the size of enterprises and by the correlative diminution of their number. From a microeconomic point of view, its distinctive feature lay in the fact that enterprises grew through a process of internal expansion, that is to say, by laying hands on their own financial (self-financing, capital raising operations), technical (creation of own R&D services), or commercial (creation of autonomous distribution or supply networks) capacities, etc. (creation of autonomous distribution or supply networks) capacities, etc. In this earlier concentration stage, corporations thus grew internally to be gigantic monolithic business units, within their own institutional boundaries; they expanded into gigantic single-corporate enterprises.” (ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective**, p. 23)

¹¹⁰ Eduardo Secchi Munhoz (**Empresa Contemporânea e o Direito Societário**) dá como exemplo a formação das grandes empresas monolíticas que constituem exemplos de impérios empresariais do século XX, como a *Standart Oil Company* e a *US Steel Corporation*.

¹¹¹ **Os Grupos de Sociedade – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 49.

regras da concorrência, tornando necessária a intervenção legal estatal para breçar as distorções encontradas no mercado.

O direito norte-americano, aliás, é paradigmático a este respeito, haja vista que representou o berço da discussão do antitruste, sendo a legislação que primeiramente regulou a atividade concorrencial¹¹². Tem-se no *Sherman Act*, de 1890, o primeiro ato relevante de controle da concorrência e de disciplina da atividade monopolística. Vale, ressaltar, porém, que nos Estados Unidos o monopólio por si só não é considerado ilegal, sendo sua existência considerada válida pelo direito desde que demonstrada a naturalidade de sua criação, com o que se respeita a livre iniciativa da economia americana. O que não se admite é o desrespeito ao direito dos consumidores e a ofensa à adequada prática da concorrência.

Mas outros também foram os motivos do surgimento dessa primeira previsão legal do direito da concorrência nos Estados Unidos. Na época, havia a contraposição da região nordeste industrializada e a região sul fundada na agricultura. Na primeira, encontravam-se grandes concentrações de empresas como a de estradas de ferro e de telégrafos. No setor de telégrafos, por exemplo, a *Western Union*, já em 1866, tinha adquirido quase que a totalidade de seus concorrentes.¹¹³ Já os agricultores do sul, além de assistirem com ressentimento o crescimento das concentrações industriais do Norte, para quem saíram perdedores na Guerra da Secessão, viam que tal fenômeno não os beneficiava, apesar de terem sido grandemente estimulados para comprar ações dessas empresas, sendo, portanto, também seus financiadores.

No entanto, a má gestão dessas concentrações e a sua freqüente ligação a fraudes, principalmente no ramo das estradas de ferro, faziam com que tais empreendimentos não pagassem dividendos aos agricultores sulistas. Além disso, os prejuízos causados pelas empresas eram constantemente assumidos pelo Estado, também participante em seu capital acionário. Desse modo, verificavam os agricultores que os monopólios por eles indiretamente financiados não protegiam os seus interesses, mas ao contrário, exigiam preços acima daqueles que a situação de monopolista lhes permitia.

¹¹² Também na Alemanha se encontram algumas das primeiras normas do direito concorrencial, como a *UWG* (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), de 7 de junho de 1909, que considerava ilegal todos aqueles atos contrários às boas práticas comerciais. Afirma-se, ainda, que a preocupação da lei alemã apenas com a boas regras comerciais, não disciplinando e nem garantindo a concorrência, levou à formação de inúmeros cartéis no país, fato este também admitido pelo *Reich*, que igualmente atuava em cooperação aos grupos privados, fortalecendo-os e proporcionando uma maior força de guerra à Alemanha. A disciplina concorrencial alemã apenas tomou corpo após a 2ª Guerra Mundial, com o Tratado de Roma e com a *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) (SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas, p. 66-68).

¹¹³ *Idem*, p. 58.

Some-se a isto o fato de que a própria economia americana tendia à concentração monopolista, passando de uma economia baseada na pequena empresa e no espírito empreendedor individual norte-americano à economia de produção de massa e que exigia elevado investimento de capital, fato este que por si só limita o número de novas empresas no mercado.¹¹⁴

Ante tal cenário, e de acordo com fortes pressões praticadas pelos agricultores do sul, foi elaborado o *Sherman Act*, que em sua Seção I declarava ilegal o contrato, as combinações na forma de truste ou a conspiração¹¹⁵ que pudessem criar dificuldades ao comércio interestadual e, em sua Seção II, declarava ser crime a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado.¹¹⁶

Contudo, a dificuldade de definição do que seria o monopólio do mercado e a partir de qual momento esse poderia ser considerado ilegal, pois haviam monopólios anteriores ao *Sherman Act*, levou à promulgação de duas novas leis, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Comission Act*, ambos de 1914. No primeiro, foram definidas quais as práticas monopolísticas consideradas desleais e, no segundo, criou-se a *Federal Trade Comission*, entidade que analisa a prática de concorrência desleal, podendo definir suas novas formas não inicialmente previstas pela lei. Tais leis vieram, portanto, a complementar a definição dada pelo *Sherman Act* acerca da concorrência desleal, bem como tutelar a proteção do concorrente contra atos desleais de um outro concorrente, pois a concorrência não deve ser apenas livre, deve também ser leal para proteger o interesse do consumidor contra o poder econômico do mercado.¹¹⁷

Porém, as limitações criadas pela legislação concorrencial fizeram com que houvesse uma mudança de estratégia na concentração empresarial, o que levou à segunda fase da concentração – *secondary concentration*¹¹⁸ – pela qual se começa a delinear o fenômeno da empresa plurissocietária, no qual se insere o grupo de sociedades. Dentre outros motivos que também levaram a essa nova concentração, encontram-se as próprias limitações financeiras da grande empresa de concentração interna, pois ela sozinha não consegue financiar o seu próprio crescimento, haja vista os limites das fontes de crédito a uma mesma entidade que se perpetua ao longo do tempo. Por outro lado, a própria complexidade alcançada pela grande firma torna inviável a sua administração, sendo necessária a passagem da *unit enterprise* para

¹¹⁴ SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas, p. 60.

¹¹⁵ No original “*contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy*” (*Idem*, p. 62).

¹¹⁶ *Idem. Ibidem.*

¹¹⁷ *Idem*, p. 64.

¹¹⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 24.

a *multi-unit enterprise*¹¹⁹, numa clara tendência à descentralização administrativa, tema a ser tratado logo adiante. Por fim, o grande crescimento empresarial interno levaria, sob o ponto de vista econômico, à criação de “Estados sem Estados” (“*States within states*”¹²⁰), fazendo com que a empresa seja objeto de uma grande regulação por parte do Estado. Por tais motivos, exemplificativamente apresentados, a concentração empresarial chega à sua segunda fase, a seguir tratada.

Subseção 3.2 – A Concentração Secundária

Por concentração empresarial secundária, deve-se compreender o crescimento externo da empresa, ou seja, além da sua própria personalidade jurídica, ultrapassando-se até os limites de sua autonomia e independência (tema que será melhor tratado na parte 3 deste trabalho). Inicia-se, nessa segunda fase da concentração empresarial, a formação do fenômeno dos órgãos societários representativos de uma unidade econômica numa diversidade jurídica.

As causas dessa concentração empresarial secundária atendem a uma complexidade de fatores. Dentre eles, pode-se destacar a tentativa de superação das limitações concorrenciais impostas pela legislação antitruste, como se viu pelo modelo norte-americano e a facilitação da administração de uma grande atividade comercial, com a divisão em diversas células administrativas daquilo que era organizado de forma centralizada. Tal divisão leva igualmente, à multiplicação das possibilidades empresariais, seja pela descentralização administrativa (*enterprise à multi unit enterprise*), ou pela própria possibilidade de diversificação de negócios, sem contar na possibilidade do fim das limitações tributárias, econômicas e das mais variadas ordens às grandes entidades empresariais. Ou seja, a concentração secundária representa a tentativa da manutenção da grande empresa de concentração primária, mas com a sua divisão em múltiplas unidades, as quais obedecem a

¹¹⁹ Chandler, *Managerial Hierarchies*, 11. Apud ANTUNES, José Engracia. Ob. cit., p. 28.

¹²⁰ “The traditional firm was a single unit enterprise, with na individual or small number of owners operating a shop, factory, bank or transportation line out of a single office. Normally, this of firm undertook to fulfill only a single economic function, produced or sold a single line of products, and operated in one geografic area. Before the rise of modern firms, the activities of these small, personally owned and managed enterprises were coordinated and monitored primarily by market and prices mechanisms. The modern mul-unit enterprise, in contrast, has to operate in different locations, often carrying out a number of economic activities and producing or salling several lines of goods and services. The operation of its units and the transactions among them have been internalized within the firm. The activities of these units have came to be monitored and coordinated by decisions of salaried managers rather than by market mechanisms.” (Idem, p. 24).

um mesmo comando econômico. Utiliza-se, assim, do modelo legal da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada para se subdividir um único ente econômico em variadas entidades juridicamente consideradas, daí serem os grupos societários uma unidade econômica numa diversidade jurídica.

Há, igualmente, razões jurídicas que permitiram a concentração secundária. O modelo legal das sociedades comerciais, mais especificamente os da sociedade anônima, nos termos em que inicialmente pensados após a fase da desnecessidade da “carta” e da “autorização” públicas para sua criação, não permitia a participação de uma sociedade em outra.¹²¹

A aquisição de ações entre companhias era considerada pela jurisprudência norte-americana como um ato *ultra vires*, fora dos limites dos poderes da própria sociedade. Ser proprietário de ações de outra companhia e com isso sendo possibilitado o seu controle ou influência era considerado ato que extrapolava os poderes da sociedade, que atuaria fora dos limites contratualmente previstos quando da sua criação. Por isso, até o fim do século XIX as participações entre companhias na realidade norte-americana eram extremamente raras.¹²²

Por outro lado, a participação entre companhias poderia levar a dois outros problemas: a possibilidade de atuação monopolística no mercado, haja vista a infinidade de possíveis aquisições de ações entre as companhias, formando um ente econômico sem fronteiras; a admissão da perda da autonomia de cada companhia, que passaria a ser dependente de outra companhia, cujos interesses deveriam ser atendidos.¹²³

Porém, a participação acionária de uma companhia em outra passou a ser admitida nos Estados Unidos pelo Act de 04 de abril de 1888, do Estado de *New Jersey*, pelo qual se previu a chamada *holding company clause*¹²⁴, cláusula do ato constitutivo da companhia que autorizava a participação em outras sociedades.¹²⁵

¹²¹ A este respeito, José Engrácia Antunes traz as seguintes anotações acerca das corporates no direito norte-americano e inglês: “Originally, intercorporate stock ownership was a phenomenon unknown to the Common Law corporate universe. In the classical corporation law of the USA and of the United Kingdom, as generally developed respectively long after 1855-1875 and 1844-1862, the possibility that one corporation owned the stock of another corporation was completely absent, either for purpose of control or simply of investment, and whether it concerned a single share or the whole of its issued capital.”.

¹²² Eram exceções aquelas companhias que tinham a participação do Estado, como a *Baltimore & Ohio Railroads Corporation*, de 1832, e a *Pennsylvania Railroad Corporation*, de 1864 (ob. cit., p. 31).

¹²³ Ob. cit., p. 33.

¹²⁴ Pelo Act *pf 4-4-1888*, ch. 269, sec. 1., In N.J. Laws 1888, 385 (ob. cit., p. 33, nota 72).

¹²⁵ Em 1893 outro ato (*Act of 14-3-1893*) fora previsto, sendo bastante explícita a possibilidade da aludida participação, conforme se vê pelo seu teor: “Any corporation may purchase, hold, sell, assing, transfer, mortgage, pledge, or otherwise dispose of the shares of the stock capital of, or any bonds, securities, or evidence of indebtiness created by any obter corporation or corporations of this or any other state, and while owner of such stock may exercise all the rights, powers and privileges of ownership, including the right of vote thereon.”

No direito europeu continental a mesma discussão se fazia presente. A idéia da participação entre companhias levaria a atuações monopolísticas do mercado, possibilitando a criação de entidades sem limite de tamanho, com o que seria destruída a democracia do caráter equalitário entre as companhias, pois seriam criados centros econômicos que competiriam com o próprio Estado, o que ameaçaria as próprias bases da ordem legal privada.¹²⁶

Porém, a doutrina jurídica européia, em contraposição à americana, adotava o conceito antropomófico de pessoa jurídica, pelo qual essa não era considerada apenas uma ficção criada e admitida pela lei, mas sim uma realidade admitida pelo direito. Por isso, não havia razões para distinguir a sua personalidade jurídica da do próprio ser humano, sendo imperiosa a aplicação do princípio da igualdade entre tais entes¹²⁷ (*principle of the equal standing of natural persons and legal persons*).¹²⁸

Desse modo, passa a ser admitida, tanto no *Civil Law* quanto no *Common Law*, a participação de uma companhia em outra¹²⁹, permitindo-se assim a criação do fenômeno da empresa plurissocietária, tão presente em nossa realidade e sobre o qual se destina o estudo do presente trabalho.

Aliás, nessa segunda fase da concentração empresária é que está o germe de toda a discussão relativa aos grupos societários. Acaso não fosse permitida pela lei, jurisprudência e doutrina a participação de uma sociedade em outra, os grupos não existiriam e também não

¹²⁶ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 34.

¹²⁷ Adota-se aqui, e em todo o transcorrer do presente trabalho, a denominação de “pessoa jurídica” à pessoa coletiva, apesar de a pessoa natural também ser dotada de personalidade jurídica.

¹²⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 35.

¹²⁹ A esse respeito, Francesco Galgano aduz que: “*Nei sistemi di common law la data di nascita dei gruppi suole farsi risalire ad una legge del New Jersey del 1896 che, per prima, ammise la possibilita per una corporation di acquistare azioni di un'altra società, in precedenza esclusa perchè atto ultra vires. In civil law, in assenza del principio anglosassone della capacita speciale delle persone giuridiche, le partecipazioni in altre società, fino al conseguimento del controllo, si erano potute liberamente sviluppare senza bisogno di alcuna norma di legge permissiva. I gruppi di società salgono alla ribalta della legislazione in una fase ormai avanzata della loro espansione. Così, in Itália, com il r.d. 13 novembre 1931, n. 1434, che anticipava l'art. 2361 del código civile de 1942, ammettendo che una società potesse, senza dover modificare il próprio oggetto sociale, assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto.*” (**I gruppi nella riforma delle società di capitali**, p. 1.016-1.017). No mesmo sentido, destaca Fran Martins (**Comentários à Lei das S.A.**, p. 250), que “dos Estados Unidos a permissão da sociedade participar de outras com a finalidade, quase sempre, de controlá-las, passou para a Europa, já estando em alguns países a matéria contemplada em lei. Assim, na Inglaterra, o art. 154 do *Companies Act* de 1948 regula as companhias *holdings* e as subsidiárias (considerando, inclusive, que uma companhia será considerada *holding* quando possuir mais da metade do valor nominal do capital da outra – Sec. 154, I, (a) ii); o *Companies Act* de 1967, que complementou o de 1948, na Sec. 3, regulou as demonstrações financeiras da companhia *holding*, mantendo, desse modo, as normas das lei de 1948, mas o art. 8º do *Companies Act* de 15 de novembro de 1976 subsistiu o Sec. 150 do *Act* de 1948, traçando normas especiais sobre grupos de contas de uma sociedade e suas subsidiárias”.

seria presente aquilo que foi considerado por Alfred Chandler¹³⁰ o ponto de virada da evolução dos negócios das companhias americanas.

A concentração empresária é, portanto, elemento inerente às sociedades comerciais atuais, o que torna necessário um repensar do direito societário fundado na sociedade comercial isolada, autônoma e dotada de responsabilidade limitada, que desconsidere o elemento concentracionista que leva à formação da empresa plurissocietária. Esse será o objeto da parte 3ª do presente trabalho.

¹³⁰ CHANDLER, Alfred. **Strategy and Structure**: Chapters in the History of the Industrial Enterprise. Cambridge: MIT Press, 1962. *Apud* ANTUNES, José Engrácia. Ob. cit., p. 36.

CAPÍTULO 2 – A EMPRESA NO MUNDO GLOBALIZADO

No capítulo anterior tratou-se da origem, “evolução” e formação do modelo “tradicional” de sociedade comercial, dotada de autonomia, independência e responsabilidade limitada, bem como da concentração empresarial como elemento que levou à formação da chamada empresa plurissocietária. Há, no entanto, alguns outros elementos, igualmente relevantes, que também servem a demonstrar o ambiente de formação do grupo de sociedades sob o ponto de vista econômico, político-institucional, organizativo e tecnológico.

Seção 1 – O Cenário Empresarial Contemporâneo: a Economia Globalizada

O cenário econômico mundial da atualidade é um retrato daquilo que Karl Marx afirmou sobre a mercadoria em “O capital”: “a mercadoria não tem nacionalidade, ela quer conquistar o mundo”.¹³¹ Essa célebre frase bem demonstra o poder e a voracidade do capitalismo, com a possibilidade de sua expansão independentemente de qualquer barreira política, social, cultural ou nacional. E nessa sua forma de atuação desmedida está inserido o conceito de “globalização econômica”.

Tal termo não representa apenas um significado econômico, pois é encontrado nas mais diversas áreas do conhecimento humano (política, sociologia, educação, meio ambiente etc.). Não se pretende, porém, adentrar na acalorada discussão sobre origens e destino da globalização da economia, mas somente contextualizar esse fenômeno como elemento de influência na formação da empresa plurissocietária.

A globalização da economia pode ser considerada como a conjugação de inúmeros fatores que levam à maximização das relações comerciais, ampliando-se o mercado para além das fronteiras nacionais, sendo mitigadas as barreiras da circulação de bens, mercadorias, serviços e pessoas, tudo como se apenas um único *locus* econômico existisse. Tal fenômeno, que passou a ocorrer sobretudo após a Segunda Guerra Mundial¹³², teve como fonte inúmeros

¹³¹ Como diria, ainda, Francesco Galgano (Globalizzazione e conglomerazione. In: **Contrato e Impresa**. 2006, p. 75): “È, per Karl Marx, << l’instaurazione di un mercato mondiale>>, implicante <<una universale dipendenza delle nazioni l’una dall’altra>>, ciò che decreta la crisi dello Stato commerciale chiuvo di Fitch, ma annuncia anche la più profonda crisi della sovranità statale che si manifesterà un secolo dopo, nella seconda metà del ventesimo secolo.”

¹³² SANTOS, Fernando Muniz. Globalização Econômica, Estado e Mercado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 240. Nessa mesma coletânea de artigos, Abili Lázaro Castro de Lima, em seu texto Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais

fatores, dentre os quais podem se destacar: (i) a superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo pelo aumento da capacidade de troca e obtenção de informações; (ii) a substituição do Estado pela empresa privada como agente das interações internacionais, o que proporcionou mudanças em termos socioeconômicos e político-jurídicos; (iii) o aumento do volume das trocas transnacionais de capital; (iv) a formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção (capital, trabalho, insumos), com amplitude mundial.¹³³

Ou seja, (i) a facilidade no trânsito de informações – o que ainda é causado atualmente pela internet; (ii) o superdimensionamento da empresa privada – que passa a representar *States within States*¹³⁴; (iii) a maximização do comércio mundial – causado pela mais facilitada troca de informações e conhecimento mais apurado dos mercados consumidores em todo o globo; (iv) a descentralização hierárquica dos processos produtivos, foram elementos que auxiliaram na formação do mercado global, deixando as barreiras políticas, sociais e culturais de serem entraves para a realização do comércio mundial.

Esse, aliás, é o ambiente das empresas multi e transnacionais, expressões e personagens principais desse cenário global, que sequer limitam a sua atividade ao local da situação da sua sede¹³⁵ ou da grande maioria de seus bens. Francesco Galgano traz dados relevantes a esse respeito:

Rilevazioni statistiche hanno messo in evidenza che nove fra quindici maggiori imprese del nostro tempo hanno più del 50% del loro patrimonio all'estero e cinque più del 70%; sette hanno all'estero più del 50% e tre più del 70% dell'occupazione. (...)

La Shell ha un patrimonio estero pari all' 67,8% del totali, e una occupazioni estera pari all' 77,9%; la Volkswagen ha un patrimonio estero pari all' 84,8% ed una occupazione estera pari al 44%; ma la Nestlé è l'impresa più globalizzante con un patrimonio estero pari all' 86,9% ed una occupazione estera pari al 97%.¹³⁶

(nota 11, p. 153), aduz que “com relação à fixação de data para a manifestação do fenômeno da globalização, trata-se de uma conveniência histórica, em face à impossibilidade da sua determinação exata, sendo importante levar-se em consideração as lições de Eric Hobsbawn na sua obra **O Novo Século** (São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 9-10): ‘(...) As datas exatas sempre são questões de conveniência histórica, didática ou jornalística (...). Em outras palavras, a escolha de uma data específica não passa de uma convenção, e não é algo pelo qual os historiadores estejam dispostos a brigar”.

¹³³ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**, p. 61.

¹³⁴ Conforme se aludiu anteriormente ao se tratar da concentração empresarial primária.

¹³⁵ Acerca da sede das sociedades, ver a tese de doutoramento do Prof. Eduardo de Oliveira Leite, “La nationalité des sociétés et le droit international privé brésilien”, 08.11.1976, Université de Droit d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II).

¹³⁶ GALGANO, Francesco. *Globalizzazione e conglomerazione*, p. 75.

Tais constatações levam a uma outra relevantíssima verificação, a de que as empresas globalizadas, dado o seu poderio econômico, fazem com que os próprios Estados passem a perder a sua força e, quiçá, a sua própria soberania, sendo instrumentos à manutenção e ao desenvolvimento do poderio econômico dos personagens do mercado global.

Intimamente ligada a tal concepção de Estado está a teoria do neoliberalismo econômico, cujos principais teóricos foram Friedrich Hayek (1899-1992)¹³⁷ e Milton Friedman (1912-2006)¹³⁸, fundadores da Sociedade de Mont Pelèrin, que preconizavam a instauração de um Estado mínimo que apenas garantisse a existência de uma sociedade de livre mercado em âmbito internacional e que contribuísse para a implementação da globalização econômica. Tal pensamento representa a expressão da teoria econômica neoclássica, que tem nos clássicos Adam Smith¹³⁹ e David Ricardo¹⁴⁰ seus principais teorizadores. Utilizam da Lei de Say¹⁴¹ e dos postulados do *laissez-faire* para pregar um novo conceito de liberalismo econômico, o que, na realidade, é objeto de inúmeras discussões, chegando-se até a se dizer que os neoclássicos negam os preceitos da teoria econômica clássica:

As expressões contemporâneas da escola neoclássica chegam a realizar uma defesa extrema do *laissez-faire*, quase a ponto de negá-lo. Hunt (E. K. HUNT. História do Pensamento Econômico), resumindo o pensamento de Milton Friedman (um dos principais expoentes da denominada Escola de Chicago), afirma que esse autor defende a eliminação: '(1) dos impostos sobre as sociedades anônimas; (2) do Imposto de Renda progressivo; (3) da educação pública gratuita; (4) da previdência social; (5) da regulamentação, pelo governo, da boa qualidade dos alimentos e remédios; (6) das licenças e da qualificação de médicos e dentistas; (7) do monopólio dos serviços do Correio; (8) das indenizações pagas pelo governo, em casos de sinistros naturais; (9) das leis do salário mínimo; (10) dos tetos das taxas de juros cobradas por credores; (11) das leis que proíbem as vendas de heroína e de quase todas as outras formas de intervenção do governo que vão além da

¹³⁷ Alguns dos seus escritos: **Fatal Conceit**: Or the errors of socialism, 1988; **The Political Order of a Free People**, 1979; **Denationalisation of money**, 1976.

¹³⁸ Alguns dos seus escritos: **Capitalism and Freedom**, 1962; **The Optimum Quantity of Money and Other Essays**, 1969; **Analytical and Continental Traditions in Perspectiva**; **Open Court Publishing**, 2000.

¹³⁹ **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. II.

¹⁴⁰ **Princípios de Economia Política e Tributação**. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Victor Civita, 1982.

¹⁴¹ Formulada por Jean Baptiste Say, em meados do século XIX, segundo a qual “o Mercado operaria de modo automático, no sentido de que uma oferta cria uma procura da mesma magnitude (...). Ou seja, crises de superprodução, também denominadas de *crises econômicas*, seriam causadas por interferências indevidas no regime de trocas, visto que a oferta e a procura seriam auto-ajustáveis. A instabilidade do capitalismo não seria decorrente de seus defeitos, mas sim do *mau governo* (causado dentre outros pelo Estado), que interferiria indevidamente nas relações privadas” (SANTOS, Fernando Muniz. Globalização Econômica, Estado e Mercado, p. 248).

garantia de cumprimento dos direitos de propriedade, das leis contratuais e da defesa nacional'. Totalmente desenraizada da doutrina liberal clássica, a liberdade aqui apontada (e exercida no seio do Mercado) só pode ser exercida com altos sacrifícios e, contraditoriamente, com perda de liberdades.¹⁴²

Por outro lado, não se pode identificar os neoclássicos com os neoliberais, como afirma Calixto Salomão Filho¹⁴³, o qual, inclusive não vê a teoria jurídica de Hayek como neoliberal:

A base teórica para o mito neoliberal da globalização e da modernidade é também distorcida. Encontra-se nos escritos de F. Hayek sobre a inoperância da atividade estatal.

Duas restrições importantes devem ser feitas a essa utilização. Em primeiro lugar, é preciso entender que Hayek jamais se preocupou em construir de forma estruturada uma teoria social. Sua maior preocupação era criticar e solapar as bases das teorias que viam no Estado o engenheiro socioeconômico por excelência.

A segunda séria restrição refere-se ao fato de que esta construção desconsidera em absoluto a evolução da teoria de Hayek, em especial no campo jurídico. Nessa área ela nada tem de neoliberal. A Escola ordo-liberal de Freiburg, cujos principais representantes são W. Eucken, F. Böhm e H. J. Mestmäcker, não deve ser confundida com a Escola Austríaca, formada exclusivamente por economistas e de marcada tendência neoliberal. A primeira faz uma leitura muito mais intervencionista das teorias de Hayek do que a segunda.

Mas, sem que se pretenda adentrar em discussões conceitualísticas acerca das teorias econômicas ou qual delas seria a de melhor aplicação no presente momento da história, se as neoliberais, intervencionistas, ordo-liberais etc., o que se almeja demonstrar é que a empresa contemporânea encontra-se em meio à discussão de que o comércio mundial, impulsionado pela globalização econômica, ganhou uma proporção e uma intensidade sem precedentes na história mundial, cujos principais fatores foram tratados (apenas parcialmente) nas linhas anteriores. Some-se a isso a perda do poder do Estado-Nação, cujo conceito de soberania, por

¹⁴² SANTOS, Fernando Muniz. *Globalização Econômica, Estado e Mercado*, p. 248-249.

¹⁴³ “Hayek rejeita veementemente que o conhecimento econômico possa ser teorizado e estruturado em leis ou em curvas, como querem os neoclássicos. Rejeita, portanto, um dos postulados neoclássicos principais, segundo o qual o principal problema econômico é o da alocação de recursos: ‘O caráter peculiar do problema de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias das quais temos que fazer uso nunca existe de forma concentrada ou integrada, mas somente como fragmentos dispersos de um conhecimento incompleto e, em geral, contraditório, que todos os indivíduos, separadamente possuem. O problema econômico da sociedade não é desta forma, como alocar recursos ‘dados’. E sim como garantir o melhor uso dos recursos conhecidos de quaisquer dos membros da sociedade, para fins cuja importância relativa somente esses indivíduos conhecem. Em resumo, o problema relevante é o da utilização do conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade. (nota 3. F. Hayek, “**The use of knowledge in society**”, in *Individualism and economic order*, Londres, 1949, pp. 77-78).” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17)

exemplo, está a se diluir em face da economia globalizada, conforme se passa a tratar brevemente a seguir.

Seção 2 – O Estado na Economia Globalizada: do Welfare State ao Estado Cão de Guarda

Hardt e Negri¹⁴⁴, ao definirem o “Império” como a “substância política” que regula as permutas globais, o “poder supremo que governa o mundo”, atribuem como um dos elementos de sua formação a perda ou o enfraquecimento da soberania dos Estados-Nação. Afirmam que, mesmo sendo por ora eficazes perante os Estados, o conceito de soberania ganhou outra forma, adequando-se agora a organismos nacionais e supranacionais unidos por uma lógica única interna. O “Império” não estabelece um centro territorial de poder, pois trabalha com a “descentralização e desterritorialização do geral” que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão.¹⁴⁵

Apesar de o “Império” de Hart e Negri não ser o substituto do Estado, a análise do novo conceito de soberania apresentado pelos referidos autores auxilia na compreensão da crise por que passam os Estados-Nação. No entanto, tal crise não ocorre apenas pela erosão do conceito tradicional de soberania, mas também pela retração da esfera pública em favor do mercado, porque, cada vez mais, as decisões são tomadas de acordo com as organizações empresariais transnacionais, o que enfraquece o poder do Estado-Nação e leva à apatia política, pois o indivíduo sente-se distante dos meios decisórios, os quais se encontram fora do lugar onde vive.¹⁴⁶

Está-se, portanto, em meio à crise do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State* ou Estado-Providência¹⁴⁷), e, de acordo com a ótica neoliberal, busca-se um Estado Mínimo, que passe de entidade prestadora de serviços públicos e de atividades inerentes ao ambiente

¹⁴⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 11.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 12.

¹⁴⁶ LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais, p. 155.

¹⁴⁷ Francisco de Oliveira (**Os Direitos do Antivalor**: a economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 19-20) considera o *Welfare State* como “consequência das políticas originalmente anticíclicas de teorização keynesiana”, sendo o “padrão de financiamento público da economia capitalista”. Indica como sendo uns dos seus principais elementos “a medicina socializada, a educação universal gratuita e obrigatória, a previdência social, o seguro-desemprego, os subsídios para transporte, os benefícios familiares (quotas para auxílio-habitação, salário família) e, no extremo desse espectro, subsídios para o lazer, favorecendo as classes médias até o assalariado de nível mais baixo”.

público para uma instituição apenas gerenciadora e que isso implica a privatização de entes públicos, a liberalização econômica, as reformas administrativa e previdenciária, num caminho contraposto aos preceitos econômicos keynesianos, que defendem a constituição e desenvolvimento da esfera pública. Ao analisar os preceitos neoliberais frente à crise dos Estados-Nação, Fernando Muniz Santos¹⁴⁸ ressalta que

O Estado, nesse contexto, deve zelar para que ocorra o funcionamento eficiente do mercado interno, utilizando-se da tributação e de subsídios para corrigir eventuais imperfeições momentâneas ao fluxo irrestrito de bens e capitais, bem como deve zelar simplesmente pela propriedade, cumprimento dos contratos e pela defesa nacional. Com base no marco teórico neoclássico, o Estado passa a proteger primordialmente as trocas em si consideradas, não a liberdade. Desse modo, ao invés de guarda-noturno, torna-se autêntico cão de guarda de um Mercado que pretende ser eficiente a custa da negação do conflito social e com base na presunção de funcionar à maneira automática e perfeita.

Esse é o cenário atual da crise por que passam os Estados-Nação, que se vêem pressionados pela força do mercado global, pelos preceitos do neoliberalismo e da globalização da economia, ambiente em que se cria a empresa plurissocietária, como o resultado ou motivo de toda essa discussão.

Mas, a par de tais questões, há outras de ordem político-institucional, que também auxiliam na compreensão do surgimento do fenômeno plurissocietário, bem como do contexto de sua atuação, conforme se passa a expor a seguir.

Seção 3 – Inovações Institucionais como Base para o Desenvolvimento Econômico

O desenvolvimento econômico não se opera apenas com fundamento nas atividades econômicas, no desenvolvimento do mercado ou na relação produção e consumo. Para que a economia mundial tenha chegado ao seu estágio globalizado, contou-se com a criação de inúmeras instituições que lhe auxiliaram ou ofereceram condições para o seu crescimento.

Carlota Perez¹⁴⁹, em seus artigos “*Microelectronics, Long Waves and Worlds Strucural Change: New Perspectivs For Developing Countries*”¹⁵⁰; “*Cambio Técnico,*

¹⁴⁸ SANTOS, Fernando Muniz. Globalização Econômica, Estado e Mercado, p. 249.

¹⁴⁹ Ex-ministra da Indústria da Venezuela; ex-Diretora do Departamento de Tecnologia da Universidade de Sussex, Brighton, Inglaterra.

*Restrutturación Competitiva y Reforma Institucional em Los Países em Desarrollo*¹⁵¹ e “*Cambio de Paradigma y rol de la tecnología em el desarrollo*”¹⁵² faz uma análise acerca dos paradigmas tecnológicos existentes em cada momento do desenvolvimento da economia mundial e sustenta que o paradigma que levou à produção industrial em massa¹⁵³ contou com uma série de elementos institucionais para a sua ocorrência, os quais representaram uma forma de intervenção sistemática do Estado na economia, segundo os princípios keynesianos.¹⁵⁴

Dentre tais elementos, destaca: (i) a adoção de políticas fiscais e monetárias específicas; (ii) gasto público deficitário para fins sociais e de defesa; (iii) constituição de sindicatos oficialmente reconhecidos e contratação coletiva; (iv) semana laboral de 40 horas; (v) sistema de seguridade social; (vi) crédito aos consumidores; (vii) Bretton Woods; (viii) GATT; (ix) Plano Marshall; (x) Fundo Monetário Internacional; (xi) Banco Mundial; (xii) Nações Unidas e (xiii) o processo gradual de descolonização.¹⁵⁵

¹⁵⁰ **World Development**, v. 3. n. 3, 1985, p. 441-463.

¹⁵¹ **Cambio Técnico, Restrutturación Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo**, p. 20. (Disponível em: <www.carlotaperez.org>. Acesso em: 10 maio 2007).

¹⁵² *Keynote speech in the series of seminars Science and Technology for the future of the country, organized by the Ministry of Science and Technology, June, 2000, Caracas, Venezuela* (Disponível em: <www.carlotaperez.org>. Acesso em: 10 maio 2007).

¹⁵³ A qual consiste na utilização de estruturas organizacionais rígidas, centralizadas, piramidais, com rotinas rígidas e predefinidas (PEREZ, Carlota. **Cambio de paradigma y rol de la tecnología en el desarrollo**, p. 7).

¹⁵⁴ PEREZ, Carlota. **Cambio Técnico, Restrutturación Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo**, p. 20.

¹⁵⁵ Ob. cit., p. 20-21. A autora destaca, ainda, que: “Historically, when the required structural transformations have finally been brought about, creating the framework for a new mode of growth and unleashing the upswing, they have generally affected the following, among many other, aspects of society:

- (1) The specific forms of operation and regulation of the various markets (product labor, capital, money) on the national and international levels.
- (2) The organization of the banking and credit systems.
- (3) The relative proportions and character of public and private responsibility in generation, distribution and redistribution of income, as well as the corresponding social arrangements.
- (4) The forms of organization of workers and major interest groups, together with the legal framework within which they operate.
- (5) The provision of education and training in its quality, volume and the type of institutions in charge of it.
- (6) The conditions under which inventions are generated, protected and traded.
- (7) The international division of production as well as the means for regulating intercountry trade and investment.
- (8) The international relative power balance and the arrangements for maintaining it.

To unleash the previous upswing, a change as profound and unprecedented as massive state intervention in the economy, along Keynesian principles, was necessary to foster the full deployment of the oil-based mass production paradigm. A complex set of demand management mechanisms was established, from the most direct, such as central control of the money supply and of the level of government spending, to the more indirect such as the expanding system of consumer credit and the public provision of national statistics for marketing and production planning. Trade unions became institutionalized, the working week and working year were shortened and unemployment and retirement benefits were generalized. This was made possible

Afirma, por outro lado, que se as suas previsões estiverem certas, “um novo auge sustentado e vigoroso no crescimento econômico global exigirá uma lista igualmente impressionante de inovações institucionais.”¹⁵⁶ E o surgimento de novas instituições ou a remodelação de instituições já existentes é o que também ressalta Eduardo Secchi Munhoz ao tratar dos fenômenos que explicam a emergência do fenômeno concentracionista empresarial:

A criação de instituições com o objetivo de harmonizar o sistema financeiro internacional (Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Mundial, como é conhecido o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD) e de eliminar as barreiras do comércio internacional (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, atualmente, Organização Mundial do Comércio – OMC), a formação de blocos econômicos, unificando, em nível regional, os mercados nacionais (União Européia – EU; North American Free Trade Agreement – NAFTA e Mercado Comum do Sul – MERCOSUL) e o desenvolvimento tecnológico são alguns dos fatores que podem ser apontados como determinantes desse processo.¹⁵⁷

Paralelamente ao surgimento e à manutenção dessas instituições, novas adaptações são exigidas às empresas para que consigam atuar no mercado globalizado e marcado pela concentração empresarial. Dentre elas, pode-se destacar mudanças quanto: (i) ao tamanho físico das indústrias; (ii) à alteração do tradicional modelo hierárquico vertical para o horizontal, (iii) à reorganização da estrutura organizacional das empresas, bem como (iv) à forma de contato e apreensão dos desejos de seus consumidores, (v) à contratação de funcionários e prestadores de serviço e, principalmente, (vi) à forma do relacionamento entre as empresas, seus fornecedores e parceiros comerciais¹⁵⁸.

Tais mudanças, podem ser confirmadas mediante a análise de alguns fenômenos verificados ao longo do tempo e que auxiliam na compreensão da concentração empresarial, que leva à empresa plurissocietária, como é a superação do modelo fordista-taylorista de organização empresarial, exemplo da relevante função da tecnologia no desenvolvimento empresarial e nas importantes oportunidades por ela criadas, conforme será tratado nas seções seguintes.

by the income tax system, which also sustained the ‘public service’ and ‘government spending’ mechanisms for redistribution of income.” (Microeletrônica, Long Waves and Worlds Structural Change: New Perspectives for Developing Countries, p. 10-11)

¹⁵⁶ PEREZ, Carlota. **Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo**, p. 21.

¹⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**, p. 86.

¹⁵⁸ PEREZ, Carlota. Microeletrônica, Long Waves and Worlds Structural Change: New Perspectives for Developing Countries. **World Development**, v. 13, n. 3, p. 13-27, 1985.

Seção 4 – Da Superação do Modelo Taylorista-fordista de Produção

As cenas hilariantes de Charles Chaplin no filme “Tempos Modernos” (*Modern Times*, 1936), que aparece aos tropeços e envolto em engrenagens de grandes máquinas, trata da substituição do homem pela máquina na Revolução Industrial inglesa e bem demonstra o que seria o modelo fordista-taylorista de produção. Ou seja, máquinas em série, produção em massa, linhas de montagem, produtos homogêneos, trabalho cronometrado e ritmo controlado, tudo voltado ao barateamento dos produtos e à ampliação do consumo de massa.

Mais do que isso, tal modelo representa uma produção em cadeia, numa estrutura de competências rigidamente estabelecidas, com uma hierarquia verticalizada e voltada à montagem de um produto uniforme, com poucas, senão apenas uma única opção ao consumidor. A propósito, a célebre frase de Henry Ford acerca da fabricação de automóveis no começo do século XX bem demonstra tal cenário, pois, para ele, as pessoas poderiam comprar carro, desde que fosse “um Ford Modelo T de cor preta”. Na época, era o mercado consumidor que adquiria os produtos da indústria automobilística e não a indústria automobilística que produzia veículos para o mercado.

Além disso, tal modelo de produção se baseava na existência de uma grande indústria, tal como a automobilística, na qual a grande maioria dos componentes dos veículos era por ela fabricados ou por outras empresas ou indústrias de sua propriedade. No mesmo sentido, além da homogeneização dos produtos, o maquinário existente não comportava alterações na linha de montagem, sendo equipamentos destinados apenas à elaboração de um certo bem, ao passo que modificações no produto representavam pesadas mudanças e custosas alterações no próprio maquinário.¹⁵⁹

Esse modelo produtivo, porém, foi gradativamente superado em razão da “revolução da microeletrônica”¹⁶⁰, na qual se insere a era da informática, com os microcomputadores, os sistemas de produção flexíveis, as telecomunicações digitais, os novos sistemas de telefonia, a internet, dentre outros, que há quase trinta anos estão sendo difundidos.¹⁶¹ Tais fatores levaram a mudanças nos processos de produção, como (i) o melhor uso da informação para um gasto eficiente de energia e matéria-prima; (ii) a adoção de meios flexíveis de produção,

¹⁵⁹ PEREZ, Carlota. *Microelectronics, Long Waves and Worlds Structural Change: New Perspectives for Developing Countries*, p. 16.

¹⁶⁰ PEREZ, Carlota. **Cambio de paradigma y rol de la tecnología en el desarrollo**, p. 1.

¹⁶¹ PEREZ, Carlota. *Microelectronics, Long Waves and Worlds Structural Change: New Perspectives for Developing Countries*, p. 6-9.

ao contrário da estrutura engessada da produção em massa, cujas mudanças demandam a alteração de todo parque industrial; (iii) a alteração da hierarquia organizacional das empresas, adotando-se conceitos de descentralização e formação de unidades com “inteligência distribuída”.¹⁶²

Com a revolução tecnológica trazida pela microeletrônica (facilidade de trânsito de informações, utilização dos microcomputadores, telecomunicação digital, dentre outros), restou facilitada a busca por melhores informações sobre a maneira mais adequada e menos custosa de se alcançar uma forma de produção na qual se poderá dispender menor quantidade de matéria-prima e de energia na elaboração de um produto. Priorizou-se a informação frente ao uso desmedido de matéria-prima e de energia, mais valendo a produção eficaz do que o excessivo uso de insumos e de energia.

Na engenharia de produtos, por exemplo¹⁶³, a microeletrônica proporcionou a tendência de se redesenhar mercadorias para fazê-las menores, com menor gasto de energia e dotados de produtos eletrônicos e *softwares*.¹⁶⁴ Na engenharia industrial¹⁶⁵, por outro lado, a “intensidade da informação” pôde levar não apenas à redução do gasto de energia, mas também do dispêndio de materiais, reduzindo-se as perdas e rejeições, diminuindo-se o volume de matéria-prima no processo produtivo.

Por outro lado, além da microeletrônica ter permitido a reformulação de conceitos de produção, superando-se o sistema tradicional do fordismo-taylorismo, também foi responsável pelo surgimento das chamadas “novas gigantes”, empresas inexistentes há 30 ou 20 anos, mas que em razão dessa revolução tecnológica passaram a atuar em áreas inexploradas, como o processamento eletrônico de dados, a telecomunicação digital, a utilização das fibras óticas, da internet, por exemplo.¹⁶⁶

Assim, a revolução causada pela microeletrônica representou uma mudança de Era, obrigando os protagonistas do cenário empresarial a se adaptarem aos novos conceitos, às regras do jogo, como ocorreu, por exemplo, com a indústria automobilística, que até chegou a ponto de sistematizar grande parte de sua linha de produção e introduzir conceitos de

¹⁶² *Idem*, p. 25-27.

¹⁶³ *Idem*, p. 13.

¹⁶⁴ Basta verificar a evolução dos aparelhos de refrigeração, por exemplo, que deixaram de ser grandes consumidores de energia.

¹⁶⁵ PEREZ, Carlota. *Microelectronics, Long Waves and World Structural Change: New Perspectives for Developing Countries*, p. 13.

¹⁶⁶ Basta verificar o surgimento e crescimento das empresas “pontocom” e de microcomputadores, como Microsoft, Google, Intel, Yahoo, Apple, IBM.

eficiência de produtos, de gastos de energia e de matéria-prima, bem como organizar suas firmas em forma de rede, conforme será tratado a seguir (Parte 2, Capítulo 1, Subseção 4.4).

Seção 5 – O Papel da Tecnologia como Elemento Indispensável para o Desenvolvimento Econômico e ao Concentracionismo Empresarial

Os elementos sobre os quais se discutiu no tópico anterior, que demonstraram alguns dos motivos da superação do paradigma taylorista-fordista de produção, representam o resultado da adoção de conceitos advindos de uma nova tecnologia, no caso a microeletrônica. Porém, tal processo não ocorreu apenas recentemente, mas, na realidade, representa apenas um dos ciclos de toda uma história de revoluções tecnológicas ocorridas ao longo da história.

É de Kondratiev¹⁶⁷ o argumento de que a cada 50 anos ocorre uma nova revolução tecnológica que traz conceitos revolucionários ao sistema produtivo e altera consideravelmente os mercados econômicos. O primeiro ciclo técnico econômico da Era Contemporânea se deu de 1780 a 1825, no qual a Inglaterra, em razão da Revolução Industrial, passou a dominar a mecanização da produção de tecidos de algodão, o uso de ferro nas maquinarias, a utilização da energia hidráulica etc.¹⁶⁸ Tais mudanças tecnológicas representaram um salto técnico-econômico, criando um salto de geração de riquezas que elevou a Inglaterra à primeira potência econômica mundial.

No período seguinte, de 1830 a 1875, a combinação das máquinas a vapor como a locomotiva representou a segunda grande revolução tecnológica, levando ao “boom” econômico de 1850 (chamado de “boom Victoriano”¹⁶⁹), também liderado pelos ingleses.

Em seguida, de 1875 a 1915, na época chamada de “Belle Epoque” por Kondratiev, a revolução tecnológica relacionou-se, principalmente, a inovações que permitiram a produção de aço barato, o desenvolvimento da energia elétrica e da química de base científica. Com o baixo custo do aço, cruzava-se o globo pelas locomotivas, utilizava-se o telégrafo e o telefone intercontinental, com o que se integravam os mercados do hemisfério sul com os grandes mercados desenvolvidos¹⁷⁰. O transporte rápido, a refrigeração e o Canal de Suez encurtaram

¹⁶⁷ KONDRATIEV, Nikolai D. **The World Economy and its Condition During and After the War**, 1922; **The Long Waves in Economic Life**, 1926, *Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (transl. 1935, REStat); **The Long Wave Cycle**, 1928.

¹⁶⁸ PEREZ, Carlota. **Cambio de paradigma y rol de la tecnologia en el desarrollo**, p. 3.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 4.

¹⁷⁰ PEREZ, Carlota. **Cambio de paradigma y rol de la tecnologia en el desarrollo**, p. 4.

a distância entre o mercado para o trigo e a carne, permitindo serem levados os produtos de verão do sul ao inverno do norte.

A quarta revolução tecnológica se iniciou ao redor dos anos de 1910, tendo sido articulada num conjunto de inovações baseadas no motor à combustão, levando à produção de veículos em massa, estando acompanhada dos produtos sintéticos derivados do petróleo. Com base nessa tecnologia, trinta anos mais tarde (1945 a 1974), ocorreu a chamada “Idade de Ouro” do pós-guerra, época em que se presenciou o auge do nível de vida dos países desenvolvidos.

E, por último, chega-se à revolução tecnológica atual, que inaugura a Era da informática, dos microcomputadores, da internet, das telecomunicações digitais, dos sistemas de produção flexíveis, enfim, a todo o aparato de conceitos, instrumentos e elementos fundados na microeletrônica, que fizeram superar o paradigma anterior e que está inserido no ambiente das novas organizações socioinstitucionais e do modelo de organização empresarial atual, que leva ao concentracionismo empresarial. O auge de tal paradigma não se sabe se já foi alcançado ou se está a alcançar, pois, como aduz Carlota Perez¹⁷¹, enquanto um modelo tecnológico está em seu ápice, outro já está a se formar para, no futuro, superar o anterior, justamente como ocorreu com os demais ciclos tecnológicos anteriormente referidos.

Assim, a função exercida pela tecnologia é primordial no desenvolvimento da economia, sendo ela, como sustenta Schumpeter¹⁷², um ato inovador que seria o combustível para o processo de expansão da economia, que necessita de um “ato empreendedor” do empresário para sair de seu estado de equilíbrio.

¹⁷¹ *Idem*, p. 38.

¹⁷² Joseph Schumpeter: economista austríaco, nascido em 1883, autor dos seguintes livros: **A natureza e a essência da economia política** (Das Wesen und der Hauptinhalt der Nationaloekonomie), de 1908; **Teoria do desenvolvimento econômico** (Die Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung), de 1911; **Ciclos econômicos** (Business cycles), de 1939; **Capitalismo, socialismo e democracia** (Capitalism, socialism and democracy), de 1942; **História da análise econômica** (History of economic analysis), de 1954.

CAPÍTULO 3 – O INTERESSE SOCIAL EM BUSCA DA FUNÇÃO PÚBLICA DO DIREITO SOCIETÁRIO

O presente trabalho analisou, até este momento, a origem das sociedades comerciais e do direito societário, a formação do modelo tradicional de sociedade comercial (dotada de autonomia, independência e de responsabilidade limitada), tratando-se da concentração econômica societária, bem como dos elementos que levaram ao concentracionismo empresarial. Esse é o cenário pelo qual se procurou analisar os elementos externos à sociedade comercial e que justificam a constituição da chamada empresa plurissocietária, cuja maior expressão são os grupos societários, como se verá adiante (Partes 2 e 3 deste trabalho). Mas, além desses elementos externos, há também aqueles internos à sociedade comercial que também merecem análise para o estudo do referido fenômeno plurissocietário. Esse é o tema a ser tratado a seguir, acerca do interesse social.

Seção 1 – O Interesse Social

Há quem diga que o tema do interesse social seja uma das questões mais tormentosas do direito das sociedades, ou ainda o “problema fundamental”, “central”, ou “nuclear” desse ramo do direito.¹⁷³ De fato, a questão do interesse social trata da definição do importante motivo da existência, sentido e função que as sociedades comerciais devem exercer.

Acerca do tema, há três principais teorias que, apesar de não serem plenamente esgotadas na presente obra, indicam-se os principais sentidos da discussão do interesse social. Tais teorias são o *contratualismo*, o *institucionalismo* e o *contrato-organização*.

Subseção 1.1 – O Contratualismo

Considera-se *contratualismo* ou teoria *contratualista* aquela que define o interesse social como sendo a expressão da vontade dos sócios. Ou seja, a sociedade comercial serviria ao atendimento dos interesses egoísticos de seus proprietários. Tal teoria teve na doutrina e na jurisprudência italianas o seu maior desenvolvimento, principalmente nos trabalhos de

Asquini¹⁷⁴, Jaeger¹⁷⁵ e Ascarelli¹⁷⁶, podendo ser subdividida, ainda, no chamado “Contratualismo Clássico” e “Contratualismo Moderno”, conforme destaca Calixto Salomão Filho¹⁷⁷.

O primeiro (Concentracionismo Clássico) nega que os interesses externos da sociedade possam se sobrepor aos interesses dos sócios. Interesses externos são aqueles relativos ao empregados, aos consumidores, aos credores, ao meio ambiente etc., que surgem da atividade desenvolvida pela sociedade e das relações jurídicas com ela estabelecidas. Tais interesses, de acordo com tal teoria, não se sobreporiam aos interesses dos sócios na constituição e no desenvolvimento das atividades da sociedade.

Na realidade, a teoria contratualista clássica melhor se define como a contraposição ao institucionalismo, na medida em que defende apenas o interesse das partes originalmente contratantes e que constituíram a sociedade, desconsiderando os demais interesses envolvidos à atividade por ela desempenhada¹⁷⁸. Tal característica pode ser verificada na interessante passagem no texto de Asquini sobre o administrador da sociedade *Norddeutscher Lloyd*, o qual declarou que o escopo de sua sociedade não era distribuir lucros aos acionistas mas de fazer navegar seus barcos sobre o rio Reno¹⁷⁹, exatamente o contrário do que defendia a tese contratualista.

Como consequência dessa teoria, torna-se impossível distinguir o interesse do sócio e o da sociedade, pois ao sócio é dada a utilização desta em seu próprio interesse e benefício, como se fosse uma “coisa própria”.¹⁸⁰

¹⁷³ ESTACA, José Nuno Marques. **O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais**, p. 15.

¹⁷⁴ ASQUINI, Alberto. Conflito di interessi tra sócio e società nelle deliberazioni di assemblea nelle società per azioni. *Scritti Giuridici*, vol. I, 1936, p. 618. *Apud* ESTACA, José Nuno Marques. *Ob. cit.*, p. 106-111.

¹⁷⁵ JAEGER, Pier Justo. **L'Interesse Sociale**. Milano: Dott, A. Giuffrè Editore, 1964.

¹⁷⁶ ASCARELLI, Tullio. Interesse Sociale e Interesse Comune nel voto. **Rivista delle Società**, 1958. p. 164.

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 26-29. José Nuno Marques Estaca (**O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais**) apresenta ainda outra subdivisão da teoria contratualista nas concepções do “interesse social como interesse comum dos sócios” e “interesse social como resultado dos vários interesses individuais dos sócios”, indicando, ainda, as teorias anticontratualistas, as quais se subdividiram em “teoria do acto coletivo ou acto complexo”, “teoria do acto corporativo ou de fundação” e “teoria eclética” (p. 106-111).

¹⁷⁸ “È una teoria che si autodefinisce, polemicamente, ‘contrattualistica’ per sottolineare il fatto che essa respinge la concezione della società come ‘istituzione’ staccata dalle persone dei soci e la configura, all’opposto, quale rapporto contrattuale fra più persone, che non involge altro interesse se non quello delle parti contraenti” (GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale – Le società**, p. 360, nota 9. *Apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 2002, p. 27, nota 2).

¹⁷⁹ No original: “il quale avrebbe dichiarato in forma polemica che scopo della sua società era non di distribuire utili agli azionisti, ma di fare andare i battelli sul Reno (o sui mari)”.

¹⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 52.

Já no contratualismo moderno, não mais se defende a identidade entre o interesse da sociedade com o dos sócios, tendo em vista a relação existente dessa com o mercado de capitais, o que fez Pier Justo Jaeger, principal teorizador do pensamento contratualista, a novamente escrever sobre o tema, quarenta anos depois¹⁸¹, analisando o interesse social sob a perspectiva da *shareholder value*, ou seja, da maximização do valor de venda das ações do sócio.¹⁸²

O efeito prático de tal teoria, que busca o maior alcance de lucros a seus proprietários, faz com que se leve a uma tendência de interpretação permissiva e da maquiagem de balanços contábeis, como verificado recentemente no caso Enron e nos demais escândalos com empresas de auditoria americanas.¹⁸³

Subseção 1.2 – O Institucionalismo

Unternehmen an sich é a denominação alemã ao termo “empresa em si (ou para si)”¹⁸⁴, definida por Walter Rathenau, economista, político, industrial, filósofo e escritor alemão, que criou a primeira teoria institucionalista de interesse social, reconhecida como institucionalismo publicista.¹⁸⁵ Essa teoria é assim denominada em razão de considerar a empresa uma instituição que deve atender aos interesses de pessoas diversas da dos sócios¹⁸⁶;

¹⁸¹ “*L’interesse sociale rivisitato (quarent’anni dopo)*” (in: **Giurisprudenza Commerciale**, anno XXVII, Parte Prima. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 795-812), no qual o autor contextualizou a discussão acerca do interesse social, passando a considerar “*l’interesse dei creditori sociali e dei terzi*”, “*L’OPA (offerta pubblica di acquisto) e gli istituti analoghi*” e “*gli interessi sociali nei Gruppi di società*”.

¹⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Interesse social**, p. 30.

¹⁸³ *Idem, ibidem*. A este respeito, é interessante destacar passagem de Berle-Means (**A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 125) acerca da distinção entre os interesses de propriedade e de controle, oportunidade em que destacam que a busca pelo lucro financeiro pessoal daqueles que exercem o controle (administração) da empresa pode levar à publicação de informações financeiras de caráter enganoso: “Portanto, devemos concluir que os interesses da propriedade e os do controle opõem-se em grande medida se os interesses deste último decorrem basicamente do desejo de lucro financeiro pessoal”.

¹⁸⁴ “É muito conhecida a concepção dita da ‘empresa em si, que Walter Rathenau divulgou na Alemanha, ao final da Primeira Guerra Mundial, sustentando que os empresários detêm o poder de controle não para servir os capitalistas – sócios ou acionistas – e sim no interesse público representado pela empresa como organização que transcende a sociedade comercial. A lei acionária germânica, de 1937, aceitou (pelo menos verbalmente) essa concepção no seu § 70, ao assinar aos membros do *Vorstand*, sob sua responsabilidade, o dever de dirigir os negócios sociais segundo o ‘bem do estabelecimento’ (*Wohl des Betriebs*) e dos seus empregados, assim como o interesse comum da nação e do *Reich*.” (COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 299)

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁶ ESTACA, José Nuno Marques. **O interesse das Sociedades nas Deliberações Sociais**, p. 114.

aos interesses não redutíveis às pessoas dos sócios;¹⁸⁷ ao interesse público representado pela empresa, como organização que transcende a sociedade comercial¹⁸⁸, ou ao interesse conjugado entre acionistas, sociedade e Estado.¹⁸⁹

Para Walter Rathenau, a empresa representava uma forma para o soerguimento da economia alemã, seriamente prejudicada com o fim da Primeira Guerra Mundial. Identificava o termo empresa com a grande sociedade anônima, entidade capaz de proporcionar um grande crescimento econômico e de atender a fins públicos e não meramente privados¹⁹⁰. Desse modo, a teoria institucionalista publicista preconiza a atividade dos órgãos de administração das sociedades e promove a degradação relativa da importância da Assembléia de acionistas.¹⁹¹

Relevante é a crítica feita por Mengoni¹⁹² à teoria da “empresa em si”, ao aduzir que,

Quando se desloca a teoria da empresa em si (*Unternehmen na sich*) do seu caráter conjuntural histórico que favoreceu o seu desenvolvimento, essa teoria se revela uma falsa amiga dos administradores e dos grupos pré-constituídos de controle. Na realidade, essa teoria contém um germe destruidor do instituto da sociedade anônima, enquanto típico instrumento da iniciativa privada. Em um sistema fundado sobre o princípio da iniciativa privada, a máxima economicidade da própria empresa é garantida pela lei econômica da tendência individual à maximização do lucro. Quando, na formulação dos fins da sociedade, a idéia do lucro cede seu lugar à idéia do interesse público, a empresa está madura para ser socializada ou, ao menos, como primeiro passo, para ser submetida a um pesado sistema de controles

¹⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Direito Societário**, 2002, p. 31.

¹⁸⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **A Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 38.

¹⁸⁹ LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walter Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, p. 199-223.

¹⁹⁰ Conforme ressalta Modesto Carvalhosa (**Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 481): “(...) o institucionalismo da *empresa em si* (*Unternehneb na sich*) é fruto da *déblâcle* monetária da Alemanha após a primeira guerra, de que decorreu uma verdadeira obsessão do empresariado local contra a invasão dos capitais estrangeiros no complexo industrial alemão. Daí a aceitação pela coletividade acionária germânica da hegemonia dos controladores e de seus administradores, naquela conjuntura, a fim de salvar o patrimônio empresarial do domínio estrangeiro (*Ueberfremdung*). Entretanto, somente seria possível alcançar esse objetivo com a temporária substituição dos fins genuinamente societários de maximização de lucros pelos fins imediatamente empresariais de produção a favor da recuperação da economia do país. Houve, com efeito, no período, uma drástica institucionalização das companhias, mediante sua sujeição aos fins públicos, em detrimento das prerrogativas dos acionistas e da visão privatística da sociedade anônima. Esse o motivo da delegação de poderes aos administradores e de serem eles responsáveis apenas perante o grupo de empresas”.

¹⁹¹ Calixto Salomão Filho (**A Sociedade Unipessoal**, p. 46) destaca que “a recepção legislativa dessa teoria deu-se na *Aktiengesetz* 1937, que fez seus quase todos os princípios defendidos pela doutrina do *Unternehmen an sich*, assegurando à administração (*Verwaltung*) predominância sobre a assembléia dos acionistas (*Hauptversammlung*). Tal teoria entrou em crise a partir dos anos 50, sendo criticada sobretudo pelo segundo aspecto, denominado negativo e que se traduz em uma tendencial independência (e irresponsabilidade) da administração com relação aos acionistas. A reação completou-se com a lei acionária de 1965, que reforçou o papel da Assembléia dos acionistas e os direitos dos acionistas minoritários”.

¹⁹² Apunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi. *Rivista delle Società*. 1956, p. 440 e s. *Apud* CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p.481.

externos, a cargo dos órgãos administrativos ou judiciários, não só com respeito à legalidade, mas antes sobre o mérito de cada ato de administração. Isso significaria o fim da autonomia da sociedade anônima e a sujeição das deliberações da assembléia geral ao princípio da *sanior pars*, ressaltado pelos canonistas, que é a negação do princípio majoritário.

Por outro lado, há a teoria do institucionalismo integracionista ou organizativo, pela qual o atendimento a interesses alheios aos dos sócio da empresa se dá, por exemplo, mediante a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas. Tal fato se deu pela situação particular em que se encontrava a Alemanha no final do segundo pós-guerra, na qual as potências ocupantes verificavam a necessidade da “descartelização” dos centros de poder da indústria alemã, ajudando a concretizar os desejos dos sindicatos na direção das empresas.¹⁹³

Desse modo, a previsão da possibilidade da participação operária na administração, como busca de um interesse não apenas limitado aos dos acionistas da sociedade, torna possível a discussão para a definição de um novo modelo de organização societária, por isso tal teoria pode ser chamada de institucionalismo organizativo, distinguindo-se do institucionalismo publicista.¹⁹⁴

Subseção 1.3 – O Contrato-Organização¹⁹⁵

A compreensão do que seja a teoria do contrato-organização para a definição do interesse social leva também à aplicação de alguns conceitos tratados da análise econômica do direito¹⁹⁶. Tal teoria considera que a sociedade é um nexo de contratos através do qual a ela estão interligados os contratos e as relações havidas com os trabalhadores, os próprios sócios, os bancos financiadores, os clientes, os fornecedores, etc.

A teoria do contrato-organização não é econômica e sim jurídica, na medida em que não busca a maximização da riqueza ou a aplicação da eficiência econômica no direito, mas sim uma melhor forma de organização dos diversos interesses existentes perante a sociedade. É, portanto, no valor organização que tal teoria se funda, buscando encontrar a melhor

¹⁹³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 47.

¹⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Interesse Social**, p. 35.

¹⁹⁵ A análise de tal teoria se dá nos termos estudo realizado por Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, p. 42-45).

¹⁹⁶ Vide nota 84 retro.

solução entre os feixes de relações em que se envolve a sociedade, não devendo, por um lado, refletir unicamente o interesse pela maximização dos lucros e, por outro, o comando da sociedade de acordo com os interesses externos que impõem a sua preservação¹⁹⁷. Ou seja, tal teoria busca melhor organizar os interesses da tese contratualista e o da teoria institucionalista de interesse social, visando alcançar uma “eficiência não apenas produtiva, mas distributiva, que assegure duradoura prosperidade, rentabilidade e repartição eqüitativa de resultados entre todos os participantes da atividade empresarial”.¹⁹⁸

Para Calixto Salomão Filho, a teoria do contrato organização ao mesmo tempo em que garante a lucratividade para os sócios da sociedade, atendendo aos interesses da teoria contratualista, tem a capacidade de “transformar a sociedade naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejada pelos institucionalistas desde Walter Rathenau”¹⁹⁹, razão pela qual sustenta que somente mediante tal teoria se poderia melhor atender aos objetivos preconizados pelas duas teorias clássicas do interesse social.

Subseção 1.4 – O Interesse Social na Legislação Brasileira

Apresenta-se nitidamente contratualista a previsão legal contida no Código Civil brasileiro de 2002 (Lei 10.406/2002) ao estabelecer em seu artigo 981 que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Nessa definição encontram-se alguns evidentes traços contratualistas, como a pluralidade de sócios, e a mutualidade entre esses, que se obrigam com seus esforços e partilham “entre si” os resultados. Ou seja, os sócios obrigam-se entre eles próprios e não perante a sociedade.²⁰⁰

Por outro lado, na lei acionária brasileira, na regra contida em seu artigo 116, resta previsto que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, tendo, ainda, “deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. Já no artigo 117,

¹⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 2002, p. 43.

¹⁹⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **A Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 49.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 49.

²⁰⁰ *Idem*, p. 36.

parágrafo primeiro, alínea “a”, resta previsto como abuso de direito a orientação da companhia para a prática de ato lesivo ao “interesse nacional” ou “à economia nacional. No artigo 154, prevê-se, ainda, que o administrador deve buscar satisfazer as exigências do “bem público” e da “função social da empresa”.

Tais previsões demonstram a preocupação com o atendimento de interesses externos da sociedade que não aqueles relativos apenas ao alcance de lucros ou de resultados a serem partilhados entre os sócios²⁰¹, encontrando-se um caráter institucionalista na lei acionária brasileira. Porém, nesse mesmo diploma legal foram previstos dois institutos de natureza contratualista: (i) o acordo de acionistas, que tenta dar prevalência aos interesses do grupo de sócios controlador, e (ii) a OPA (oferta pública de aquisição de ações), que demonstra a tendência de valorização do momento e da saída como forma de proteção ao minoritário, indicando no sentido de um contratualismo moderno.²⁰²

Mesmo ante as ambivalências de interesses sociais contidas na lei das sociedades anônimas, a Constituição Federal brasileira de 1988, como norma fundamental, estabelece em seu artigo 170 que deve ser assegurado a todos uma “existência digna, conforme os ditames da justiça social”, com o que se apresenta largo espectro para a atuação da tese institucionalista, mormente ante a sua forma organizativa.

Subseção 1.5 – O Interesse Social e os grupos Societários

A análise do interesse social frente aos grupos societários ganha diferente conotação àquilo que até então se discutiu sobre o tema. Mesmo analisando-se as teorias contratualistas como as institucionalistas ou até mesmo a do contrato-organização, a questão é tratada de forma diferenciada nos grupos de sociedade.

²⁰¹ No entanto, destaca Eduardo Secchi Munhoz (**A Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 43) que “a simples atribuição ao controlador e aos administradores de deveres e responsabilidades para com acionistas, trabalhadores, comunidade local e nação, desacompanhada de uma definição de critérios objetivos para solucionar os conflitos estabelecidos entre esses distintos interesses, consubstancia fórmula excessivamente genérica, que deixa uma margem de manobra muito ampla aos condutores da sociedade, o que contribui para a ineficiência do sistema de atribuição de responsabilidade. Vale dizer, na medida em que a finalidade do poder não é claramente definida, torna-se difícil identificar os casos de *desvio*, o que é fundamental para a definição da responsabilidade do controlador e do administrador”. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (ob. cit., p. 301) aduz que “essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios”.

²⁰² SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 37-38.

Isso ocorre, pois nos grupos há influência de uma sociedade sobre a outra, o que leva à análise de uma forma de sociedade não tratada pela doutrina tradicional do direito societário. Ou seja, a partir do momento em que uma sociedade é controlada por outra, questiona-se: essa deve ter como um de seus interesses atender aqueles da sociedade controlante? Não se estaria diante de uma ruptura ou de uma descaracterização do conceito de interesse social quando diante do grupo de sociedades?

Florianio D'Alessandro²⁰³, ao tratar dos grupos de sociedade e especificamente acerca do interesse social nos grupos, sustenta que as sociedades participantes de uma modalidade grupal deixam até de existir, tamanha a transformação que o fenômeno do grupo proporciona às sociedades. Assim, se tão relevante são as mudanças trazidas pelos grupos, também o interesse social recebe tratamento diferenciado frente a tal fenômeno.

Pier Justo Jaeger, por sua vez, ao novamente escrever sobre o interesse social quarenta anos depois de sua primeira obra sobre o tema²⁰⁴, considera o interesse de grupo como outra forma de interesse externo à sociedade, assim como o interesse dos trabalhadores e da estabilidade do sistema econômico, dando-lhe, portanto, caráter institucionalista²⁰⁵.

Por outro lado, Paolo Montalenti, reconhecendo não ter a discussão sobre o interesse social nos grupos de sociedades ainda chegado a um denominador comum no direito italiano, sustenta que a questão relevante a ser tratada é estabelecer qual a medida em que a sociedade controlante pode impor suas diretivas à controlada sem que isso represente um abuso do seu poder de domínio.²⁰⁶

²⁰³ D'ALESSANDRO, Florianio. *Il Diritto delle Società da << Battelli del Reno >> alle << Navi Vichinghe >>*, p. 15. *"(...) il passaggio dall'era atomica a quella molecolare è un passaggio che non determina una mera modificazione delle strutture societarie, ma la loro metamorfosi in qualche cosa, appunto, di causalmente diverso: coll'appartenenza a un gruppo, le società (non solo le controllate, ma anche la controllante, che anche l'interesse della controllante può dover essere sacrificato a quello di altra componente del gruppo) cessano di essere società"*.

²⁰⁴ JAERGER, Pier Justo. *L'interesse sociale rivisitato (quarent'anni dopo)*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

²⁰⁵ JAERGER, Pier Justo. *L'interesse sociale rivisitato (quarent'anni dopo)*, p. 811: *"(...) si propone di considerare l'interesse di gruppo come uno degli altri, interessi che dovrebbero emergere là dove l'impresa è organizzata in forma di gruppo: accanto all'interesse dei soci (alla massimizzazione degli utili) sarebbero, infatti, ipotizzabili altri interessi, come quello dei lavoratori e quello della stabilità del sistema economico, nonché quello di gruppo. Non è chi non veda come la tesi come la tesi ora richiamata presupponga una concezione istituzionalistica della società, in quanto individua altri interessi al di là quello dei soci: in altre parole, essa sembra arrivare ad un istituzionalismo do gruppo"*.

²⁰⁶ MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, p. 1.633: *"(...) il problema è quello di stabilire in che misura la capogruppo può limitare l'autonomia decisionale delle società controllate, fino a che limite può imporre direttive alle società soggette alla propria influenza dominante, quale sia dunque il confine tra legittimo esercizio del dominio e indebita coartazione delle singole sfere di autodeterminazione. In conclusione il perseguimento dell'interesse di gruppo implica necessariamente una limitazione dell'interesse delle singole controllate, ma il compito del*

No direito português, há interessante passagem no Código das Sociedades Comerciais, de 1986, pelo qual se admite a sobreposição do interesse do grupo ao da sociedade controlada, desde que sirva aos interesses da sociedade directora ou das outras sociedades do mesmo grupo e não represente um interesse ilícito, conforme sustenta José Estaca:

O Código de Sociedades Comerciais veio permitir, contudo, a sobreposição do interesse de grupo, de um grupo de sociedade, definido pela entidade dominante de grupo, ao interesse da sociedade subordinada, conforme dispões o art. 503º. Este estatui que a sociedade directora tem o direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes (n. 1) e que tais instruções possam ser desvantajosas para esta, desde que sirvam os interesses da sociedade directora ou das outras sociedades do mesmo grupo (n.º 2), desde que sejam lícitas em si mesmas. Passando a sociedade subordinada a poder estar ao serviço do interesse da sociedade directora, e, indirectamente dos sócios desta, tal pode acarretar importantes consequências para os credores, administradores e restantes sócios da sociedade subordinada. Esta norma constitui uma importante excepção à regra geral de que cada sociedade deve prosseguir o seu interesse próprio, uma vez que se admite que a sociedade dominante ou até outra sociedade (arts. 491º e 493º do C.S.C.) imponha à sociedade subordinada a prossecução do interesse daquela. O interesse da sociedade pode não coincidir com o interesse do grupo, quando este prevalecer sobre aquele, deve existir uma contrapartida que reponha um certo equilíbrio.²⁰⁷

Calixto Salomão Filho reconhece que nos grupos de sociedade, seja nos de direito seja nos de fato, a sociedade controlada se submete aos interesses da sociedade controlante, fazendo desaplicar conseqüentemente a disciplina do conflito de interesses.²⁰⁸ Essa é prevista na legislação brasileira, no artigo 115 da Lei 6.404/76, que dispõe em seu *caput* o dever de o acionista “exercer o direito a voto no interesse da companhia”, sendo abusivo o voto que objetive algum dano à companhia ou a outros acionistas, ou cujo acionista pretenda obter, para si ou para outrem, “vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

Para tal autor, a influência dos interesses da controlante na controlada demanda uma adequada regra de compensação das perdas causadas aos acionistas minoritários, como ocorre

giurista è proprio quello di tracciare una linea di demarcazione tra imperio legittimo ed abuso del dominio, linea di demarcazione che trova il suo fondamento giuridico nell'esistenza di società giuridicamente distinte e nella protezione dell'interesse sociale verso la protezione degli interessi dei azionisti di minoranza sia dei creditori”.

²⁰⁷ ESTACA, José Nuno Marques. **O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais** p. 48-49.

²⁰⁸ **O Novo Direito Societário**, 2002, p. 46.

nas regras jurídicas alemãs de relacionamento grupal, pelas quais aos minoritários são concedidas compensações quando presente a subordinação expressa de interesse.²⁰⁹

Tal compensação representaria, como sustenta o referido autor, uma forma de aplicação da teoria organizativa, pois tornaria possível um tratamento mais eficiente do feixe de interesses e contratos existentes na sociedade – no caso, a de grupo –, podendo, inclusive, melhor atender aos interesses dos acionistas minoritários, sendo mais vantajosa do que a aplicação da regra do conflito de interesses acima mencionada.

A análise do tema do interesse social nos grupos societários não pode descurar da perspectiva pública que se impõe à empresa plurissocietária, pois essa é sujeito econômico de atuação em largos espectros da sociedade humana, nos quais se incluem os credores sociais, os seus fornecedores, os consumidores, os trabalhadores, dentre outros, não podendo o interesse social nos grupos ser voltado apenas ao atendimento de seus próprios fins econômicos.

²⁰⁹ Em razão da ausência de uma regra de compensação, assim como ocorre no direito alemão, é que os grupos societários de direito não se fazem presentes na realidade brasileira (*idem, ibidem*).

PARTE 2 – OS GRUPOS DE SOCIEDADES

CAPÍTULO 1 – FORMAÇÃO, DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES DOS GRUPOS DE SOCIEDADE

Seção 1 – Os Grupos Societários como Realidade Empresarial Contemporânea

No Capítulo I, seções I e II, tratou-se dos fenômenos das concentrações primárias e secundárias da sociedade comercial. A primária, referia-se ao crescimento interno das empresas, mediante os processos de fusão e incorporação fato esse que levou à edição no direito norte-americano de dois importantes regramentos de direito antitruste, o *Sherman Act* e o *Clayton Act*, de 1890 e 1914.

Em seguida a esse crescimento interno e muito em função das próprias restrições existentes à unificação ou incorporação de sociedades, formando-se grandes conglomerados empresariais, passou-se à fase da chamada concentração empresarial secundária. Nesse caso, ao contrário da fusão ou incorporação de empresas, a concentração se dava mediante a possibilidade de participação de uma sociedade em outra. Também foi nos Estados Unidos que se travou relevante discussão jurídica acerca do assunto, tendo em vista que a participação acionária entre sociedades²¹⁰ possibilitaria a criação “*States within States*”²¹¹, entidades de tamanha relevância econômica que poderiam superar o poderio dos próprios Estados²¹².

Porém, a concentração empresarial secundária não parou por aí, ela vem ocorrendo desde o final do século XIX, principalmente a partir de meados do século XX, após as duas Guerras Mundiais²¹³, tendo se exponenciado a partir da chamada “Terceira Revolução Industrial”²¹⁴, que tem na globalização da economia seu principal instrumento, cujas principais características são definidas por Engrácia Antunes como a “internalização e interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre,

²¹⁰ A sociedade anônima é o personagem principal desse fenômeno concentracionista, ao lado de outras manifestações societárias, que também podem se submeter ao processo de concentração empresarial.

²¹¹ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 34.

²¹² Fenômeno esse plenamente perceptível em nossos dias, como se vê pelo patrimônio e pujança econômica de grupos societários como o da General Motors, cujo volume de negócios chega a ser maior do que o produto interno bruto de Portugal, por exemplo (conforme apresenta José Engrácia Antunes, em seu artigo *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, p. 36).

²¹³ *Vide* nota n. 134.

²¹⁴ ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*, p. 35.

revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial das barreiras ao comércio internacional”²¹⁵.

A globalização da economia foi e continua sendo um elemento instigador à formação dos grupos de sociedades, pois a ampliação dos mercados ao ambiente mundial tornou necessária uma atuação empresarial forte, tanto em capacidade financeira e organizativa quanto tecnológica, a ponto de Comparato afirmar que só a grande firma é capaz de sobreviver nesse mercado global.²¹⁶

Mas não só a globalização da economia contribuiu para a formação dos grupos societários, como também o incremento desenvolvimentista proporcionado pelas “revoluções tecnológicas”²¹⁷, a criação de instituições como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, o GATT, a OMC, o NAFTA, a União Européia, o Mercosul, dentre outros, todos voltados a criar melhores condições ao desenvolvimento de um mercado global.

E tal gama de elementos, aqui apenas exemplificados, sem a intenção de exauri-los, levaram à criação da chamada empresa plurissocietária, a qual representa a união de diversas sociedades juridicamente autônomas (sociedades-filhas, ‘subsidiaries’, ‘Tochtergesellschaften’. ‘filiales’; ‘filiali’), que passam a ter uma única orientação econômica, comandada por uma outra sociedade (“sociedade-mãe”, “group headquarters”, “Muttergesellschaft”, “cappo-gruppo”, “société-mère”)²¹⁸.

Pode-se dizer que a tradicional e monolítica sociedade comercial idealizada nos primórdios do capitalismo industrial dá lugar à empresa de grupo ou plurissocietária. Engrácia Antunes, a esse respeito, traz importantes dados estatísticos obtidos em instituições da famosa “Global Triad” Estados Unidos da América, União Européia, Japão, as quais indicam:

(...) uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto de independência, recorrendo crescentemente à técnica do grupo societário: assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, e 88% no Japão. E ao nível internacional, o cenário é porventura ainda mais impressionante. Entre as 100 entidades económicas mais poderosas do globo, contam-se cinquenta Estados-nação e

²¹⁵ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa, p. 35.

²¹⁶ Consórcios de Empresas, in: **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 221. Não se está, vale ressaltar, desconsiderando o importante papel exercido pelas micro, pequenas e médias empresas nesse cenário nacional ou mundial, mas, apenas, sustentando-se que as grandes empresas são as que mais detêm capacidades para enfrentar o mercado global, tendo em vista sua elevada capacidade financeira e possibilidade, inclusive, de promover investimentos tecnológicos que venham lhe reverter benefícios econômicos.

²¹⁷ PEREZ, Carlota. Microelectronics, Long Waves and World Structural Change, p. 460.

²¹⁸ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa, p. 35.

cinquenta empresas multinacionais: o volume de negócios das oito maiores empresas multinacionais (Exxon, GM, Ford, General Electric, IBM, Microsoft, Texaco, Shell) é superior à soma do volume orçamental bruto de seis dos maiores Estados-membros da União Europeia (Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo); e o volume de negócios de muitas dessas empresas chega mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal (é o caso do grupo ‘General Motors’).²¹⁹

Nos Estados Unidos, numa economia que comporta, aproximadamente, dois milhões de sociedades comerciais, os 100 maiores grupos existentes comportam cerca de 26% do total de trabalhadores, 43% do volume total de negócios e 50% de todo o ativo patrimonial da indústria local²²⁰. Dados da revista *Fortune* indicam o poderio desses grupos, sendo o “Exxon-Mobil” detentor de mais de 1.200 filiais.²²¹

Na Inglaterra, sobre as 1.000 maiores empresas do Reino Unido, realizou-se um estudo pelo qual verificou-se que as 50 sociedades de maior porte tinham mais de 10.000 subsidiárias, numa média de 230 para cada sociedade, sendo que o grupo *British Petroleum* tinha mais de 1.300 sociedades e o grupo *Unilever* mais de 1.100.²²²

Em Portugal, ante o surgimento da União Europeia e o processo de internacionalização de sua economia, formaram-se grupos com mais de 50 sociedades, como é o caso do Sonae, com negócios no Brasil²²³.

Na França, 80% da produção industrial do país é realizada pelas grupos de sociedades, que são também responsáveis por cerca de 50% do volume global de negócios, tendo grupos como “Lafarge”, com 327 empresas filiadas e “Elf Aquitaine” 448, por exemplo.²²⁴

²¹⁹ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedade**, p. 43. Também sobre o tema, D. Sugarman (Corporate Groups in Europe: Governance, Industrial Organization, and Efficiency in a Post Modern World. In: **Regulating Corporate Groups in Europe**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1990, p. 14) traz os seguintes e relevantes dados: “It was estimated that in 1981 the average number of subsidiaries in the top 50 British companies was 230. Hadden’s study of five large British groups of companies disclosed an ‘incredible complexity’ involving ‘an intricate network of sub-holding companies, operating subsidiaries, sub-subsidiaries and service companies’. For example, British Petroleum had 1200 subsidiaries and Unilever had 800 (Hadden, 1984:273). In 1982, the 1000 largest American industrial corporations had an average of 48 subsidiaries each. For instance, Mobil Oil Corporation operated in 62 different countries through 525 subsidiaries (Blumberg, 1983: 464-68). In fact, the corporate structure of British companies would seem to be more complex than those of Continental and U.S. companies (Hadden 1984: 273-4).”

²²⁰ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedade**, p. 58.

²²¹ *The Fortune 500 Largest U.S. Industrial Companies*, 2001. Apud ANTUNES, José Engrácia. Ob. cit., p. 59.

²²² MUNHOZ, Eduardo. Ob. cit., p. 95.

²²³ *Idem*, p. 95.

²²⁴ ALLARD/BEAUD/BELLON. *Dictionnaire des Groupes Industriels et Financiers en France*. Apud ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedade**, p. 59-60.

Destaca Engrácia Antunes²²⁵, que entre as 100 maiores entidades econômicas mais poderosas do mundo, estão 50 Estados-Nação e 50 empresas multinacionais

Tal fenômeno pode ser visto inclusive no Japão – observadas suas respectivas particularidades –, pela origem e evolução do chamado *Zaibatsu*, denominação da forma peculiar de concentração financeiro-comercial-industrial, caracterizada por uma organização empresarial em estrela, tendo como núcleo um grande banco²²⁶. Tal regime empresarial surgiu durante a Dinastia Meiji, como uma fórmula de passagem do poderio feudal das poucas famílias que detinham os domínios rural e comercial no Japão para a era industrial. Assim, como destaca Carvalhosa “surgiu o conglomerado *Mitsubishi*, sob o controle da família *Iwasakim* que prosperou graças aos vultosos subsídios oferecidos pelo governo imperial, notadamente pela venda que este lhe fez, a preços inteiramente subsidiados, dos navios da companhia estatal *Kagasaki*, a então maior do país”²²⁷.

Na Alemanha, o grupo de sociedades encontrou um estudo consolidado²²⁸, que serviu de base para a noção dos grupos na lei brasileira²²⁹. Os tedescos tratam o grupo de sociedades pelo conceito de *Konzern*, considerado como “a reunião sob direção única de várias empresas ligadas, que passam assim a constituir uma unidade econômica, embora não jurídica”²³⁰ (na Subseção 2.1, do Capítulo 2, da Parte 2, será melhor desenvolvido o tema sobre os grupos societários na Alemanha).

O fenômeno concentracionista, também é visto no Brasil, tendo em vista a ocorrência notória de grupos societários como o Votorantim, o Itaú, o Vicunha, o Ipiranga, dentre outros,

²²⁵ ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade*, p. 36.

²²⁶ “A instituição financeira, a partir de seu poder de financiamento a favor das empresas do grupo por ela formado, controla de maneira global a acumulação e a reprodução do capital das empresas do conglomerado, além de estabelecer todos os critérios de investimento, seleção de tecnologia, administração e orientação de mercado.” (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, tomo II, p. 249)

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ “A grande influência do sistema jurídico alemão nos estudos de direito comparado advém do fato de a lei acionária de 1965 ter sido o primeiro diploma legal a tratar sistematicamente do tema. A lei acionária brasileira de 1976 foi a segunda e teve influência parcial da lei alemã.” (PRADO, Viviane Muller. *Pessoa Jurídica Dependente*. In: Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra. Organização de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 84)

²²⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 570. No mesmo sentido, SALOMÃO, Calixto. **O novo direito societário**, p. 170.

²³⁰ *Idem*, p. 571. E ainda: “há duas espécies de *Konzern*, os de subordinação, que supõem entre as empresas agrupadas vínculo de dependência e a que corresponde a descrição jurídica por degraus que vem de ser feita e os igualitários, empresas juridicamente autônomas em que, embora não exista nenhum liame de dependência a vinculá-las, haja contudo direção única a que todas se subordinem” (p. 572-573). Dentro dessas espécies podem ocorrer a tripartição dos *Konzern*: os contratuais, os fáticos e as sociedades encadeadas (p. 574).

que se utilizam de modelos de concentração vertical, horizontal e sob a forma de conglomerados, nas mais diversas áreas de atuação²³¹. De acordo com o periódico *Valor Grandes Grupos* de 2004²³², as 200 maiores empresas com atuação no país são organizadas mediante estruturas complexas plurisocietárias, em variados segmentos de mercado.

No setor financeiro, o Grupo Bradesco aparece como uma das maiores instituições, quando o critério é receita. Tendo capital de origem nacional e estando sob o controle privado, o grupo é composto por 46 sociedades, nacionais e estrangeiras, atuando nos mais variados segmentos do mercado financeiro.²³³

No industrial, são expoentes a Petrobrás e a Companhia Vale do Rio Doce, formados, respectivamente, por 167 e 69 empresas no Brasil e no exterior.²³⁴

Na prestação de serviços, a Eletrobrás aparece como o maior grupo brasileiro, sendo o critério receita bruta, patrimônio líquido e lucro líquido. Em seguida, está o Grupo *Telefonica*, atuante na área de tecnologia da informação e telecomunicações, formado por 79 empresas, dentro e fora do Brasil. No campo da prestação de serviços, menciona-se, ainda, os Grupos Brasil Telecom, Embratel, Gol, Telemar, Andrade Gutierrez, dentre inúmeros outros.²³⁵

Como se vê, não apenas pelos dados acima expostos, mas pela análise da própria realidade empresarial brasileira e mundial, verifica-se que os agrupamentos societários de há tempo fazem parte do cotidiano empresarial, sendo uma realidade a ser reconhecida pelo direito²³⁶ e uma forma de expressão da superação do paradigma da sociedade comercial

²³¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **A Empresa**..., p. 97. Aduz o autor, ainda, que: “a título ilustrativo, vejam-se os Grupos Ipiranga e Votorantim, empresas organizadas sob a forma típica de conglomerado. O Grupo Ipiranga tem atividades na área da indústria petroquímica, produção de asfalto, refino e distribuição de combustíveis, fabricação de óleos especiais, congregando inúmeras sociedades, dentre as quais, Distribuidoras de Produtos de Produtos de Petróleo Ipiranga, Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Ipiranga Petroquímica, Ipiranga Química, Comercial Farroupilha etc., as quais somam mais de 1500 empregados” (p. 97-98).

²³² Valor Grandes Grupos. **Valor Econômico**, n. 3, Rio de Janeiro, dez. 2004.

²³³ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 36.

²³⁴ *Idem*, p. 36-37.

²³⁵ *Idem*, *ibidem*.

²³⁶ Está-se, portanto, diante de uma realidade fática que deve, necessariamente, ser considerada pelo direito. Cabe, portanto, verificar *como e se* ocorrem os *inputs* e *outputs* entre a realidade e o direito, pois, como afirma Correia de Oliveira (1979:607): “por maior que seja – e mais bem sucedido – o esforço do legislador em bem apreender a realidade, sempre existe margem para equívocos, ou, ao longo do tempo, para alterações da realidade social que façam tornar-se superada a descrição normativa adequada. Quando ao norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula, o sistema entra em crise.” (ob. cit., p. 607).

independente, autônoma e dotada de responsabilidade limitada, questão essa que melhor será analisada na terceira parte do presente estudo.

Seção 2 – As Variadas Vantagens da Constituição dos Grupos de Sociedade

Existem vantagens das mais diferentes ordens para a constituição dos grupos de sociedades, o que justifica a sua ocorrência nas mais variadas economias capitalistas atuais. Dentre todas as vantagens que podem ser verificadas, destacam-se a jurídica, a econômica e a financeira.²³⁷

Subseção 2.1 – Vantagens Jurídicas

As vantagens jurídicas da constituição dos grupos societários ocorrem nas mais variadas formas. A primeira e mais evidente – em alguns casos a única vantagem ou finalidade buscada na formação dos grupos – é a possibilidade a dispersão dos riscos das atividades comerciais entre as variadas empresa componentes do grupo. A “sociedade-mãe”, controladora das demais “sociedades-filhas”, ficaria, assim, imune aos riscos da atividade empresarial praticada, pois as responsabilidades seriam assumidas pelas suas sociedades controladas. Isso se daria em razão da manutenção da autonomia jurídica de tais sociedades, pois, apesar de participarem de um grupo suas personalidades jurídicas, ainda permanecem intactas.

Por esse motivo, a análise dessa forma de vantagem jurídica impõe, necessariamente, a discussão relativa à teoria da responsabilidade limitada perante as sociedades componentes de um grupo, pois, conforme sustenta José Engrácia Antunes, “o princípio da limitação da responsabilidade foi previsto essencialmente para o caso das sociedades isoladas e não encontra sua adequada aplicação perante a empresa plurissocietária.”²³⁸

²³⁷ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedade**, p. 63-71.

²³⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 140. No original: “*the limited liability principle (...) has been designed essentially for the case of the single-corporate enterprise and does not meet its own assumptions when applied to polycorporate enterprises*”. O autor destaca, ainda, que o princípio da responsabilidade pelo exercício do poder, ou ausência de responsabilidade quando não exercido o poder também precisa ser revisto frente aos grupos societários, tema que demanda a aplicação de diferentes regimes de responsabilidades: “*Its (limited liability principle) historical pedigree is not consistent*

Esse, aliás, é o tema a ser desenvolvido na parte terceira do presente trabalho, no qual será analisada a responsabilidade da sociedade-mãe pelos atos praticados pela sociedade-filha, bem como os limites e possibilidades da teoria da desconsideração da responsabilidade jurídica para tratar do tema frente ao grupo de sociedades.

Destaca-se, por outro lado, também como vantagem jurídica da constituição dos grupos societários, a possibilidade de as sociedades agrupadas poderem obter benefícios fiscais em razão de sua formação. Pequenas sociedades agrupadas podem ser tributadas a uma taxa agregada menor do que seria para apenas uma grande sociedade, ao passo que certos mecanismos de constituição de grupo de empresa podem obter outras vantagens fiscais do que a própria fusão, cisão, aquisições etc., os quais implicam encargos maiores do que os de simples aquisições de participações acionárias.²³⁹

No cenário multinacional, a constituição dos grupos também levam a demais vantagens tributárias, tendo em vista a possibilidade de constituição de sociedades intermediárias dos grupos em “paraísos fiscais” ou “zonas de off-shore” (Ilhas Caimã, Mônaco, Liechtenstein, Suíça), onde se pode obter uma forma de tributação reduzida.²⁴⁰

No mesmo sentido, a constituição de grupos societários multinacionais permite a prática dos chamados “preços de transferência”, que permitem a deslocação de resultados positivos de sociedades agrupadas para territórios com regime tributário mais favorável.²⁴¹

Nos grupos, também se objetiva o alcance de vantagens jurídico-concorrenciais, mediante a composição de estruturas societárias que visem ocultar práticas anti-concorrenciais, tentativas nem sempre descobertas pelos órgãos reguladores e que demandam a análise aprofundada de elos societários e de mercado, nem sempre de facilitada compreensão.

Tal fato também se verifica perante as relações laborativas, em que uma única atividade econômico-empresarial possa ser dividida entre duas ou mais sociedades,

with the application to a reality that earlier corporate draftsmen could never have possibly had in mind (protection of individual ultimate investors versus protection of several layered corporate shareholders). Its legal foundations, the general liability standart of the coupling between power and liability, are also inconsistent with the automatic extension of the rule to corporate groups, and could even demand the opposite outcome of unlimited liability for the shareholder-parent corporation whenever it is judged to exercise na unlimited power of control over the subsidiary ('no power wihtout liability' and 'no liability without power'). Its economic foundations, for wich the rule is traditionally praised as supporting higher economic and social efficiency in the allocation of enterprises risks and costs, are at best irrelevant for corporate groups or can even be the source or increased inefficiency of all corporate actors (corporation, shareholders, managers, creditors), a circumstance which may also demand the introduction of different liability regimes”.

²³⁹ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 70.

²⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

²⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

dificultando-se, assim, a responsabilização de ambas sociedades. Sobre esse particular aspecto, aliás, há previsão específica no direito brasileiro perante o artigo 2º na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que auxilia na responsabilização das empresas componentes de grupo societário.²⁴²

Afora tais vantagens exemplificativamente referidas, outros aspectos acerca das vantagens jurídicas da constituição dos grupos societários também serão tratados da sua formação perante outros ramos do direito (*Infra*: Seção 2, do Capítulo 1, da Parte 2).

Subseção 2.2 – Vantagens Econômicas

Múltiplas também são as vantagens econômicas na constituição dos grupos societários. Destaca-se, dentre elas, a possibilidade da realização de uma integração vertical entre variadas empresas, pela qual as sociedades subordinadas, apesar de se manterem juridicamente autônomas, servem a garantir à sociedade de comando, por exemplo, uma fonte certa de abastecimento de matérias-primas por um melhor preço, possibilitando, por outro lado, que se alcance uma maximização da capacidade produtiva, como numa empresa produtora de “coke” que crie filiais ou participe em sociedades-filhas que utilizem tal produto como forma de explorar centrais elétricas movidas a combustão de resíduos químicos.²⁴³

Por outro lado, a concentração de sociedades pode evitar o fenômeno do gigantismo empresarial, que leva a “deseconomias de dimensão”²⁴⁴. Ou seja, o crescimento excessivo de uma sociedade pode prejudicar o seu adequado desempenho, criando-se estruturas de difícil organização e administração e prejudicando-se o alcance de uma melhor eficiência de gestão empresarial. Desse modo, a estruturação de sociedades em grupos permite que se obtenham os benefícios da concentração econômica excluindo-se as desvantagens, exercendo-se a chamada “descentralização na concentração”.²⁴⁵

²⁴² Art. 2º. (...). “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou na administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

²⁴³ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 63.

²⁴⁴ Destaca José Engrácia Antunes (ob. cit., p. 64) a afirmação de Medina Carreira (Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades, p. 28): “Se há economias de escala que resultam da maior dimensão da empresa, também há deseconomias de escalas que em parte neutralizam as vantagens da grande dimensão. Podem surgir dificuldades de organização, falhas de coordenação, insensibilidades da gestão para certo tipo de problemas, excessos desburocratizantes”.

²⁴⁵ Expressão utilizada por Alex Jacquemin (Le Groupe de Sociétés: Décentralisation dans la Concentration, 27 e ss.). *Apud* ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 64.

Desse modo, a estrutura societária criada pelos grupos são extremamente maleáveis e flexíveis, na medida em que podem ser desfeitas quando se verificar que a unidade econômica criada não mais alcança os benefícios econômicos inicialmente pretendidos (como, por exemplo, nas *joint ventures* e nos consórcios), ao passo que estruturas rígidas formadas por fusões e incorporações não permitem o rápido desfazimento de tal estrutura.

A par desse fenômeno, Engrácia Antunes destaca que na atualidade ocorrem uniões econômico-societárias até entre os próprios grupos de sociedade:

(...) hoje se constata que, não raro, são os próprios grupos que se agrupam entre si (pense-se nas recentes fusões e alianças estratégicas celebradas, no sector financeiro, entre os grupos ‘Pfizer’ e ‘Warner-Lambert’. ‘Glaxo-Wellcome’ e ‘Smithkline Beecham’, no setor alimentar, os grupos ‘Philip-Morris’ e ‘Nabisco’, ‘Nestlé’ e ‘Perrier’, ‘Unilever’ e ‘Best Foods’, no setor químico, os grupos ‘Clariant’ e ‘Hoescht’, ou ainda, no sector automobilístico, os grupos ‘BMW’ e ‘Rover’, ‘Daimler-Benz’ e ‘Chrysler’).²⁴⁶

Há de se destacar que a dimensão econômica que se alcança quando se trata de uniões entre grandes grupos societários é capaz, inclusive, de promover uma verdadeira “internalização”²⁴⁷ do mercado, ou seja, a “mão invisível” que coordena as relações econômicas, como defende a teoria econômica clássica, é tomada pela “mão visível” das organizações societárias, “desnaturalizando-se” a coordenação do mercado, prato cheio para a análise do direito concorrencial.

Subseção 2.3 – Vantagens Financeiras

Como vantagem financeira da utilização dos grupos de sociedade destaca-se, por exemplo, a possibilidade de o grupo proporcionar à principal sociedade dele componente (e conseqüentemente ao sócio principal dessa sociedade-mãe) (i) o controle de variadas sociedades; (ii) o melhor comando da atividade empresária desenvolvida, bem como (iii) o alcance de maior percentual de lucro do que se a mesma atividade empresária fosse desenvolvida por uma única sociedade.²⁴⁸

²⁴⁶ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 65.

²⁴⁷ *Idem*, p. 66.

²⁴⁸ Tais conclusões são alcançadas pela análise de interessante exemplo hipotético elaborado por Engrácia Antunes (ob. cit., nota 249, p. 136-139) para a explicitação do tema, o qual se faz breve referência a seguir. Suponha-se uma empresa cuja atividade consista na importação e distribuição de veículos importados e que

seus fundadores tenham reunido um patrimônio de 10.000, sendo 6.000 subscritos por A e os restantes 4.000 subscritos por B, C, D e E. Tal empresa contém uma unidade de armazenagem central e 12 unidades de venda distribuída por um território, locais em que são realizadas as vendas dos veículos. Admitindo-se que a venda anual de veículos pela empresa seja de 1.000 e que cada veículo valha 400, sendo 4% o lucro (destituído de imposto, para melhor compreensão), o volume anual de negócios será de 400.000 e os lucros líquidos de 16.000. Assim, será devido ao sócio A a quantia de 9.600, e aos demais, B, C, D e E a quantia de 1.600, para cada uma. Tal empresa, pode, no entanto, apresentar a conformação societária de grupo, o que será mais vantajoso ao sócio A, detentor de 60% do capital social, que obterá melhor controle sobre a atividade comercial, poderá controlar os demais sócios (no caso, demais sociedades) e alcançará maior percentual de lucro do que na empresa unissocietária.

Porém, inicialmente, a formação do grupo em nada alteraria os resultados alcançados pela forma unissocietária, o que se percebe apenas num segundo momento. Suponha-se que a mesma quantia – 10.000 – de que eram detentores os sócios da empresa Ω , fosse assim dividido na sociedade Σ : 6.000 à sociedade mãe (pertencente ao sócio A) e 4.000 divididos em quatro sociedades filhas (W, X, Y e Z, pertencentes, respectivamente, aos sócios B, C, D e E), cada uma com um patrimônio de 1.000. O patrimônio de A (6.000) é dividido em quatro montantes de 1.500, os quais implicam na participação majoritária de Σ nas sociedades W, X, Y e Z, cujo capital social é de 2.500 cada uma, sendo 1.500 de A (Σ) e 1.000 de outro sócio (B, C, D ou E). Tais sociedades são detentoras, cada uma, de 3 unidades de venda de veículos, totalizando 12 unidades, ao passo que a sociedade Σ é responsável, individual e diretamente, pela importação de veículos e indiretamente pelas vendas de veículos, mediante sua participação em cada uma das sociedades W, X, Y e Z. Assim, alcançando-se um lucro de 16.000 na venda dos veículos, poder-se-ia realizar, nesse caso, a mesma distribuição de resultados ocorrida na hipótese da sociedade Ω , ou seja, 9.600 para Σ , pois participante em 60% do capital social de cada uma das sociedades W, X, Y e Z. Se o lucro anual de cada uma é 4.000, é devido 2.400 em cada uma dessas sociedades a Σ . Assim $4 \times 2.400 = 9.600$.

No entanto, mesmo ante a possibilidade da manutenção da forma de distribuição de lucros, já se pode verificar que o grupo societário permite uma redistribuição do controle social entre os variados sócios, pois do ponto de vista do sócio A, esse, além de manter seu domínio sobre as atividades de distribuição/vendas regionais de veículos, exatamente como ocorria na sociedade Ω , pode, agora na sociedade Σ deter com exclusividade o controle sobre a atividade de importação, excluindo a influência dos demais sócios (nesse caso mediante suas sociedades), como ocorria na sociedade Ω .

Já com relação a esses sócios, a forma grupal da atividade empresária acarreta na ruptura da solidariedade entre esses, pois no caso imaginado, cada uma das sociedades W, X, Y e Z fica responsável com o seu patrimônio pela distribuição de veículos apenas em suas respectivas regiões e não em todas as 12 localidades, como ocorria na sociedade Ω .

Tais sociedades ficam, no entanto, dependentes da sociedade Σ , seja em termos econômicos ou estratégicos, pois essa determinará os rumos das atividades empresariais, tendo em vista ser proprietária da maioria do capital social de cada uma delas.

Até mesmo quanto à destinação dos lucros poderá o sócio A melhor se beneficiar perante a sociedade Σ do que em face da sociedade Ω . Considerando-se que na relação de grupo apenas a sociedade Σ presta serviços de importação, a essa é permitida a cobrança de comissão de 2% sobre o preço de venda de cada um dos veículos vendidos, pois a escolha da atitude a tomar depende do sócio A, que é sócio majoritário quer da sociedade mãe ou indiretamente das sociedades filhas, sendo admissível que instrua a administração dessas últimas a aceitação de referida comissão pela cúpula grupal. Nesse caso, havendo a cobrança, pela sociedade Σ , de 2% sobre a venda de veículos das sociedades W, X, Y e Z, a repartição de lucros seria diferenciada, não mais cabendo a A os anteriores 9.600, mas sim 12.800, pois o lucro de cada sociedade seria diminuído de 2%, que iria para a sociedade Σ . Desse modo a Σ cabe além dos 60% do lucro de tais sociedades, dada sua participação societária nessa proporção, mais 2% sobre o total da atividade. Assim, se o volume de vendas de cada sociedade corresponde a 100.000 (250 veículos $\times$ 400 [unidade] = 100.000) e o lucro de cada filial é apenas 2%, cada uma delas dará à sociedade Σ o equivalente a 1200, que no total corresponderá a 4.800 (1.200 $\times$ 4). Por outro lado, à sociedade Σ é devido 2% sobre o total comercializado pelas filiais, sendo $2\% \times 100.000 = 2000$, multiplicado por 4 (número de filiais) = 8.000, os quais somados com 4.800 correspondem a 12.800. Desse modo, no caso da sociedade unissocietária Ω , o sócio A percebe 9.600 (60%) e os demais sócios 1.600 (10%) cada. Já na sociedade plurissocietária Σ , ao sócio A caberá maior participação, podendo alcançar 12.800 (80%), ao passo que aos demais sócios caberá apenas 800 (5% de 16.000).

Pela forma de sociedade grupal, com um valor reduzido de investimento inicial de capital se poderá obter o domínio de uma grande quantidade de capitais e de patrimônio, como é o caso dos grupos piramidais ou em cascata, pelos quais uma sociedade com capital de 10.000 decide empregar todo o seu patrimônio em suas outras sociedades com o mesmo capital social. O sócio que detiver metade do capital votante da primeira sociedade terá, com um investimento de apenas 5.001, o controle de um patrimônio de 30.000, representado pelas três sociedades de 10.000. Tal controle pode ser ainda maior, caso essas novas sociedades constituídas venham a adquirir o controle de outras sociedades, tornando, assim, infundável a cadeia de controle exercido por apenas um sócio.²⁴⁹

Seção 3 – Os Grupos Societários e suas Classificações

Dada a inegável complexidade dos motivos da constituição dos grupos societários e em razão das mais variadas formas que esses podem vir a tomar, as definições e classificações doutrinárias dos grupos são tarefas hercúleas e nem sempre capazes de abarcar a real extensão desse fenômeno. Assim, as classificações a seguir apresentadas apenas representam aquelas que tradicionalmente são verificadas na doutrina e que servirão para a compreensão do tema ao longo da presente exposição.

Subseção 3.1 – Grupos de Subordinação e Coordenação

A classificação mais importante que se deve fazer sobre os grupos de sociedades é a sua distinção entre grupos de subordinação e de coordenação.

Por subordinação compreendem-se os grupos em que a sociedade principal exerce o seu *poder de controle* sobre as demais sociedades componentes do ente grupal. Conforme se verá adiante (Subseção 1.2, Capítulo 1, Parte 3), o exercício do poder de controle pode se dar de variadas formas e se caracteriza pela possibilidade da sociedade de comando buscar o atendimento dos seus interesses próprios ou de interesses do grupo, mediante a subordinação das sociedades subsidiárias à sua vontade dominante. Tal subordinação pode se dar em razão de participação acionária, de vínculos contratuais ou de outras formas de controle externo que

²⁴⁹ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 66-68.

as sociedades subsidiárias podem se submeter. Trata-se do império da vontade da sociedade dominante sobre as suas dominadas.

Já nos de coordenação, também se faz presente a dominação, ou a dependência entre sociedades, mas essa se apresenta apenas em caráter mínimo, pois se destina ao atendimento da direção unitária preconizada pelo grupo. Os consórcios de sociedades do direito brasileiro são o melhor exemplo dos grupos de coordenação no Brasil.²⁵⁰ Parte da doutrina, porém, não considera os grupos de coordenação como exemplo de grupo, mas apenas uma mera associação de empresas, sem um efetivo exercício de dominação e dependência.²⁵¹

Subseção 3.2 – Grupos Centralizados e Descentralizados

Os grupos centralizados e descentralizados parecem não se distinguir dos subordinados e coordenados. Ocorre, que nesse caso o enfoque classificatório é outro. Não se trata da análise do exercício ou não do *controle* de uma sociedade sobre a outra, mas sim do nível de transferência de decisões existente na esfera grupal.

Nos centralizados, as decisões relativas às atividades empresariais desempenhadas pelas sociedades subsidiárias são transferidas à sociedade comandante, que as centraliza e determina o tom de sua atuação financeira, comercial e administrativa do grupo.²⁵² A autonomia das sociedades subsidiárias fica comprometida, pois o seu centro decisório passa a ser exercido por outro ente que não a própria sociedade. Isso representa uma forma de crise de função²⁵³ da pessoa jurídica da sociedade participante do grupo, como se verá adiante (Parte 3, Capítulo 1, seção 2.3).

Já nos descentralizados, as sociedades integrantes do grupo exercem separadamente suas atividades empresariais específicas, porém em benefício de uma sociedade central, como no caso da *holding* pura²⁵⁴. Não seria a hipótese da *departamentalização* das sociedades subsidiárias perante o grupo, mas apenas o exercício de atividades empresariais distintas (marketing, pesquisa, comércio, produção, tecnologia etc.), mas com o objetivo de benefício econômico de todo o grupo, sendo mantida a autonomia e diversidade jurídica das sociedades subsidiárias.

²⁵⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 117.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

²⁵² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **A Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 120-121.

²⁵³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 259-262.

²⁵⁴ As *holdings* serão brevemente analisadas a seguir (subseção 4.3, deste capítulo).

Subseção 3.3 – Grupos de Direito e de Fato

Os grupos de direito e de fato não representam uma terceira forma de organização ou de disposição das sociedades dentre de um grupo societário. Trata-se apenas da forma de constituição dos grupos, sendo os de direito aqueles constituídos mediante a celebração de um contrato entre as sociedades participantes e os de fato existem independentemente da existência de uma convenção grupal.

Essa distinção (“de fato” e “de direito”) decorre do modelo dualista do direito alemão²⁵⁵, que prevê diferentes formas de agrupamento de empresas²⁵⁶, os *Konzern* (grupos) contratuais (*Vertragskonzerne*), os grupos fáticos (*faktische Konzerne*) e, ainda, as sociedades encadeadas (*eingegliederte Gesellschaften*).²⁵⁷

Seguem o dualismo alemão o direito brasileiro (Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404/76)²⁵⁸ e o direito português (Código das Sociedades Comerciais de 1986)²⁵⁹. Noutras legislações, como a norte-americana²⁶⁰, a italiana²⁶¹ e a da Comunidade Européia²⁶², por exemplo, não há distinção geral entre os grupos de fato e de direito, tratando-se a primeira duma regulação parcial e as outras duas da regulação global e orgânica, conforme também será disposto em seguida.

Subseção 3.4 – Demais Classificações dos Grupos

Além dessas principais classificações dos grupos societários e suas formas de constituição, outras são também comumente verificadas, como grupos financeiros, industriais,

²⁵⁵ Tema a ser tratado a seguir (Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.1).

²⁵⁶ No direito alemão, os grupos podem ser formados entre sociedades e de sociedades com empresas.

²⁵⁷ OLIVERIA, José Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 574.

²⁵⁸ Os grupos no direito brasileiro serão objeto de análise a seguir (Parte 2, Capítulo 2. Subseção 2.2).

²⁵⁹ No direito português, três são as formas distintas de grupos de direito: primeiro aqueles constituídos por um contrato de domínio total (arts. 488º e 489º, do Código das Sociedades Comerciais); segundo, por um contrato de grupo paritário (art. 492º) e terceiro, por um contrato de subordinação (art. 493º). Já os grupos de fato decorrem da celebração de outros instrumentos, como a participação acionária, acordos parassociais, contratos interempresariais, uniões pessoais, relações econômico-fáticas de dependência. (ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 73).

²⁶⁰ Vide BLUMBERG, Phillips. The law of Corporate Groups in the United States. **Rivista delle Società**. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Primo, Milano: Giuffrè, 1996. p. 421-472.

²⁶¹ Nos termos do artigo 2.497, do Código Civil italiano a seguir analisado (Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.5).

²⁶² Vide IX Diretiva Comunitária (Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.4).

nacionais, multinacionais, pessoais, piramidais etc.²⁶³ Porém, tais classificações são despidas de fundamentação jurídica, pois apenas referem-se ao elemento material em torno do qual os grupos societários são constituídos, razão pela qual desmerecem maior atenção no presente trabalho.

Seção 4 – Grupos de Sociedade e Afins

Os grupos de sociedades assemelham-se a figuras já conhecidas pelo direito societário, pois representam o resultado do fenômeno da concentração empresarial, já há tempos presente na realidade econômica mundial, como se viu anteriormente (Parte 1, Capítulo 1, subseção 3.2). São, no entanto, o mais importante instrumento jurídico vocacionado à organização da empresa moderna e ao movimento de concentração e globalização econômico-empresarial da economia contemporânea.²⁶⁴ Releva, portanto, apenas para fins didáticos do presente trabalho, promover a sua distinção de algumas figuras jurídicas já conhecidas.

Subseção 4.1 – A Fusão

Os grupos e a fusão de sociedades são figuras jurídicas que detêm o mesmo fundamento econômico de formação. Buscam a realização de atividades empresariais não desempenhadas apenas por uma única sociedade, seja pela decisão estratégica de assim não fazê-lo, seja pela impossibilidade material, organizacional, tecnológica, administrativa, financeira etc. do seu desenvolvimento individualizado.

Aliás, os grupos societários tiveram seu surgimento também atrelado à própria existência da fusão de sociedades, como se viu pelo exemplo do direito norte-americano (Parte 1, Capítulo 1, subseção 3.2), que criava barreiras aos conglomerados empresariais constituídos pelas fusões, tendo em vista a ofensa aos princípios concorrenciais existentes.

Porém, distinguem-se os grupos e a fusão de sociedades, pois naqueles, não há a criação de um único ente coletivo dotado de personalidade jurídica como ocorre na fusão,

²⁶³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 122. ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 76.

²⁶⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**, p. 84.

pela qual duas sociedades unem-se num só ente juridicamente personalizado. Os grupos constituem-se de diversas sociedades, cada uma dotada de sua personalidade jurídica, mas que buscam o atingimento de um único objetivo econômico. Trata-se, como se vê, do fenômeno da diversidade jurídica numa unidade econômica.

Subseção 4.2 – A Cisão

Também a cisão de sociedades é uma figura jurídica diretamente relacionada com os grupos societários. Como essa representa o sentido inverso da fusão, ou seja, o contrário da união econômica e jurídica de sociedades, acaba por desconcentrar uma figura única em variadas entidades que podem passar a desempenhar as mesmas atividades econômicas exercidas quando integrantes de um só ente jurídico. Por essa divisão de atividades entre variados entes dotados de personalidade jurídica, pode a cisão representar até um antecedente dos grupos societários, mas com eles não se confunde, esses visam a unidade, e a cisão a diversidade econômica.²⁶⁵

Subseção 4.3 – A *Holding*

A *holding*²⁶⁶ é a figura jurídica que mais se aproxima do conceito de grupos de sociedades. Tal semelhança se dá em razão de ser uma sociedade que comanda e gestiona a atividade de outras sociedades de que é detentora de participação social e que desempenham suas funções para o atingimento dos objetivos preconizados pela sociedade *holding*. Mas essa não é a função exercida pelos grupos societários, poder-se-ia indagar? Ocorre que os grupos societários constituem o modelo de organização global da empresa plurissocietária, ao passo que a *holding* representa apenas o modelo jurídico-organizativo da sociedade principal do grupo societário, por isso a distinção entre essas duas figuras.²⁶⁷

²⁶⁵ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**, p. 87.

²⁶⁶ Sobre o tema, ver Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle da Sociedade Anônima**, p. 128) e Francesco Galgano (L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo. *In: Contratto e impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 1990. v. 1, sesto anno, p. 401-522; e Qual è l'oggetto della società holding? *In: Contratto e impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 1986. v. 1, p. 327-343).

²⁶⁷ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**, p. 90.

Subseção 4.4 – A Firma-Rede

Não seria a firma-rede exatamente uma figura jurídica similar aos grupos de sociedades. Sua semelhança se dá por uma razão econômica, administrativa e organizativa, pois representa a união entre sociedades distintas para o atingimento de um determinado fim. Essa união contratual não se dá, porém, como nos chamados “grupos de direito”, em que uma convenção grupal é celebrada entre sociedades para que passem a atuar conjuntamente para o atingimento dos objetivos preconizados pelo grupo, como se fossem uma só sociedade. Nas firmas-rede a vinculação se dá também de forma contratual, mas o vínculo estabelecido é para a realização de uma atividade empresarial específica e cuja duração é determinada pelo atingimento de um objetivo comercial pontual.

Um dos exemplos mais evidentes da firma-rede é o das empresas que fornecem peças e acessórios para as montadoras de veículos. Tais fornecedoras se valem de estruturas existentes nas próprias montadoras ou se estabelecem dentro do seu pátio ou em sua vizinhança com o objetivo específico de fabricar peças e acessórios para referida empresa. O vínculo contratual existente se dá de acordo com a necessidade da sociedade montadora, sendo estabelecido por um determinado período e vinculado aos padrões de quantidade e qualidade exigidos pela contratante. No caso de montadoras de veículos existentes no país, muitas vezes os próprios termos do vínculo contratual entre montadora e fornecedora já vem formulados pela própria matriz estrangeira da montadora. Não raramente, a própria empresa fornecedora é também estrangeira e cria filiais nos países em que a montadora desempenha suas atividades. Nesses casos, os termos dos contratos celebrados entre montadora e fornecedora já vêm estipulados pelas suas próprias matrizes estrangeiras.²⁶⁸

Essa forma de organização empresarial seria uma tendência dominante em diversos níveis de organização, cujas características principais seriam as seguintes, como sustenta Pierre Veltz.²⁶⁹

²⁶⁸ Sobre o tema, vide: CARLEIAL, Liana. **Uma reflexão inicial sobre as possibilidades e limites da ação institucional na preparação da força de trabalho industrial para o setor automotivo no Paraná (Brasil)**. Documento disponibilizado, no 1º Semestre do ano de 2007, pela Professora Doutora Liana Carleial na disciplina de Teorias Econômicas do Curso de Mestrado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná; CARLEIAL, Liana; GOMES FILHA, Maria Lucia de Figueiredo; NEVES, Lafaiete Santos. **Firmas rede na indústria automotiva brasileira: características gerais da relação com fornecedores, dos modelos de logística e dos mecanismos de coordenação**. Apresentado no Congresso The Third Congress on Proximity, “New Growth and Territories”, Paris, 13 e 14 de dezembro de 2001, p. 03.

²⁶⁹ VELTZ, Pierre. **Le Nouveau Monde Industriel**. Paris: Éditions Gallimard, 2000. p. 15.

Em primeiro lugar, a firma rede estaria fundada no princípio básico da descentralização para o mercado, ou seja, as atividades são repartidas em unidades de tamanho variável dotadas de uma autonomia relativa interna, as quais são dirigidas e coordenadas mais em razão da prescrição de objetivos e controle de resultados do que da definição estrita dos meios a serem utilizados e da indicação de quais seriam os estritos caminhos para o alcance dos resultados.

Outra característica é a forma contratual das relações entre as unidades e os seus controladores, bem como dos vínculos horizontais entre as próprias unidades. Aqui aparecem as relações contratuais entre cada um dos elos da relação produtiva, como é exemplo a constituição de *joint-ventures* para a elaboração de um produto por empresas distintas, na qual cada uma fica responsável pela elaboração de um dos componentes do produto almejado.²⁷⁰

O terceiro elemento característico é o caráter multifuncional de suas unidades, que pode ser representado pela conjunção das funções de cada uma das células da rede para o alcance dos resultados almejados. Trata-se da divisão dos meios de produção em mini-empresas complexas, cada uma hierarquicamente ligada à rede, distinguindo-se dos desmembramentos funcionais fundados nas divisões tradicionais da grande firma.

Nos termos dessas características, tendem as firmas-rede à decomposição das grandes empresas, anteriormente organizadas num modelo hierarquizado classicamente multifuncional e multidivido, em uma rede de *bussines unit* de tamanho muitas vezes menor, dando-se suporte técnico e administrativo a um centro estratégico supervisor.²⁷¹

Apesar de representarem uma forma de descentralização da prática de atividades empresariais, as firmas-rede não se identificam com os grupos de sociedade, pois esses formam um fenômeno societário que não se verifica nas firmas-rede. Noutro sentido, o vínculo existente entre as sociedades integrantes do grupo não se dá com o fito exclusivo de se alcançar um objeto empresarial pontual, específico e temporário, como ocorre no caso das firmas-rede. Busca-se nos grupos um vínculo não meramente temporário e que se desenvolva independentemente da realização de uma atividade comercial individualizada e cujo fim seja predeterminado contratualmente.

²⁷⁰ O mesmo exemplo das montadoras e fornecedoras de auto-peças podem aqui ser utilizado, pois várias podem ser as empresas fornecedoras de cada uma das peças dos automóveis.

²⁷¹ VELTZ, Pierre. **Le Nouveau Monde Industriel**. Paris: Éditions Gallimard, 2000. p. 25.

Os grupos societários e as firmas-rede são, portanto figuras distintas, apesar de economicamente identificarem-se quanto à diversificação e descentralização da atividade empresarial por unidades distintas.²⁷²

²⁷² Nesse sentido, destaca Giuliana Sconamiglio (**Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 32-33) que “*al riguardo, conviene osservare subito che il fenomeno dei <<gruppi>> differisce profondamente da quello della (grande) impresa <<multidivisionale>>, dell’impresa imputata cioè ad un único soggetto ed articolantesi in una pluralità di <<divisioni>> o settori, ciascuno dei quali corrisponde ad un segmento della sua attività ed è dotato eventualmente di autonomia contabile e amministrativa, ma non di autonomia giuridica*”.

CAPÍTULO 2 – MODELOS DE REGULAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

O grupo de sociedades é um fenômeno extremamente complexo e cuja formação se deu pela conjugação de motivos de ordem econômica, administrativa, financeira, tecnológica etc. para o atendimento de atividades empresariais no atual mercado globalizado. Sua constituição ocorreu ao longo de todo o globo terrestre e cada legislação nacional tratou do tema das mais variadas formas, razão pela qual não existe um modelo legal principal e único da regulação dos grupos.

Não se pretende, nos limites do presente trabalho, identificar todas as definições até hoje realizadas sobre o tema, mas apenas apresentar alguns modelos principais que vêm sendo tratados pela doutrina²⁷³ e que servem para a sistematização do fenômeno dos grupos societários²⁷⁴.

Seção 1 – A Regulação Parcial

Por regulação parcial se deve compreender aqueles sistemas jurídicos em que não há uma definição legal dos grupos societários, mas que os tratam de forma indireta e que consideram a sociedade comercial ainda pela sua análise tradicional como um ente coletivo dotado de autonomia, independência jurídica e responsabilidade limitada.²⁷⁵ Assim, os fenômenos jurídicos que não se enquadrem nesse arquétipo legal tradicional, como é o exemplo dos grupos, recebem abordagem jurídica como objetos excepcionais ao modelo vigente.

Desse modo, nos modelos de regulação parcial, são os grupos societários tratados como excepcionalidade ao modelo tradicional, recebendo, por exemplo, a incidência de institutos como a descon sideração da personalidade jurídica, originária do direito norte-

²⁷³ MANÓVIL, Rafael Mariano. **Grupos de Sociedades nel derecho comparato**, Capítulo III, p. 155-250; ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, Capítulo II, p. 165-183; e **Liability of Corporate Groups**, Parte II, Capítulo 3, p. 231-380.

²⁷⁴ Também não cabe nesta obra apresentar o aprofundamento de cada um dos modelos de regulação específicos a serem objeto de análise, mas apenas identificar as suas noções gerais e que com isso se forma uma noção geral da regulação dos grupos societário.

²⁷⁵ Aqui, mais uma vez, vale lembrar que apenas se considera a responsabilidade limitada como um elemento tradicional da sociedade comercial ao se tratar das sociedades anônima e limitada como principais entes coletivos componentes dos grupos societários. Não se desconhecem, portanto, as demais expressões societárias que, apesar de também serem tradicionais, não são dotadas de responsabilidade limitada como são as sociedades simples, as em comandita simples (quanto ao comanditado).

americano e inglês (chamada de “*disregard of the corporate entity*” ou “*lifting the corporate veil*”).

Nesses casos, ganha relevo o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, pois passa a definir, caso a caso, quando se está diante de um grupo de sociedades e qual a consequência específica a ser observada em razão da extrapolação do modelo tradicional da sociedade comercial.

Seção 2 – A Regulação Global

Na regulação global, alguns sistemas jurídicos nacionais, bem como a proposta da IX Diretiva da Comunidade Européia, passam a definir o tema dos grupos de sociedade de forma pretensamente integral, estabelecendo (i) as variadas formas de sua constituição, funcionamento e definição de suas responsabilidades interna (direitos e compensações entre sócios) e externa (credores e terceiros vinculados aos grupos) e (ii) os critérios para o seu reconhecimento e as suas respectivas consequências jurídicas.

Do primeiro caso, são exemplos o direito alemão, brasileiro e português. Do segundo, o direito comunitário europeu e o direito italiano, denominados de “modelos orgânicos” dos grupos societários.

Subseção 2.1 – O Modelo Alemão

É na Alemanha que os grupos de sociedade receberam vasta regulação pelo legislador, digna de uma regulação global, a qual serviu de modelo para a disciplina do instituto em países como Portugal (Código das Sociedades Comerciais, de 1986) e o Brasil (Lei das Sociedades Anônimas, de 1976). Naquele país, a noção de grupos de sociedade se dá através da expressão *Konzern*, que representa a reunião de empresas juridicamente independentes que buscam, mediante uma direção unitária²⁷⁶, o alcance de um mesmo objetivo econômico.

A primeira previsão existente sobre os grupos societários na Alemanha se deu pelas “novelas” sobre as sociedades anônimas, datadas de 1931, que introduziram o tema no

Código Comercial Alemão, o *HGB*.²⁷⁷ Posteriormente, com a Lei das Sociedades por Ações (*Aktiengesetz*) de 1937, foi o *Konzern* reconhecido como a reunião de empresas (não apenas de sociedades) que buscassem o mesmo fim econômico se valendo de uma direção unitária (*unter einheitlicher Leitung*). Inclui-se também nesse conceito a dependência entre empresas mediante o exercício de uma influência dominante de uma empresa em outra. Poucas, porém, foram as consequências expressamente extraídas dessas definições feitas pelo legislador²⁷⁸, sendo o tema mais amplamente tratado pela lei acionária (*AktG*) de 1965.

Variados são os degraus de vinculação entre empresas admitidos pela lei alemã. As “empresas ligadas” (*verbundene Unternehmen*), definidas pelo § 15 da *AktG*, podem ter diversas naturezas, das quais o *Konzern* é a mais forte vinculação existente.²⁷⁹ Há uma presunção *iuris tantum* de que o vínculo entre empresas represente um *Konzern*, o que melhor se identifica ao se tratar dos *Konzern* fáticos, que existem independentemente da celebração de um instrumento contratual. Além da hipótese contratual e fática, a lei alemã ainda prevê o *Konzern* como sociedades encadeadas (*eingegliederte Gesellschaften*), sendo tripla, portanto, a classificação dos grupos na Alemanha.

No entanto, é a noção de direção unitária que determina a existência ou não de um *Konzern*, a qual se faz presente tanto numa relação de subordinação quanto de coordenação entre empresas.

No primeiro caso (subordinação), a direção unitária representaria a forma de comando conjunto de empresas mediante a orientação da empresa dominadora. Na relação empresarial igualitária (coordenação), mesmo ausente a relação de dependência entre as participantes, a direção unitária se faria presente pela coordenação das participantes a um fim econômico comum. Esses, porém, são os gêneros a que podem se submeter os *Konzern* alemães, sendo que suas espécies são tripartidas em *Konzern* contratuais (*Vertragskonzerne*), sociedades encadeadas (*eingegliederte Gesellschaften*) e *Konzern* fáticos (*faktische Konzerne*).²⁸⁰

Os *Konzern* contratuais são aqueles que resultam da celebração dos contratos de empresa (*Unternehmensverträge*) enumerados pelo § 291 do *AktG*, quais sejam: o contrato de

²⁷⁶ Acerca do tema, haverá adiante abordagem específica na Parte 3, Capítulo 1, subseção 1.2.4.

²⁷⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 571. Dada a escassez do tratamento do tema dos *Konzern* nas obras brasileiras, a orientação do tema se dará, essencialmente, pela obra do referido autor.

²⁷⁸ *Idem*, p. 572.

²⁷⁹ PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 112.

²⁸⁰ OLIVERIA, José Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 574.

dominação (*Beherrschungstvertrag*) e o contrato de transferência de lucros (*Gewinnabführungsvertrag*).²⁸¹ No primeiro, uma sociedade anônima ou comandita subordina sua atividade a uma outra empresa, sendo que a finalidade principal do contrato é redistribuir as competências orgânicas da sociedade dependente, destinando uma parte substancial dessas à empresa dominante.²⁸² Nesse caso, a presunção da existência de uma direção unitária é *juris et de jure*. No segundo, as sociedades por ações se obrigam a transferir a uma empresa terceira a totalidade do lucro por elas auferido, sendo que se tal transferência se der apenas parcialmente, tal figura contratual não se configura. Rafael Mariano Manóvil²⁸³ destaca que em razão das naturezas semelhantes dessas duas formas de contrato, esses, muito freqüentemente, são celebrados de forma conjunta.

Já a segunda modalidade de *Konzern* no direito alemão refere-se às sociedades encadeadas (*eingegliederte Gesellschaften*), objeto dos §§ 319 a 327, da AktG de 1965. Nesse caso, por meio de um encadeamento entre sociedades anônimas, uma passa a deter todo o capital da outra, ou no mínimo 95%. Funcionam como uma sociedade unipessoal, e o único limite da sociedade principal na dominação exercida sobre a subsidiária é o respeito à ordem pública e o dever de transparência das informações de seus lucros, de forma a evitar que terceiros possam ser iludidos sobre a realidade da situação das sociedades componentes do *Konzern*. Assume, ainda, a sociedade principal a responsabilidade subsidiária pelas dívidas decorrentes desse encadeamento.²⁸⁴

Por fim, prevê o direito alemão a figura do *Konzern* fático, que se forma independentemente da celebração dos contratos de empresa (*Unternehmensverträge*) ou do

²⁸¹ Nos termos da obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 574-575), além dessas formas contratuais de *Konzern* previstas pelo § 291, da AktG de 1965, existem também os contratos de empresa enumerados pelo § 292, mas que não são relevantes para a classificação dos *Konzern*. Tais contratos são (i) o de comunhão de lucros (*Gewinngemeinschaft*), “em virtude do qual uma sociedade anônima ou em comandita por ações se obriga a colocar em comum, para os fins de divisão como lucro comum, o seu lucro ou o lucro de alguns de seus estabelecimentos, no todo ou em parte, como lucro de outras empresas ou de alguns estabelecimentos de outras empresas”, (ii) o de transferência parcial de lucros, pelo qual “uma sociedade por ações se obriga a transferir uma parte de seu lucro ou, no todo ou em parte, o lucro de alguns de seus estabelecimentos, a uma outra” e (iii) os de arrendamento de estabelecimento ou de cessão do direito à exploração de estabelecimento pelo qual “uma sociedade por ações transfere o direito à exploração de um estabelecimento”.

²⁸² MANÓVIL, Rafael Mariano. **Grupos de sociedades en el derecho comparado**, p. 423.

²⁸³ *Idem*, p. 453.

²⁸⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 575. Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 1998, p. 177) define a *Eingliederung* como “uma forma qualificada de contrato de dominação (*Beherrschungstvertrag*), sendo considerada uma forma intermediária entre contrato de dominação e fusão. Diferentemente da fusão, a sociedade mantém a personalidade jurídica; diferentemente do contrato de dominação, o patrimônio de referida sociedade encontra-se à disposição da sociedade de comando. Isso porque a administração da *eingegliederte Gesellschaft* é obrigada a seguir todas as instruções da sociedade de comando (*Hauptgesellschaft*), de acordo com o § 323 AktG.”

encadeamento de sociedades (*eingegliederte Gesellschaften*). Constituem-se pela dominação de fato exercida por uma sociedade que tenha participação social em outra. Tal participação não necessariamente precisa ser majoritária, haja vista a possibilidade do exercício do controle com partes sociais inferiores à metade.²⁸⁵

Nos *Konzern* fáticos, ganha relevo o conceito de influência relevante (§ 311, do *AktG* de 1965), a qual é exercida pela sociedade dominante sobre a dominada para que nessa possam ser impostos negócios jurídicos desvantajosos²⁸⁶ ou medidas que lhe sejam nocivas²⁸⁷. Nessa hipótese, porém, tem a sociedade dominante a obrigação de promover a reparação ou compensação (*Ausgleichsprinzip*) pelos prejuízos causados, a qual não se limita à simples recomposição do *status quo ante*, mas deve representar o restabelecimento total do equilíbrio econômico rompido.²⁸⁸ Ou seja, não é suficiente a simples recomposição financeira do prejuízo ou desvantagem ocasionada, como, por exemplo, é a compensação consistente na compra, pela dominada, de produtos vendidos pela dominante abaixo do preço de mercado ou com descontos significativos, o que se dá para compensar uma outra venda feita pela dominada a preços determinados pela dominante e que lhe foi prejudicial.²⁸⁹

Nos *Konzern* contratuais também é prevista a possibilidade de compensação dos danos sofridos pela dominada em razão da atuação da dominante. Aliás, é na previsão específica do dever de compensação em razão da legitimação do exercício do controle prejudicial à sociedade controlada que se funda a criação dos *Konzern* contratuais. A lei acionária alemã, *AktG*, de 1965, visa compensar os acionistas minoritários da sociedade dominada e os seus credores em razão de poder ser administrada de modo contrário aos seus

²⁸⁵ Destaca José Engrácia Antunes (**Os Grupos de Sociedades**, p. 172) que os *Konzern* fáticos são constituídos por outras formas de controle da sociedade dominada que não aqueles previstos para os *Konzern* contratuais, como é o caso, por exemplo, das participações maioritárias de capital ou voto, disposições estatutárias, comunidade pessoal dos administradores de ambas as sociedades e domínio fático-econômico.

²⁸⁶ Destaca Rafael Mariano Manóvil (**Grupos de sociedades en el derecho comparato**, p. 517) que o conceito de desvantagem não é idêntico a prejuízo. O que têm em comum é que ambos comportam um demérito no patrimônio ou na produtividade da sociedade dependente. No contexto legal, a desvantagem concreto do negócio jurídico se vincula à relação de causalidade com a influência da empresa dominante e se deve compensar em tempo oportuno, mediante uma vantagem equivalente.

²⁸⁷ Rafael Mariano Manóvil (**Grupos de sociedades en el derecho comparato**, p. 515-516) sustenta que não se exige uma formalidade para que seja configurada a indução, determinação ou instrução desvantajosa da dominante sobre a dominada, pois pode ser esta escrita, verbal ou se expressar por uma ordem, um desejo, uma diretiva, em uma circular, em uma imposição dos representantes da dominante nos órgãos sociais ou na atuação direta desses. O que importa é o resultado desvantajoso da influência exercida pela empresa dominante.

²⁸⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 579-580.

²⁸⁹ MANÓVIL, Rafael Mariano. **Grupos de sociedades en el derecho comparato**, p. 521.

interesses, mas favorável aos da dominante.²⁹⁰ No contrato de dominação (*Beherrschungstvertrag*), por exemplo, pelo qual uma sociedade “encampa” a administração da outra, a dominada corre o perigo de não mais gerar lucros como vinha gerando antes da celebração do contrato de grupo, não mais distribuindo dividendos a seus acionistas na forma em que procedia anteriormente à dominação sofrida. A forma de compensação adequada entre dominante e dominada, nesse caso, é proporcionar aos acionistas da dominada os dividendos equivalentes a que vinham recebendo antes da celebração do contrato de grupo, como se a sociedade tivesse se mantido independente e administrada de acordo com os interesses de seus acionistas.²⁹¹

Porém, apesar da compensação das desvantagens advindas das relações havidas entre as sociedades componentes dos *Konzern* fáticos parecerem excessivas às compensações estipuladas nos *Konzern* contratuais, ao ponto de ser a sociedade dominante obrigada a restituir não só o *status quo ante*, mas a promover adequada restauração do equilíbrio econômico rompido, tal obrigação de compensação não vem influenciando na “legalização” dos *Konzern* contratuais, ou melhor, na celebração dos contratos de empresa típicos dos *Konzern* “de direito”.

Ocorre que as vantagens da instituição dos *Konzern* contratuais, admitindo-se o exercício de uma dominação prejudicial à sociedade dominada, não representam motivos suficientes que compensem os custos da adoção da organização grupal, como os deveres de compensação contratual dos sócios minoritários e da responsabilidade pelas dívidas e perdas sociais das sociedades agrupadas. Os obstáculos e regras incidentes sobre a criação dos *Konzern* fáticos têm-se revelado incapazes para impedir a sua organização e funcionamento, de modo que a “esmagadora maioria dos grupos societários são, ainda hoje, ‘grupos fáticos’”.²⁹²

Tal fato, guardadas as devidas proporções e previsões legais, também tem ocorrido nos grupos societários contratuais brasileiros, que representam letra morta em nossa realidade²⁹³, o que se verá na subseção seguinte.

²⁹⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 576.

²⁹¹ MANÓVIL, Rafael Mariano. **Grupos de sociedades en el derecho comparato**, p. 446.

²⁹² “De acordo com Alain Hirsch, cerca de 90% dos grupos alemães constituem grupos de facto: cfr. *Expérience Allemande et Proposition de SAE*, 159.” (ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**, p. 177, nota 340)

²⁹³ SALOMÃO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 1998, p. 167.

Subseção 2.2 – A Experiência Brasileira

Assim como na Alemanha, o direito brasileiro segue o modelo dualista dos grupos societários, dividindo-os em grupos de direito (contratuais) e grupos de fato. O diploma jurídico que trata do tema é a Lei das Sociedades Anônimas, n. 6.404, de 1976, a qual foi parte do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento, II PND, Lei 6.151/1974. O objetivo desse plano era, dentre outros, “o fortalecimento da empresa privada nacional e a formação de conglomerados econômicos brasileiros para fazer frente às empresas estrangeiras”²⁹⁴, assim como o incremento do mercado de capitais, tendo em vista a criação da Comissão de Valores Mobiliários pela Lei 6.385/1976.²⁹⁵

A figura do grupo de direito restou assim definida pelo legislador nacional no artigo 265 da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Pela redação de tal artigo, o grupo de direito brasileiro é constituído mediante a celebração de um contrato em que disciplinadas as formas de participação de cada uma das empresas em empreendimentos comuns, buscando, na conveniência de uma unidade econômica e numa diversidade jurídica, o atingimento de objetivos comuns entre as participantes do grupo ou daqueles objetivos que não seriam por elas individualmente alcançados.

Nos artigos seguintes, 266 a 273, de referida lei, são previstos: (i) a natureza (coordenação ou subordinação) dos grupos de direito; (ii) sua designação (necessariamente destacando-se as palavras “grupo” ou “grupo de sociedades”); (iii) sua constituição, registro e publicidade (indicando-se a sociedade de comando e as filiadas); (iv) as condições de participação de cada sociedades; (v) o prazo de duração e as condições de extinção; (vi) a

²⁹⁴ PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 48.

²⁹⁵ *Idem*, p. 51.

condição de ingresso e retirada de sociedades; (vii) os órgãos de administração; (viii) a nacionalidade do grupo e as condições de alterações da convenção); (ix) a forma de aprovação da convenção pelos sócios das sociedades; (x) a possibilidade de reembolso dos acionistas dissidentes, não interessados na criação do grupo e (xi) as regras sobre a administração do grupo.

Apesar de a Lei 6.404/76 brasileira ter como modelo para o tratamento dos grupos societário de direito os *Konzern* da lei germânica acionária de 1965 (*Aktiengesetz*), essa trata de realidade bem mais complexa do que a brasileira, tendo em vista a maior variedade da lei alemã na definição das diferentes formas de *Konzern*, conforme se verificou acima (subseção 2.1).²⁹⁶

Apesar de o direito brasileiro também tratar da diferenciação dos grupos de direito e dos de fato, a análise do cenário empresarial demonstra que são raras aquelas sociedades que celebram a convenção prevista no artigo 265 da Lei das Sociedades Anônimas para a constituição de grupo de sociedades. Seriam menos de 30 os grupos de sociedade registrados perante o Departamento Nacional de Registro de Empresas²⁹⁷, sendo que os Grupos Real, Cindumel, Rosanger e Pão de Açúcar²⁹⁸ tentaram, mas logo desistiram da roupagem de grupo de direito, permanecendo como grupos societários de fato. Como afirma Calixto Salomão Filho “os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira”.²⁹⁹

E as razões da não-celebração da convenção grupal seriam, conforme afirma Viviane Prado³⁰⁰: (i) a artificialidade do modelo alemão adotado pela lei brasileira, que não se aplicaria à realidade do país; (ii) a facultatividade da celebração dos grupos de direito, e (iii) a oneração da sociedade dominante com o direito de recesso dos acionistas minoritários³⁰¹, o

²⁹⁶ Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 353) salienta que “tem-se afirmado que o direito grupal da República Federal Alemã foi a fonte imediata das normas sobre os grupos de sociedades em nossa Lei n. 6.404 de 1976. A afirmação é, sem dúvida, exata no tocante à orientação de se distinguirem os grupos de direito dos grupos de fato, fundando-se os primeiros num contrato ou convenção grupal e regulando-se os primeiros num contrato ou convenção grupal e regulando-se os segundos por normas legais de ordem pública. Mas essa aproximação entre ambos os sistemas jurídicos não deve levar o intérprete à conclusão apressada de que, também em matéria de abuso de controle no grupo societário, o legislador pátrio se teria inspirado na *Aktiengesetz* germânica de 1965. Nesse ponto, a divergência de orientação legislativa é marcante e deve ser ressaltada para melhor compreensão de nosso direito positivo”.

²⁹⁷ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 69.

²⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, v. 4, t. 2, p. 311.

²⁹⁹ SALOMÃO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 169.

³⁰⁰ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 70-72.

³⁰¹ Os acionistas minoritários teriam direito de receber os valores relativos às suas quotas ante a não-adesão à celebração da convenção grupal, nos termos do artigo 270, parágrafo único, 136, V, e 137, II, da Lei das

que equipararia a celebração da convenção aos custos com uma fusão ou de uma incorporação.

Já Calixto Salomão Filho³⁰² afirma que a raridade dos grupos de direito no Brasil se dá em razão da possibilidade da retirada em massa dos acionistas minoritários da sociedade que decida pela celebração da convenção grupal.

José Lamartine Correia de Oliveira, por outro lado, sustenta que a existência dos grupos de direito na Alemanha e a quase inexistência desses no Brasil seria justificada pelo fato (i) de a lei alemã prever aos acionistas minoritários o recebimento de ações da sociedade principal em razão do processo de “encadeamento” ou, alternativamente, (ii) o recebimento de dinheiro pelas suas ações, caso sejam contrários à formação do grupo, ao passo que no Brasil, apenas essa segunda hipótese estaria prevista (art. 252, § 2º, da Lei das S.As.). Como afirmou Lamartine, há na lei alemã muito mais proteção ao acionista minoritário do que na brasileira.³⁰³

Por outro lado, as sociedades necessitam de flexibilidade e agilidade para sua adaptação às exigências do mercado, independentemente da forma e dos limites previstos na convenção tratada pelo artigo 265 da Lei das Sociedades Anônimas. Por isso, são raros os grupos societários de direito na realidade brasileira e imperam os grupos de fato, pois sobre esses não incidem regras prevendo a sua forma de constituição.

Até mesmo a sua denominação “grupos de fato” não é assim reconhecida pela lei acionária brasileira, a qual decorre de interpretação do artigo 243 e parágrafos da Lei das S.As., que trata das hipóteses de participação e de controle entre sociedades, conceituando as sociedades coligadas, controladas e controladoras, conforme se vê abaixo:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

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

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

Ssociedades Anônimas, n. 6.404/76. Viviane Prado (ob. cit., p. 71) saliente, ainda, que mesmo com a retirada do direito de recesso dos acionistas dissidentes, pela Lei 7.958/89, não vingou a utilização dos grupos de direito, sendo que esta lei suprimiu a menção ao inciso VIII do artigo 137, mas nada alterou no artigo 270.

³⁰² **O Novo Direito Societário**, 1998, p. 169.

³⁰³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 589.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

A redação do artigo e de seus respectivos parágrafos leva à noção de *controle interno* como o elemento definidor da existência de um grupo societário de fato. No entanto, como sustenta Fábio Konder Comparato³⁰⁴, o controle entre sociedades pode também ser exercido independentemente de qualquer participação acionária, como é o caso do chamado *controle externo* entre sociedades, como ocorre nas hipóteses dos contratos de franquia, de representação, de concessão mercantil, dentre outros.³⁰⁵

A distinção dos grupos societários no Brasil entre grupos de fato e de direito, representa apenas o tratamento do tema perante o direito societário brasileiro. Há noutros ramos do direito nacional diversas previsões, nas quais sequer se adentra na distinção entre grupos “de fato” e de “direito”, o que bem demonstra a complexidade do tema dentro do próprio direito brasileiro. Porém, tais outros variados tratamentos do tema não se destinam à exata definição dos grupos societários, mas apenas definem regras de responsabilidade quando verificada a atuação empresarial dos grupos.

Pela Lei Federal 8.884/1994, por exemplo, é prevista, em seu artigo 17, a responsabilidade solidária de “empresa ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infrações da ordem econômica”, havendo, ainda, a previsão no artigo 20 da lei, que o grupo de empresas é considerado agente econômico.

No Código Tributário Nacional, apesar de não haver previsão da figura do controlador, tal conceito poderia ser inserido dentre os artigos 135, III e 137, III, “c”, que disciplinam a responsabilidade de terceiros por infrações à ordem tributária. O mesmo se daria quanto à definição de *pessoa vinculada* prevista no artigo 23 da Lei Federal 9.430/1996 (artigo 244 do Regulamento do Imposto de Renda, de 2001), no que se refere à regulação dos preços de transferência (*transfer prices*)³⁰⁶.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, está prevista em seu artigo 2º, parágrafo segundo, a responsabilidade solidária das empresas que “estiverem sob a direção, controle ou

³⁰⁴ **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 30: “é mister, no entanto, ressaltar que o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente, sob forma de participação acionária em todas as sociedades controladas.”

³⁰⁵ Tema a ser tratado a seguir (Parte 3, Capítulo 1, Subseção 1.2.2).

³⁰⁶ MUNHOZ, Eduardo, Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 318.

administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer atividade econômica”.

No Código de Direito do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990), há também a previsão da responsabilidade subsidiária das “sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas”.

No direito ambiental, apesar de inexistir previsão específica acerca dos grupos societários, dispõe a Lei 9.605/1998 que poderá prever a responsabilidade da empresa plurissocietária tendo em vista a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta “for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos à qualidade do meio ambiente”.³⁰⁷

Essa é a variedade legal dos grupos societários no Brasil, não sendo o tema ainda objeto de discussão aprofundada na doutrina e jurisprudência nacionais, apesar de os grupos serem largamente verificados no cotidiano empresarial brasileiro. Há, na verdade, como se verá adiante, um descompasso entre a lei, a doutrina e a jurisprudência com a realidade dos grupos societários, obstáculo que apenas poderá ser superado com o maior debate do tema, alcançando-se a melhor solução ao caso brasileiro.

Subseção 2.3 – O Modelo Português

Portugal foi o terceiro país no mundo a formular uma regulação legal global do tema dos grupos societários, o que se deu pelo Código das Sociedades Comerciais português, de 1986 (artigos 481º a 508º), precedido, como se viu, pela *Aktiengesetz* alemã, de 1965, e pela Lei das Sociedades Anônimas brasileira, de 1976.

Naquele país, desde a década de 1970 já se verificava uma forte concentração empresarial ao ponto de mais de 50% dos negócios empresariais portugueses serem realizados pelos grupos societários, o que representava $\frac{3}{4}$ do produto interno bruto de Portugal. Na década seguinte, 1980, foi instituída uma política de nacionalização dos grupos pela qual se criou *holding* de natureza pública denominada Instituto e Participações do Estado – IPE, que controlava centenas de companhias.³⁰⁸ Na década de 1990, observou-se a criação de grandes

³⁰⁷ PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societário**, p. 46.

³⁰⁸ ANTUNES, José Engrácia. The Law of Affiliated Companies in Portugal. **Rivista Delle Società**: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995, v.1, Milano: Giuffrè, 1996, p. 357.

grupos de sociedades, alguns até com uma centena de subsidiárias, como o grupo Sonae³⁰⁹. A regulação dos grupos societários em Portugal se deu, portanto, pelo reconhecimento de sua real ocorrência, tornando necessária a sua previsão legal.

O modelo português difere do alemão e do brasileiro quanto à classificação da empresa plurissocietária. Inicialmente, denominam-se “sociedades coligadas” as quatro formas distintas de coligação entre sociedades comerciais, dentre as quais se encontra a de grupo. Trata-se de um conceito jurídico, que apenas se aplica: (i) à relação de simples participação (arts. 483º e 484º do Código das Sociedades Comerciais); (ii) à relação de participação mútua (art. 485º); (iii) à relação de dominação (arts. 486º e 487º) e (iv) à relação de grupo. Essa última, subdivide-se, ainda em: (a) grupo de domínio total (arts. 488º a 491º); (b) grupo de contrato horizontal (art. 492º) e o (c) grupo de subordinação (arts. 493º a 508º).

A *relação de simples participação* ocorre quando uma sociedade possui 10% ou mais do capital social de outra sociedade e há entre elas uma relevante relação de afiliação, a qual pode ser de caráter financeiro, como forma de investimento de uma sociedade em outras, ou como objetivo estratégico de controle, pois passa a sociedade adquirente a intervir ativamente na gestão da sociedade participada ou mesmo visando a futura aquisição de seu controle.³¹⁰

A consequência jurídica da relação de simples participação é a obrigação da sociedade adquirente de dar publicidade e transparência às suas participações em outra ou outras sociedades. Pela redação do artigo 484º do Código das Sociedades Comerciais, a adquirente é obrigada a informar à participada as aquisições e alienações que promoveu, pois tal informação é relevante aos sócios atuais e futuros da sociedade, aos seus credores e às sociedades e outros em geral que tenham interesse na referida sociedade. A relação de simples participação deixa de existir a partir do momento em que se verifique outra forma de coligação dentre sociedades, dentre aquelas anteriormente mencionadas.

Já a *relação de participação mútua* ocorre quando duas sociedades possuem pelo menos 10% do capital uma da outra. Nesse caso, ambas sociedades devem informar à outra que adquiriu tal percentual de suas partes sociais. A última sociedade a informar tal fato à outra fica proibida de adquirir participação superior ao limite de 10%, sob pena da suspensão dos seus direitos de voto relativos ao aludido limite. Por exemplo, se a sociedade A adquiriu 10% ou mais do capital da sociedade B e a essa informou tal aquisição, B apenas poderá

³⁰⁹ ANTUNES, José Engrácia. The Law of Affiliated Companies in Portugal, p. 357.

³¹⁰ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 328.

adquirir 10% do capital de A e também comunicá-la dessa compra. Acaso B venha a adquirir mais participações de A, os direitos de voto ou demais atos praticados em razão do capital excedente ficam suspensos naquilo que exceder 10% do capital adquirido e os administradores da sociedade que adquiriu as ações excedentes são civil e penalmente responsáveis pelos prejuízos que tal ato venha a causar.

Os limites de participação mútua entre sociedades se justificam por dois e principais perigos: (i) o de caráter patrimonial, pois a reciprocidade de participações põe em risco a constituição e conservação do capital social das sociedades participantes e (ii) o de caráter organizativo, pois a reciprocidade ilimitada de participações pode levar à inversão da ordem de competências e de responsabilidades entre as sociedades participantes.³¹¹

Na *relação de dominação*, há uma presunção de *influência relevante*, direta ou indireta, de uma sociedade sobre outra sociedade, quando a primeira detém (i) a maioria do capital da participada, (ii) a maioria dos seus direitos de voto, ou (iii) o direito de nominar a maioria dos membros dos órgãos de administração.³¹²

O conceito de *influência dominante* não foi objeto de definição pelo legislador português³¹³, podendo ser exercido pelos três exemplos acima formulados, bem como por outras variadas formas e em diferentes graus de intensidade, como, por exemplo, contratos de distribuição exclusiva, de “*franchising*”, de agência, de comissão etc., exemplos esses de relações fáticas de dependência econômica.³¹⁴

Por fim, como último exemplo de “sociedades coligadas” do direito português, estão as *relações de grupo* entre sociedades, cujas três formas são: a) a do *contrato de subordinação*, b) a do *contrato de grupo paritário*; c) e de *domínio total*.

A relação de grupo por *contrato de subordinação* assemelha-se ao grupo de direito brasileiro, pelo qual se celebra uma convenção determinando-se as regras de subordinação entre sociedades. No caso português, distinguem-se a sociedade principal e a subsidiária, sendo que a principal pode impor instruções desvantajosas à subsidiária, desde que (i) as orientações venham atender o interesse da sociedade principal ou outro grupo afiliado, (ii)

³¹¹ ANTUNES, José Engrácia. The Law of Affiliated Companies in Portugal, p. 377-378.

³¹² *Idem*, p. 376.

³¹³ Como sustenta José Engrácia Antunes (**Os grupos de sociedades**, p. 453-453), ao tratar da falta de definição do conceito de influência dominante, “tem o autor a perfeita consciência de estar pisando em *terra incógnita* do direito societário pátrio. Realidade de contornos verdadeiramente caleidoscópicos, a influência dominante constitui uma realidade do mundo das sociedades comerciais insusceptível de ser apreendida num molde conceptual acabado e fechado (...)”.

³¹⁴ *Idem*, p. 524.

que não excedam os limites da legalidade e (iii) que as transferências de patrimônio eventualmente ocorridas entre as sociedades participantes do grupo, bem como eventuais outros prejuízos sofridos pelas sociedades subsidiárias, sejam objeto de compensação àquela que suportou situação desfavorável. Exemplo dessa compensação é a obrigação de se garantir um dividendo anual específico para aqueles acionistas que permanecerem na sociedade subsidiária mesmo que existente uma relação de grupo, bem como a obrigação de cobrir as perdas anuais da subsidiária e a responsabilidade pelos seus débitos.³¹⁵

Já o *contrato de grupo paritário* assemelha-se à figura do consórcio de empresas do direito brasileiro, no qual o elemento de sua principal definição é a relação de coordenação entre sociedades. Por essa via, sociedades distintas e independentes entre si celebram contrato mediante o qual se obrigam a se subordinar a uma direção unitária e comum.³¹⁶ As perplexidades desse modelo de contrato de grupo de sociedades, conforme aduz José Engrácia Antunes³¹⁷, é (i) a ausência de uma previsão legal de seu regime jurídico próprio e específico que contenha os rumos ou parâmetros do exercício da relação de grupo paritário e (ii) a própria natureza do instituto, pois nesse nada há de relação de domínio entre sociedades, como ocorre nos grupos, mas apenas uma mera situação de cooperação inter-societária.

Por último, trata o direito português da *relação de domínio total* entre sociedades, a qual se assemelha ao modelo da subsidiária integral da sociedade anônima. Ocorre quando uma sociedade detém 100% do capital de outra, que lhe é totalmente dependente. Representa o meio caminho entre o grupo de subordinação e a fusão de sociedades.³¹⁸

Tal forma de domínio pode ser *total original* ou *total superveniente*. No primeiro caso a subsidiariedade existe desde a constituição das sociedades, ao passo que no segundo, essa decorre da aquisição do capital integral de uma sociedade por outra. Estabelece, ainda, o artigo 490º do Código das Sociedades Comerciais, que se uma sociedade adquire 90% ou mais de outra, ela tem o direito (às vezes uma obrigação)³¹⁹ de adquirir os restantes 10% ou o percentual restante para deter a integralidade do capital da sociedade dependente. Trata-se do que se chama no direito português de “aquisição tendente ao domínio total”.³²⁰ Nesse caso, a sociedade deve pagar aos minoritários em dinheiro a aquisição promovida.

³¹⁵ ANTUNES, José Engrácia. The Law of Affiliated Companies in Portugal, p. 383.

³¹⁶ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 911.

³¹⁷ *Idem*, p. 912.

³¹⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 843.

³¹⁹ ANTUNES, José Engrácia. The Law of Affiliated Companies in Portugal, p. 387.

³²⁰ *Idem*, p. 849.

Esse é, em apertada síntese, o modelo de regulação dos grupos societários pelo direito português.

Subseção 2.4 – O Modelo Orgânico Comunitário Europeu

O tema dos grupos societários ainda não foi objeto do direito legislado da Comunidade Europeia, existindo apenas um projeto de Diretiva Comunitária que não foi acolhida por seus países-membros, assim como um projeto do “Estatuto da Sociedade Anónima Europeia”.³²¹

O primeiro anteprojeto da referida Diretiva para a discussão dos grupos societários foi elaborado nos anos de 1974 e 1975, pelo qual se pretendia apenas uma regulação mínima sobre o tema, haja vista a diversidade das previsões legais nacionais existentes. Tal documento deriva da proposta apresentada por Peter Sanders³²², em 1966, fundado no então jovem direito alemão sobre os grupos de sociedades.

A concepção inicial do tema decorria da chamada teoria orgânica ou dos grupos de fato, pela qual haveria um grupo de sociedades sempre que se verificasse a ocorrência de uma direção unitária meramente fática.³²³ Dada a redação densa e complexa do referido projeto, esse foi objeto de uma nova proposta em 1984, na qual se aproximou ainda mais do direito alemão dada a previsão dos chamados grupos de fato e grupos contratuais no âmbito do direito comunitário europeu.³²⁴

O projeto recebeu críticas pela sua influência do direito alemão e, em 1995, foi realizado em Veneza, Itália, o *Forum Europaeum Konzernrecht*³²⁵, no qual participaram

³²¹ Não se tratará nesta obra do projeto da Sociedade Anónima Europeia (Regulamento CE n° 2157/2001 do Conselho de 8 de outubro relativo ao estatuto da sociedades europeia SE), pois o Projeto da IX Diretiva Comunitária é específico ao tema dos grupos societários, sendo mais rico em detalhes sobre o tema. Para uma melhor noção do Projeto da Sociedade Anónima Europeia indica-se a obra de Cordeiro, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 855-966.

³²² SANDERS, Peter. Auf dem Wege zu einer Europäischen Aktiengesellschaft, RIW/AWD 9 (1960), 1-5. *Apud* CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 771 e 1.099.

³²³ CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**, p. 771.

³²⁴ *Idem*, p. 772.

³²⁵ Os estudos realizados em tal congresso foram reunidos pela **Rivista Delle Società** (a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi, Milano: Giuffrè, 1996), cujo título foi “*I Gruppi Di Società*” “*Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*”, da qual se coletou inúmeros trabalhos para a elaboração do presente estudo.

juristas de diversos países europeus, cujas propostas restaram assim sintetizadas por António Menezes Cordeiro³²⁶:

- pretender-se-ia, apenas, uma regulação nuclear (sobre os grupos e sociedade), tudo o resto ficaria para as leis nacionais;
- ficariam abrangidas as sociedades de capitais;
- o conceito central seria representado pela idéia de controlo;
- a presença do grupo seria publicada;
- prever-se-ia uma gestão ordenada do grupo, sujeita a revisão.³²⁷

Apesar de toda a discussão havida, os doutrinadores europeus permanecem céticos quando à elaboração e aprovação de uma diretiva geral relativa aos grupos societários, admitindo-se, porém, previsões quanto a questões específicas, como dispõe a 7ª Diretiva Comunitária, que determina a apresentação conjunta das contas das sociedades componentes de um grupo.³²⁸

Apesar de ainda não fazer parte da legislação comunitária, havendo rumores de que não passe de uma proposta *de lege ferenda*³²⁹, destacam-se as principais disposições contidas no projeto da 9ª Diretiva Comunitária³³⁰, relativa aos grupos de sociedades:

- (i) o termo “sociedades” tratado no corpo do projeto refere-se apenas às sociedades anónimas (Art. 1º);
- (ii) são consideradas “sociedades afiliadas” todas as empresas nas quais uma outra sociedade (sociedade-mãe): a) detiver a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios ou; b) tenha o direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração, direção ou de vigilância ou; c) seja acionista dos sócios e tenha designado a maioria dos referidos membros do órgão de administração; d) seja acionista dos sócios e, por uma convenção com outros acionistas ou sócios, disponha da maioria dos direitos de voto na sociedade afiliada (art. 2º);
- (iii) as modalidades de grupo previstas são: a) “grupo de fato” e b) “grupos derivados de uma relação específica a tanto destinada”³³¹. Estes últimos são

³²⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**, p. 773.

³²⁷ *Idem*.

³²⁸ *Idem, ibidem*.

³²⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**, p. 773.

³³⁰ A redação dos artigos e citações do Projeto da IX Diretiva Comunitária se dá de acordo com a tradução contida na obra de António Menezes Cordeiro (**O Direito Europeu das Sociedades**, p. 751-770).

³³¹ *Idem*, p. 774.

divididos em grupos derivados de “contrato de subordinação”³³², de “declaração unilateral de domínio”³³³ e “outras previsões de grupo, na disponibilidade dos Estados-membros”³³⁴.

- (iv) quando à responsabilidade nos grupos de fato, a sociedade que se comporte como um gerente efetivo de outra, responde perante esta por todos os danos causados através de sua influência, provenientes de um erro de gestão. Nesse caso, “a) quem for juridicamente responsável pela empresa sob cujo domínio aquela empresa se encontrar, responde conjunta e ilimitadamente com ela. O visado pode todavia liberar-se da sua responsabilidade quando prove que o evento danoso não lhe é imputável” e “b) quando a responsabilidade se estenda aos membros do órgão de direcção da sociedade, estes respondem conjuntamente com a empresa e com a pessoa responsável nos termos da alínea a)” (art. 9º, que trata da “responsabilidade por controlo de facto”);
- (v) a responsabilidade no caso dos grupos por contrato de subordinação se dá quando da seguinte forma: “a outra parte no contrato (de subordinação) (“sociedade controladora”) responde pelo exercício do poder de direcção e do direito de dar instruções pelos danos que, com isso, a sociedade venha a sofrer, quando a outra parte no contrato tenha violado culposamente o dever previsto no artigo 25º.”³³⁵

A característica principal dos grupos societários nessa proposta de Diretiva Comunitária é o seu carácter orgânico, apesar de serem presentes variados tipos de constituição dos grupos de sociedade. Ou seja, independe a forma do exercício da direcção unitária (se em razão de um grupo “de fato”, de “contrato de subordinação”, de “declaração unilateral de

³³² Nos termos do artigo 13º, do Projeto da IX Diretiva Comunitária: “uma sociedade pode, por contrato escrito, submeter a sua direcção a uma outra empresa. Esta empresa será, subsequentemente, designada como a outra parte no contrato”.

³³³ Conforme a redação do artigo 33º, do Projeto da IX Diretiva Comunitária: “quando uma empresa detenha, imediata ou mediatamente, 90% ou mais do capital de uma sociedade, ela pode emitir, perante o órgão de direcção da sociedade, uma declaração unilateral de constituição de um grupo. Quando existam accionistas livres, essa declaração contém a aquisição potestativa das acções deles e fixa as condições aplicáveis”.

³³⁴ Essas previsões referem-se a “a outras formas de constituição de grupos subordinados (38º), a protecção do accionista livre, permitindo-lhe proceder à venda potestativa das suas acções, quando uma empresa detenha 90% ou mais do capital social da sociedade (39º) e o contrato relativo à constituição de um grupo paritário (40º)” (CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**, p. 777).

³³⁵ “Art. 25º (Dever de diligência) A outra parte no contrato deve exercer o seu poder de direcção e o seu direito de dar instruções segundo o artigo 24º com o cuidado de um administrador consciencioso e no interesse do grupo”.

domínio” ou de “outras previsões de grupo, na disponibilidade dos Estados-membros”) para se configurar o grupo de sociedades e serem aplicadas as regras a eles pertinentes nos termos da proposta da IX Diretiva Comunitária.³³⁶

Em termos gerais, esses são os principais elementos característicos dos grupos societários no direito comunitário europeu.

Subseção 2.5 – A Recente Previsão Italiana

Passados mais de sessenta anos da data de sua edição, o Código Civil italiano de 1942 recebeu recente reforma legislativa, em 2003, que deu redação ao seu artigo 2.497, que trata das sociedades sujeitas à atividade de direção e coordenação de outras sociedades. O referido artigo não trata da definição legal dos “grupos de sociedade”³³⁷, mas das consequências jurídicas do exercício da “*attività di direzione e coordinamento*” de uma sociedade ou de um ente sobre outra sociedade.

Não há na Itália regulação dualista sobre os grupos como na Alemanha, no Brasil e em Portugal, que tratam da separação entre os grupos “de fato” e os “de direito”. Difere-se, igualmente, do modelo do projeto da IX Diretiva Comunitária ao não estabelecer qualquer modelo de grupo, seja o “de subordinação”, o “de declaração unilateral de domínio” ou “outras previsões de grupo” pelos Estados-membros.

Ainda assim, a previsão italiana aproxima-se de um modelo orgânico, pois não estabelece uma forma *a priori* de classificação dos grupos, mas apenas os elementos necessários ao seu reconhecimento e à aplicação de suas consequências jurídicas.

Define, porém, o que são sociedades controladas e coligadas, conforme a redação dada ao artigo 2.359 do Código Civil italiano:

Art. 2.359. São consideradas sociedades controladas:

- 1) as sociedades nas quais uma outra sociedade dispõe da maioria dos votos exercitáveis na assembleia ordinária;
- 2) as sociedades nas quais uma outra sociedade dispõe dos votos suficientes para exercer uma influência dominante na assembleia ordinária;

³³⁶ Nesse sentido, José Engrácia Antunes (**Os grupos de sociedades**, p. 177) aduz que “para que o regime jurídico aplicável aos grupos societários entre em vigor é necessário e suficiente a mera *existência* do grupo como unidade económico-empresarial, sendo indiferente a natureza e organização: decisivo é apenas, por outras palavras, a existência de um poder de direção, não a sua fonte”.

³³⁷ Mesmo antes da reforma de 2003 do Código Civil Italiano, não havia no direito italiano previsão sobre os grupos de fato e de direito. Nesse sentido, sustenta Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 1998, p. 171).

3) as sociedades que estão sobre influência dominante de uma outra sociedade em virtude de vínculos particulares com essa. (...)

São consideradas coligadas as sociedades sobre as quais uma outra sociedade exercita uma influência notável.³³⁸

Nessas sociedades (coligadas e controladas) há uma presunção do exercício da atividade de direção e coordenação por uma outra sociedade (conforme regula o art. 2.497-sexies)³³⁹, razão pela qual são aplicáveis sobre essas as consequências jurídicas previstas pelo artigo 2.497 do referido Código.

Como principal consequência jurídica do exercício da atividade de direção e coordenação é a responsabilização da sociedade controladora pelos prejuízos provocados à rentabilidade e ao valor da participação social da sociedade controlada e também perante os seus credores sociais pelas lesões causadas à integridade do seu patrimônio³⁴⁰. Tal responsabilização se dá nos casos de desrespeito aos princípios da adequada gestão societária e empresarial e somente pode ser elidida quando o dano não se configurar diante do resultado global da atividade de direção e coordenação ou que seja integralmente eliminado por uma operação empresarial seguinte.³⁴¹

A regra de responsabilização também se aplica fora dos casos das sociedades controladas e controladoras, como é o caso da relação de coordenação entre sociedades, nos

³³⁸ No original: “**Art. 2.359. Società controllate e società collegate.** Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.”

³³⁹ “Art. 2.497-sexto. Presunção. Para os fins do que está previsto no *caput*, presume-se, salvo prova em contrário, que a atividade de direção e coordenação de sociedades seja exercida pela sociedade ou pelo ente obrigado à apresentação do balanço consolidado com a outra sociedade ou que de qualquer maneira a controle nos termos do artigo 2.359.” No original: “Art. 2.497-sexies. Presunzioni. Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2.359.”

³⁴⁰ O tema da responsabilização nos grupos de sociedade será melhor tratado em seguida (Parte 3, Capítulo 1, Seção 3).

³⁴¹ Essa é a redação do primeiro parágrafo do *caput* do artigo 2.497: “Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.”

termos de contrato entre elas celebrado ou conforme cláusula contida em seus respectivos estatutos.³⁴²

As sociedades ou os entes controlantes que exercem a atividade de direção e coordenação de outras sociedades têm a obrigação de dar publicidade de tal exercício perante a seção de registro das empresas. Acaso não ocorrida a devida informação, respondem os administradores pelos danos que a falta de conhecimento de tal fato vier a acarretar aos sócios ou aos seus credores.³⁴³

Garante-se ao sócio da sociedade controlada o exercício do seu direito de recesso quando, por exemplo, a sociedade ou o ente que exerça a direção e a coordenação delibere sobre uma transformação que implique na mudança do escopo social ou que representa uma alteração da condição econômica e patrimonial da sociedade controlada. Ou seja, é dada oportunidade ao sócio minoritário de se retirar da sociedade quando discorde das mudanças drásticas que o exercício da atividade de direção e coordenação pode vir a causar.

Por fim, há, ainda, outra disposição relevante acerca dos grupos de sociedade na Itália. As sociedades que deles sejam componentes e que estejam envoltas numa “*attività di direzione i coordinamento*” devem apresentar seus balanços contábeis de forma consolidada, conforme obrigação incidente sobre os administradores da sociedade controladora, nos termos do artigo 29 do “d.l.9 aprile 1991, n. 27” do direito italiano.³⁴⁴ Tal previsão se faz presente para que seja verificada não a situação da empresa *holding*, que exerce comando sobre outras sociedades, mas a situação do próprio grupo, do qual a *holding* é apenas a sociedade principal.

Esses são, portanto, os principais elementos característicos do direito italiano ao regular a atuação da empresa plurissocietária e que servem para uma análise comparatística entre as diversas expressões do fenômeno dos grupos ora analisadas.

³⁴² No original: “Art. 2.497-septies. *Coordinamento fra società. Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2.497-sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.*”

³⁴³ No original: “Art. 2.497-bis (Pubblicità) *La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. È istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi.*”

³⁴⁴ GALGANO, Francesco. Il bilancio della capogruppo, il bilancio consolidato e la responsabilità degli amministratori della holding. In: **Contratto e impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 1997. v. 1, tredicesimo anno, p. 271.

PARTE 3 – O DESCOMPASSO ENTRE OS GRUPOS DE SOCIEDADES E A TEORIA TRADICIONAL DO DIREITO SOCIETÁRIO

Nos capítulos anteriores, procurou-se demonstrar quais foram as razões do surgimento dos grupos de sociedade como forma de expressão da empresa plurissocietária no direito societário contemporâneo. Tratou-se, nos limites do presente trabalho, desde o surgimento das sociedades comerciais, precedidas pela atividade do comerciante individual, até os motivos que levaram à concentração empresarial primária e secundária, chegando-se à figura dos grupos societários como uma das principais formas de organização da empresa no mundo globalizado atual.

Porém, os grupos são causadores de uma verdadeira revolução nos quadros jurídico-societários atuais³⁴⁵, pois não se enquadram nos parâmetros do direito societário tradicional³⁴⁶. As *vacas sagradas*³⁴⁷ do direito das sociedades, como a autonomia de controle, a independência jurídica e a responsabilidade limitada³⁴⁸, não se amoldam aos grupos societários (principalmente aos grupos de subordinação e centralizados), pois (i) pensadas para uma sociedade comercial isolada, dotada de autonomia e isenta da influência de uma entidade societária externa, que (ii) responda apenas pela prática de seus próprios atos e (iii) cuja personalidade jurídica não era colocada em xeque pela prática de sua atividade empresarial.

Nos grupos, porém, o que se verifica é (i) a dependência da sociedade “isolada” (“sociedade-filha”, “controlada”, “dominada”, “subsidiária”) ao controle da sociedade principal do grupo (“sociedade-mãe”, “controladora”, “dominante”, “dominadora”, “principal”), (ii) a responsabilização comum (subsidiária, solidária ou direta) das sociedades do grupo e (iii) o abalo da personalidade jurídica dos entes coletivos controlados na relação de grupo societário.

Por tais motivos, os grupos demandam um *repensar* do direito societário, para que se torne possível uma melhor aferição de sua realidade – apesar das conhecidas limitações da

³⁴⁵ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório, p. 36.

³⁴⁶ “*The group of companies blasts the rules of classical company law. Yet groups of companies are reality. It could then be tried to match reality with conventional law – which seldom succeeds; or it has to be undertaken to tie up reality in the existing law and its principles: only this seems to be a promising way.*” (LUTTER, Marcus. The Law of groups of companies in Europe: a challenge for jurisprudence. In: **Forum Internazionale**, v. 1, 1983, n. 1, p. 9).

³⁴⁷ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório, p. 33.

³⁴⁸ Como já ressaltado anteriormente, a responsabilidade limitada é também reconhecida como uma pedra fundante da sociedade comercial, pois é verificada nos tipos societários mais verificados na sociedade empresarial brasileira, como as sociedades limitada e anônima, as quais são usualmente compõem os grupos societários ora objeto de análise.

construção jurídica³⁴⁹ –, representando um grande desafio ao direito societário contemporâneo, que restou estremecido pelo fenômeno da empresa plurissocietária.³⁵⁰

E é o descompasso, o conflito, a crise, o abismo existente entre os preceitos tradicionais do direito societário e os grupos societários que se pretende tratar nas próximas páginas, verificando-se quais as alterações provocadas pelo fenômeno grupal perante o direito societário tradicional, para, ao final, destacar-se quais as alternativas e soluções ofertadas pela doutrina para o tratamento do tema.

³⁴⁹ “por maior que seja – e mais bem sucedido – o esforço do legislador em bem apreender a realidade, sempre existe margem para equívocos, ou, ao longo do tempo, para alterações da realidade social que façam tornar-se superada a descrição normativa adequada. Quando a norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula, o sistema entra em crise.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 607.

³⁵⁰ Como aduz José Engrácia Antunes: “Needless to say, with this deep mutation in the organization and structure of the modern enterprise, a serious gap has been introduced between law and reality. While the economic forms of enterprise organization have evolved in the direction of polycorporate structures, the legal forms of its organization have remained tied to a statutory model designed and conceived exclusively for the case of single-corporate enterprises. The validity and legitimacy of the original regulatory framework provided for by traditional corporation law has thus become a matter of doubt. As a leading scholar has put it, corporate groups cannot live without conflicts in the fold of traditional corporation law, being an ‘explosive shell of classical company law’ (Lutter). Corporate groups have therefore come to set what is perhaps the biggest challenge in the history of modern corporate law, by demanding from the law a re-adaptation of its own normative framework – that is, the regulation of such aspects of the life of corporations as formation, organization, financing, management, liability, and dissolution – to the new realities of the enterprise in the modern economic world.” (p. 3). No mesmo sentido, Marcus Lutter (1983:11), por sua vez, ao tratar do conflito criado pelos grupos de sociedade perante o direito societário clássico, afirma: “Companies are like atoms, which are capable to change into more and more complex structures within the molecule of the group of companies. But as the molecule is more and different from the sum of its composing atoms, so the group of companies is more and different from the sum of its composing companies. In other words: The group of companies cannot live without conflicts in the fold of classical company law: it is impossible for it to exist and to realize the legal idea of its links at the same time without conflicts.”

CAPÍTULO 1 – REVISITANDO AS PEDRAS FUNDAMENTAIS DA SOCIEDADE COMERCIAL

No início do presente trabalho (Parte 1, Capítulo I, Seção 2), ao se tratar da formação da sociedade comercial, destacou-se, conforme faz a doutrina nacional³⁵¹, quais os elementos tradicionais formadores da sociedade comercial: a autonomia, a independência e a responsabilidade limitada da sociedade comercial.³⁵²

Por autonomia da sociedade, nos termos do direito societário tradicional, compreende-se a liberdade de seu comando de acordo com a vontade, interesses e objetivos estabelecidos pela própria sociedade, sem que se faça presente a influência, interna ou externa, de uma outra sociedade no comando de sua atividade. Aliás, o comando da sociedade em desacordo com os seus próprios interesses e objetivos recebe a classificação de ato *ultra vires* pela doutrina do direito das sociedades, pois representa a prática de atos além dos poderes conferidos à própria sociedade, sendo, portanto, despidos de validade jurídica. Não por acaso, que no Código Civil brasileiro de 2002, há menção expressa em seu artigo 47 de que a sociedade se obriga pelos atos dos seus administradores desde que “exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.

Na medida em que se adentra a análise dos grupos de sociedade, verifica-se que essa noção tradicional de autonomia da sociedade comercial não se vê refletida perante o fenômeno grupal. Esse representa, por natureza, uma unidade econômica numa diversidade jurídica, sendo que em sua formação há, necessariamente, uma variedade de interesses das sociedades que o compõem. Assim, vale questionar: a qual interesse, vontade e objetivos etc. deve o grupo atender, se inúmeras são as sociedades que o constitui? Por outro lado, considerando-se que as suas sociedades integrantes também possuem, individualmente, seus interesses, esses devem ser necessariamente convergentes com as demais sociedades componentes do grupo? A autonomia pensada pela teoria tradicional da sociedade comercial também se faz presentes perante os grupos de sociedade?

A questão ganha ainda mais relevância ao se analisar as variadas formas de poder³⁵³ e de controle (interno e externo)³⁵⁴ a que se submete a sociedade anônima (principal centro de

³⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**, p. 63.

³⁵² Vale lembrar, porém, que, no presente trabalho, ao se utilizar o termo “sociedade comercial”, está-se fazendo, na realidade, referência não a todas as formas de expressão desse fenômeno, mas apenas àquelas mais usualmente verificadas no direito brasileiro e que são verificadas nos grupos societários, quais sejam: a sociedade limitada e a sociedade anônima.

³⁵³ Como aquelas derivadas da participação acionária (COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 63).

ocorrência dos grupos societários) e as diferentes formas de conflito³⁵⁵ que da relação de grupo pode resultar. Ou seja, como se pode justificar a autonomia societária nos grupos de sociedade se há, principalmente nos grupos de subordinação e centralizados³⁵⁶, a influência de uma sociedade sobre a outra e, até, a imposição de uma sociedade controladora sobre uma controlada?

No mesmo sentido, além da autonomia, há também o elemento da independência jurídica da sociedade, a qual, por vezes, confunde-se com o próprio conceito de autonomia, mas para os fins do presente trabalho, faz-se a sua distinção didática daquela, apenas para a melhor apresentação e distinção do tema.

A independência jurídica é representada pela personalidade jurídica de que é dotado o modelo tradicional da sociedade comercial³⁵⁷. Tal independência é abalada pelo fenômeno do grupo de sociedade, pois além desse último não se fazer presente quando da previsão inicial do instituto da pessoa jurídica, leva àquilo que José Lamartine Corrêa de Oliveira chamou de *crise de função* da pessoa jurídica, pois

a admissão clara de submissão da pessoa jurídica a um centro de poder situado fora de seu âmbito formal – e a cujos interesses passa a subordinar-se a pessoa jurídica ‘controlada’, ‘subsidiária’, ou integrante de um ‘grupo’ – faz surgir um quadro de realidades jurídico-sociais que não correspondem à situação ‘normal’, ‘típica’, de uma pessoa jurídica.³⁵⁸

Por outro lado, e também nos termos da obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira, os grupos societários igualmente proporcionam uma crise de estrutura na pessoa jurídica, pois o sistema normativo brasileiro e estrangeiro não confere personalidade jurídica aos grupos de sociedade (na Parte 3, Capítulo 1, Subseção 2.2.1, a discussão sobre as crises da pessoa jurídica será retomada). Sobre o tema, fica, por enquanto, a indagação: afinal, os grupos societários são ou não uma pessoa jurídica? Seria ele uma modalidade de personalidade jurídica de segundo grau?

Aprofundando-se, ainda mais a análise do descompasso causado pelo fenômeno dos grupos de sociedades perante o direito societário tradicional, chega-se à análise da terceira e

³⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 36 e 68.

³⁵⁵ Sobre o tema dos conflitos de interesse nos Grupos Societários será analisada a obra de Viviane Muller Prado, **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, 2006.

³⁵⁶ Os grupos societários de subordinação e centralizados serão os objetos principais da análise do tema dos grupos de ora em diante, pois representativos de situações de conflituosidade interna e externa aos grupos de sociedades.

³⁵⁷ Apenas a sociedade limitada e a anônima, como se aduziu anteriormente.

³⁵⁸ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 591.

não menos relevante expressão dessa crise, que é a discussão relativa à aplicação do conceito de responsabilidade frente aos grupos societários. Ao se focar essa discussão, algumas indagações logo se formam, como: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como exceção à regra da limitação da responsabilidade, aplica-se aos grupos de sociedade? Os limites e possibilidades da teoria da responsabilidade limitada se amoldam à realidade do fenômeno grupal?

São essas e outras questões a que se pretende dar respostas nos próximos capítulos da parte final do presente trabalho.

Seção 1 – O Dogma da Autonomia da Sociedade Comercial frente aos Grupos Societários

Desde que a sociedade comercial suplantou a atividade desenvolvida pelo comerciante individual, o fim exclusivo da atividade econômica desenvolvida pela sociedade centrou-se no atendimento aos seus respectivos interesses. Acerca do assunto interesse social há grande discussão teórica, pela qual se analisa se a sociedade serve apenas ao atendimento das vontades de seus sócios (teoria contratualista) ou se essa se presta à realização dos interesses externos à sociedade (teoria institucionalista), funcionando essa como uma célula do desenvolvimento econômico e social, nos moldes preconizados por Walther Rathenau, no século XX, na Alemanha.

Há, por outro lado, a teoria do contrato-organização³⁵⁹, que, em razão dos ganhos com os custos de transação e eficiência que proporciona, seria a mais apta para garantir a lucratividade dos sócios, almejada pela teoria contratualista e, ao mesmo tempo, pela sua capacidade de organização das relações a ela submetidas, “tem a capacidade de transformar a sociedade naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejada pelos institucionalistas desde Rathenau”.³⁶⁰

A busca do interesse social é tema central na análise da sociedade comercial. Porém, sua análise não mais se pode centrar no arquétipo da sociedade comercial individualizada, autônoma e imune a influências externas, o que se passa a verificar, principalmente, com o advento dos grupos de sociedades. Sobre o tema, José Engrácia Antunes destaca que:

³⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 2002, p. 42.

³⁶⁰ *Idem*, p. 49.

(...) desde que a tradicional concepção monista da sociedade comercial como colectividade homogénea de sócios, perseguindo um interesse ideal comum, foi sendo substituída por uma nova visão que a perspectiva como uma colectividade plural, cujos membros são portadores de diferentes interesses pessoais (...), a doutrina nacional e estrangeira não mais deixou de sublinhar a confluência no seio da sociedade de uma multiplicidade de interesses individuais distintos e até antagónicos (...). Numa linha paralela de considerações, é também hoje cada vez mais evidente que o interesse social não pode ser concebido de um modo puramente atomístico e asséptico – como uma espécie de interesse ideal auto-referencialmente hipostasiado de uma entidade empresarial abstractamente autónoma –, constituindo antes um interesse que pode ser permeável às determinantes concretas provenientes da sua própria envolvente económico-empresarial, ‘maxime, aos interesses de outras empresas societárias que com ela possuam estreitas relações de interdependência ou agrupamento.’³⁶¹

Assim, a criação dos grupos societários importa numa confusão entre os interesses a serem atendidos. Como se ressaltou alhures, na medida em que os grupos representam a união entre duas ou variadas sociedades, a qual interesse as sociedades que dele são componentes devem atender?³⁶² A sociedade controlada, ao buscar os interesses de sua controladora, não estaria desrespeitando a sua própria autonomia? O ordenamento jurídico admite que uma sociedade deixe de atender o seu próprio interesse e sirva de meio à realização da vontade de outra sociedade?

Na legislação brasileira, encontram-se alguns dispositivos legais que apontam para a impossibilidade dessa supressão de vontades da sociedade dominada pela dominante. Além da previsão contida no artigo 47 do Código Civil brasileiro de 2002³⁶³, tal questão também se apresenta em outros dispositivos legais, como, por exemplo, no artigo 1.015³⁶⁴ também do Código Civil, no artigo 14³⁶⁵ do Decreto 3.708/19, no artigo 316³⁶⁶ (revogado pelo advento do

³⁶¹ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 107.

³⁶² Tal questionamento é mais facilmente verificável quando se está diante dos grupos de subordinação, nos quais se verifica duas modalidades de sociedades, uma controladora e uma outra controlada.

³⁶³ No qual se prevê que a sociedade se obriga pelos atos dos seus administradores desde que “exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”, ou seja, de acordo com os interesses definidos em sua constituição (conforme já anteriormente mencionado).

³⁶⁴ Apesar de esse artigo fazer referência apenas às sociedades simples, seu teor auxilia na explicação do tema tratado. A propósito, sua redação é a seguinte: “Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens móveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses. I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.”

³⁶⁵ “Art. 14. As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, se forem tais compromissos contraídos em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerencia.”

Código Civil de 2002), do Código Comercial brasileiro de 1850 e pelos artigos 115³⁶⁷, 117, § 1º, “a”³⁶⁸, 158 e 159³⁶⁹ da Lei das Sociedades Anônimas, n. 6.404/76.

³⁶⁶ “Art. 316. Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e a estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiro; com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato.

Não havendo no contrato designação do sócio ou sócios que tenham a faculdade de usar privativamente da firma social, nem algum excluído, presume-se que todos os sócios têm direito igual de fazer uso dela. Contra o sócio que abusar da firma social, dá-se ação de perdas e danos, tanto da parte dos sócios como de terceiro; e se com o abuso concorrer também fraude ou dolo, este poderá intentar contra ele a ação criminal que no caso couber.”

³⁶⁷ “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.”

³⁶⁸ “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

³⁶⁹ “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

Pela leitura de tais dispositivos, verifica-se que esses orientam no sentido do estrito respeito aos interesses internos das sociedades comerciais, sem o que os atos praticados, por exemplo, por seus gerentes, em desacordo com o seu ato constitutivo, podem até ser considerados inválidos pelo direito, como é o caso da previsão contida no artigo 14 do Decreto 3.708/19 e no parágrafo 4º do artigo 115, da Lei 6.404/76.

Por outro lado, também quanto às Sociedades Anônimas, o acionista que não exercer o seu direito de voto de acordo com os interesses da companhia pode ser responsabilizado pelas perdas e danos que venha causar à sociedade e aos demais acionistas, conforme se verifica pelo teor dos artigos 115, 158 e 159 da Lei 6.404/76, previsões essas que também se faziam presentes no artigo 318 do Código Comercial brasileiro de 1850, parcialmente revogado pelo Código Civil brasileiro de 2002³⁷⁰.

Como se vê, o arquétipo legal em que se fundam as sociedades comerciais no direito brasileiro indica no sentido de que essas devem respeitar, apenas e tão somente, aos interesses das próprias pessoas jurídicas de que fazem parte, não se verificando uma previsão que reconheça a submissão a interesses estranhos à sociedade.

O direito das sociedades comerciais tutela um ente isolado e independente que assim não se apresenta nas relações havidas no ambiente empresarial, onde se constata um círculo de dependência e subordinação entre sociedades, como ocorre perante os grupos de sociedade. Há uma *contraditio* entre o sistema legal e a realidade da atividade comercial, assim definida por Engrácia Antunes:

o sistema normativo do moderno Direito das Sociedades Comerciais tem em si insito um verdadeiro paradoxo, repousando ‘in toto’ numa congênita, quase

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”

³⁷⁰ Art. 2.045, do Código Civil: “Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.”

esquizofrênica, *contradição interna*: a regulação jurídica da sociedade comercial encontra-se adjudicada a um ramo de direito que se encontra assente em princípios regulatórios conflitantes entre si (a sociedade como entidade independente e soberana ‘versus’ a sociedade como entidade dependente e controlada) e que promove modelos regulatórios de organização empresarial igualmente concorrentes ou opostos (a empresa unissocietária ‘versus’ a empresa plurissocietária).³⁷¹

Os grupos de sociedades são, portanto, o retrato dessa contradição, pois sua própria estrutura pressupõe a existência de interesses de, pelo menos, duas sociedades distintas, com o que se desprende da tradicional previsão da sociedade comercial autônoma e independente, sendo objeto de uma gama de interesses, compondo o que se denominou de “Síndrome do Cavalo de Tróia”³⁷², tema tratado a seguir.

Subseção 1.1 – A “Síndrome do Cavalo de Tróia”

Na Seção 3, Subseção 3.2, do Capítulo 1, da Parte 1 deste trabalho, tratou-se do fenômeno da concentração secundária pelo qual passaram as sociedades comerciais, fato esse que teve início no final do século XIX nos Estados Unidos da América³⁷³. Anteriormente, na concentração primária, ocorria o chamado crescimento interno da sociedade, pelo qual ocorria a redução do número de sociedades existentes, mas, por outro lado, havia o aumento da dimensão de suas células econômico-empresariais. Buscava-se, mediante a concentração primária, o incremento das atividades comerciais e a acumulação interna de recursos

³⁷¹ Estrutura e Responsabilidade da Empresa, p. 51-52.

³⁷² **Os Grupos de Sociedades**, p. 109.

³⁷³ Há também menção à ocorrência do fenômeno na Europa, época em que se preocupava com o crescimento descontrolado das sociedades ao ponto dessas serem consideradas como “*States within States*” (ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 24. Sobre o contexto da concentração primária nos Estados Unidos, Paula Forgioni traz importantes informações a esse respeito: “Antes de 1850, a economia americana era bastante desaquecida, dominada pela agricultura e por pequenas empresas, ressentindo-se não apenas da escassez de capital, mas também de mão-de-obra. Aproximadamente em 1865, entretanto, inicia-se um processo de aumento da produção. Entre 1865 e 1873 houve a duplicação dos quilômetros das estradas de ferro. As pequenas empresas dão, muitas vezes, lugar a monopólios e oligopólios, mediante um processo de integração vertical. Inicia-se a produção em massa, com a economia em franca evolução e a sedimentação da infra-estrutura necessária ao desenvolvimento. Paralelamente, assiste-se à urbanização da população, que se deslocava do campo para as cidades, transformando-se em mão-de-obra disponível para o trabalho industrial. O antigo problema da escassez de trabalhadores foi ainda abrandado pela imigração européia, sobretudo a partir de 1890. Em, 1920, uma emergente classe de operários já havia substituído os artesãos. Formava-se, assim, um mercado consumidor tipicamente urbano. De outra parte, as empresas, buscando atrair capitais para a atividade industrial, passam a se organizar sob a forma de *corporations*, instrumento apto a atender às necessidades da indústria que se fortalecia.” (**Os Fundamentos do Antitruste**, p. 72)

patrimoniais e financeiros para se alcançar uma redução do custo unitário de produção e o aumento da quantidade produzida.³⁷⁴

E, em razão do êxito alcançado pela concentração empresarial primária, que se deu a formação dos monopólios e oligopólios, substituindo as pequenas empresas da economia norte-americana, fato que logo chamou a atenção pelos efeitos anticoncorrenciais que causava.

Prova disso, fora a edição do *Sherman Act*³⁷⁵, de 1890, e do *Clayton Act*³⁷⁶, de 1914, nos Estados Unidos, medidas tendentes a limitar o poder dos grandes agentes econômicos e dos *trusts*³⁷⁷. E a existência de uma forte política contrária às medidas anticoncorrenciais contribuiu para a passagem da chamada concentração interna (primária) para a externa (secundária) da empresa. Outras também foram as causas dessa passagem, como a possibilidade de uma descentralização administrativa empresarial (da *single unit enterprise* à *multi unit enterprise*³⁷⁸) e o fim das limitações tributárias e econômicas às grandes entidades empresariais, com o que se permitia a manutenção da grande empresa mediante a sua divisão em múltiplas unidades, as quais, por sua vez, obedecem a um mesmo comando de econômico³⁷⁹.

Ademais, vale lembrar, que em momento pretérito da história das sociedades comerciais, no *common law*, não era admitida a participação de uma sociedade em outra, ou

³⁷⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 49.

³⁷⁵ Em sua Seção I, declarava ilegal o contrato, as combinações na forma de truste ou a conspiração que pudessem criar dificuldades ao comércio interestadual e, em sua Seção II, declarava ser crime a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado (ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 62).

³⁷⁶ Seu teor condenava práticas restritivas da concorrência, como a venda casada e a aquisição do controle de outras companhias (FORGIONI, Paula A., ob. cit., p. 80).

³⁷⁷ Berle e Means explicam ao que corresponde o *trust*: (...) criação de um grupo de ‘fideicomissos; ou *trustees*, muitas vezes membros de diretoria, que ficam com o poder completo de voto de todas as ações que lhes são entregues. Quando a maioria das ações é controlada pelo fideicomisso como geralmente ocorre, os *trustees* exercem o controle quase completo sobre os negócios da empresa, embora sem terem, necessariamente, importante participação na mesma. Os acionistas, por sua vez, recebem, em lugar de ações, *trust certificates*, que os habilitam a participar dos dividendos resultantes das operações, quando os diretores julgarem conveniente distribuí-los. (A propriedade Privada na economia moderna, p. 104. *Apud* FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 75, nota 134). Sobre os *trustees*, referida autora traz ainda a informação de que esses “ameaçavam a liberdade, pois corrompiam servidores públicos e subornavam legisladores; gozavam de privilégios como o protecionismo tarifário; controlavam o comportamento dos concorrentes mediante a baixa de preços, penalizavam os consumidores aumentando os preços, fraudavam investidores com a diluição de suas ações. Em suma, abusavam de todos. A solução que o público desejava era bastante óbvia: uma lei que destruísse o poder dos trustes” (ob. cit., p. 78, ao citar Dilenzo, The origins of antitrust: na interest-group perspective. **International Review of Law and Economics**, p. 77).

³⁷⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 24.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*.

seja, não se permitia a aquisição das quotas sociais ou das ações de uma sociedade por outra, o que apenas passou a ser admitido pela edição do Act de 04 de abril de 1888, do Estado norte-americano de *New Jersey*, pelo qual se previu a chamada *holding company clause*³⁸⁰, permitindo-se, então a desejada participação intersocietária.³⁸¹

A permissão jurídica da participação de uma sociedade em outra nada mais representou do que o reconhecimento de uma realidade econômica que já se fazia presente no ambiente das sociedades comerciais, dentre as quais o controle intersocietário que ocorria das mais diversas maneiras.

Desse modo, o direito societário, que fora fundado pelo paradigma da sociedade comercial autônoma, passa a admitir em seu próprio seio a existência do fenômeno do controle intersocietário, vivendo num verdadeiro paradoxo ou síndrome regulatório, denominado por José Engrácia Antunes de “Síndrome do Cavalo de Tróia”³⁸².

Por um lado, inúmeras são as regras jurídicas que reconhecem e defendem a autonomia da sociedade comercial – como se viu pelas artigos 47 e 1.015 do Código Civil brasileiro de 2002, 14 do Decreto 3.708/19, 316 (já revogado) do Código Comercial Brasileiro de 1850 e 115, 117, § 1º, “a”, 158 e 159 da Lei das Sociedades Anônimas, n. 6.404/76 – mas, por outro, admite-se que a sociedade seja submetida ao poder e à influência de outra sociedade – como é o caso das controladas e controladoras (art. 243, parágrafo segundo³⁸³, da Lei das Sociedades Anônimas), prevendo-se, inclusive a responsabilização do administrador que favoreça uma sociedade (controlada ou controladora) em detrimento da outra, como se vê pela regra contida no artigo 245³⁸⁴ do referido diploma legal.

³⁸⁰ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 33, nota 72.

³⁸¹ No civil law, Francesco Galgano afirma que: (...) *in assenza del principio anglosassone della capacità speciale delle persone giuridiche, le partecipazioni in altre società, fino al conseguimento del controllo, si erano potute liberamente sviluppare senza bisogno di alcuna norma di legge permissiva. I gruppi di società salgono alla ribalta della legislazione in una fase ormai avanzata della loro espansione. Così, in Itália, con il r.d. 13 novembre 1931, n. 1434, che anticipava l'art. 2361 del codice civile de 1942, ammettendo che una società potesse, senza dover modificare il proprio oggetto sociale, assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto.*” (**I gruppi nella riforma delle società di capitali**, p. 1.016-1.017).

³⁸² ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 110.

³⁸³ “Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladores, 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. (...)”

³⁸⁴ “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver,

Regras que prevêm a autonomia da sociedade comercial e outras que a amenizam e autorizam a submissão de uma sociedade à vontade de outra convivem, “harmoniosamente”, num mesmo ambiente legal, fato esse que corresponde a um verdadeiro paradoxo regularatório do direito das sociedades.

Subseção 1.2 – A Sociedade Anônima e Poder de Controle

Como consequência direta da constatação da “Síndrome do Cavalo de Tróia” sofrida pela sociedade comercial participante de um grupo de sociedades, está o tema do controle societário existente na relação grupal. Tal fenômeno, na realidade, é ínsito à participação intersocietária, mas tem nos grupos de sociedades a sua melhor expressão, pois nesses tem-se como pressuposto a participação, pelo menos, de duas sociedades³⁸⁵. O controle societário, porém, é mais verificado perante os grupos de subordinação do que nos de coordenação, os quais mais se aproximam apenas de uma direção unitária³⁸⁶ (conceito que será melhor definido a seguir, Parte 3, Capítulo 1, Subseção 1.2.4). Mas o controle que se pretende analisar é aquele exercido verticalmente, de cima para baixo, por uma sociedade controladora sobre uma controlada, fato que confronta com a tradicional autonomia da sociedade comercial.

A análise do tema remonta, inicialmente, a um assunto que há tempos é tratado pela doutrina e que tem em Berle e Means³⁸⁷ os seus principais precursores. Trata-se da separação entre a propriedade e o seu controle³⁸⁸, fenômeno que se verifica especialmente perante a sociedade anônima. Para os referidos autores, que analisaram a economia norte americana do início do século XX, a companhia possibilitou que a propriedade privada fosse vista sob uma nova ótica.

observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração disposto neste artigo.”

³⁸⁵ No direito alemão, o *Konzern* “é sinônimo de grupo de empresas e não simplesmente de grupo societário, pois pode englobar também pessoas físicas” (COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p 26, nota 42).

³⁸⁶ Fábio Konder Comparato (ob. cit., p. 27), ao tratar da exposição de motivos do § 18, alínea 2, da Lei Acionária Alemã de 1965, sustenta que “citado diploma legal esclareceu que ‘há concentração sob uma forma unitária, quando a direção grupal (*Konzernleitung*) harmoniza a política empresarial das sociedades agrupadas e as questões fundamentais da direção social de uma sociedade por outras’, e acrescenta que ‘essa harmonização não pressupõe nenhum direito de comandar’ (*kein Weisungsrecht*), realizando-se de preferência sob a forma maleável de um conselho consultivo comum, ou por meio de administradores comuns, na chamada ‘união pessoal’ (*persönliche Verflechtung*)”.

³⁸⁷ BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 33.

³⁸⁸ No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 5): “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”.

Consideraram que a sociedade anônima “deixou de ser um dispositivo legal através do qual as transações comerciais privadas dos indivíduos podem se realizar”, pois “tornou-se de fato uma forma de manter a propriedade e um meio de organizar a vida econômica.”³⁸⁹ Em outras palavras, a sociedade anônima proporcionou a distinção entre propriedade privada e o seu respectivo controle, tendo em vista que aqueles que a administram geralmente não são os seus proprietários.³⁹⁰ Tal fato, apesar de poder ser também verificado em outras formas societárias³⁹¹, ganha diferente relevo perante as companhias, pois essas possibilitam a reunião de capitais de um sem número de pessoas, que ficam dispersos no mecanismo das ações. Assim, o proprietário que investe numa sociedade anônima entrega suas riquezas aos administradores da companhia, pois troca a posição de proprietário independente por aquela em que apenas recebe a remuneração do capital.³⁹²

Dessa forma, a sociedade anônima moderna³⁹³ leva à distinção entre a propriedade e o seu controle, sendo que esse pode ser exercido “com um mínimo de interesse na propriedade” ou até mesmo “sem nenhum interesse desse tipo”³⁹⁴. Conseqüentemente, verificada tal distinção, recai sobre a análise da sociedade anônima diferentes formas de controle que sobre ela podem ser exercidas, conforme se verá a seguir.

Subseção 1.2.1 – O Controle Interno

A primeira constatação que se pode fazer a esse respeito, é a de que o controle da companhia é exercido pelo conselho de seus diretores, pois esses são os que detêm a batuta da administração da sociedade. Porém, o verdadeiro detentor do controle da sociedade é aquele que tem o poder de selecionar e indicar tais diretores ou sua maioria, o que faz mediante o uso de seu direito legal de escolhê-los ou “exercendo pressão que influencia a sua escolha”³⁹⁵.

³⁸⁹ BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 33.

³⁹⁰ Na opinião dos referidos autores, a administração da propriedade mediante uma sociedade anônima também pode ser feita pelos seus próprios titulares, hipótese em que esses apenas criariam um *alter ego* legal para a administração de seus bens: “Uma pessoa sempre pode transformar seu negócio em sociedade anônima, mesmo que esta ainda represente seu próprio investimento, suas próprias atividades e suas próprias transações comerciais; na verdade, essa pessoa apenas criou um *alter ego* legal, fundando uma sociedade anônima como veículo nominal.” (ob. cit., p. 34-35).

³⁹¹ Por exemplo, perante a sociedades limitadas, com a escolha de administradores sem participação social.

³⁹² BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 34.

³⁹³ Conforme o título da obra de Berle e Means, **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**.

³⁹⁴ *Idem*, p. 85.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*.

Berle e Means³⁹⁶ distinguem entre cinco diferentes formas de controle, como: “1) controle através da propriedade quase total; 2) controle majoritário; 3) controle através de um dispositivo legal sem propriedade majoritária; 4) controle minoritário; e 5) controle administrativo”, sendo que os três primeiros decorrem de previsão legal e os outros dois mais de uma questão de fato do que de direito, pois, como sustenta Fábio Konder Comparato³⁹⁷, “o exercício do poder (de controle), em qualquer sociedade, nem sempre se ajusta ao modelo normativo”.

No primeiro caso (“controle através da propriedade quase total”), aludem referidos autores à chamada “sociedade anônima privada”, na qual um único indivíduo ou pequeno grupo de sócios possui todas ou quase todas as ações³⁹⁸, correspondendo à situação da sociedade unipessoal³⁹⁹, seja ela uma *one-man company* ou uma *wholly owned subsidiary*.⁴⁰⁰ Trata-se do típico caso da companhia subsidiária integral do direito brasileiro, disciplinada pelos artigos 251 e 252 da Lei 6.404/76. Nesse caso, não se verifica a separação entre propriedade e controle, pois proprietário e controlador se identificam na mesma pessoa.

No segundo (“controle majoritário”), tal distinção já inicia a ocorrer, pois o controle se dá em razão da propriedade da maioria das ações e não de sua totalidade. Porém, a maioria aqui não se dá em caráter quantitativo, mas qualitativo. Ou seja, não detém o controle majoritário aquele que apenas detenha a maioria das ações da sociedade anônima, como se daria pelo critério quantitativo. Tal controle é possuído por aquele que detenha a maioria das ações com direito a voto, pois, nos termos da redação original do artigo 15 da Lei das Sociedades Anônimas, até 2/3 das ações de uma sociedade podem ser apenas preferenciais, sem direito a voto, o que levaria a ser controlador aquele que detivesse a maioria do capital votante, ou seja, 1/3 das ações da companhia (16,7% do capital social).

Mas tal proporção sofreu alteração com o advento da Lei 10.303/2001, ficando limitada a 50% (cinquenta por cento) a emissão de ações preferenciais, sem direito a voto, com o que se torna controlador, nesse caso, aquele que detiver, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do capital social.

³⁹⁶ BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 85-86.

³⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 33.

³⁹⁸ BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 86.

³⁹⁹ Sobre o tema na doutrina brasileira, há a obra de Calixto Salomão Filho: **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. 242 p.

⁴⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 38.

Mesmo diante de tal controle majoritário, aos acionistas minoritários seriam conferidos relevantes poderes, como é o caso, no direito brasileiro, (i) da possibilidade de convocar assembléia geral caso os administradores a retardem por mais de 60 (sessenta) dias, nos termos da alínea “b”, do parágrafo único, do artigo 123, da Lei das Sociedades Anônimas; (ii) da possibilidade de requerer a exibição dos livros contábeis da companhia (art. 105 da Lei das S.As), ficando condicionado aos votos de acionistas que detenham pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social; (iii) propor ação social de responsabilidade *uti singuli* perante os administradores da sociedade, caso a assembléia não o fizer, também observada a participação em pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (art. 159, parágrafo 4º, da Lei das S.As.).

No terceiro caso (“controle através de um dispositivo legal sem propriedade majoritária”), Berle e Means tratam do controle por meio de mecanismo legal, que se expressa nas sociedades com vínculos piramidais, pelo qual uma sociedade tem a posse da maioria das ações de outra, que por sua vez a maioria de outra, num processo com infinitas repetições⁴⁰¹.

O quarto caso (“controle minoritário”) é o do controle minoritário, ou seja, exercido mediante um número de ações inferior à metade do capital votante. No dizer dos referidos autores, tal controle geralmente se baseia “em sua capacidade de atrair procurações dos proprietários dispersos, quando combinadas a sua participação minoritária substancial, são suficientes para controlar a maioria dos votos nas eleições anuais”.⁴⁰² Para Fábio Konder Comparato⁴⁰³, “o controle minoritário bem estruturado, em companhia com grande pulverização acionária, pode atuar com a mesma eficiência que um controle majoritário”, ressaltando, porém, a regra prevista pelo artigo 136 da Lei das Sociedades Anônimas, que exige, mesmo ante a possibilidade de um controle minoritário, o quórum qualificado para deliberações, por exemplo, sobre: (i) criação de ações preferenciais; (ii) fusão da companhia ou sua incorporação em outra; (iii) participação em grupo de sociedades; (iv) cisão e dissolução da companhia.

Viviane Muller Prado⁴⁰⁴ aduz, porém, que a dispersão do capital social que permitiria a formação do controle minoritário é, no Brasil, pouco verificada. De acordo com dados

⁴⁰¹ Tais autores trazem o exemplo dos Irmãos Van Sweringen, que se valeram de um investimento de 20 milhões de dólares pelo qual controlavam 8 companhias de estradas de ferro, que detinham um ativo patrimonial superior a 2 bilhões de dólares (ob. cit., p. 88).

⁴⁰² BERLE; MEANS. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 92.

⁴⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 51.

⁴⁰⁴ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 90-91.

disponibilizados pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM⁴⁰⁵, 80,9% das companhias nela cadastradas, ou seja, 585 de um total de 723, o controlador (no caso, o grupo de controle) é titular de mais de 60% das ações ordinárias, ao passo que em 60,3% das companhias este percentual é superior a 80%.

Por último, trata-se do controle administrativo ou gerencial, pelo qual a sociedade estaria tão dispersa que nenhum indivíduo ou pequeno grupo acionista tem sequer interesse minoritário para dominar os negócios da companhia, ficando o controle nas mãos dos administradores. Acerca do tema, sustenta Fábio Konder Comparato⁴⁰⁶ que o controle gerencial, apesar de ser fenômeno inexistente no Brasil⁴⁰⁷, constitui poderoso argumento em favor da teoria institucionalista, pois a sociedade buscaria o atendimento de sua própria manutenção, bem como o interesse daqueles que com ela estão a se relacionar, como trabalhadores, consumidores, credores etc.

Dentre tais formas de controle, apenas quatro (o totalitário, o majoritário, o minoritário e o gerencial) se fariam presentes ao se considerar o critério da separação entre propriedade e controle, pois o controle “por meio de mecanismo legal” (controle piramidal ou em cadeia de um grupo societário)⁴⁰⁸, não teria autonomia a se distinguir das demais formas de controle previstas por Berle e Means, os quais não teriam sido imunes a críticas pela doutrina quanto a tal forma de classificação de controle.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Nos termos da nota nº 151 do livro da referida autora, em que cita estudo de Carlos Antonio Rocca, chamado “**Soluções para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro**”, p. 67.

⁴⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 54.

⁴⁰⁷ Sustenta que “não obstante a proverbial carência de dados estatísticos em nosso país, ninguém ainda assinalou, no Brasil, a existência de companhias controladas, exclusivamente, pelos seus próprios administradores, como órgão autoperpetuante, segundo a expressão daqueles autores (Berle e Means), em razão de extrema dispersão acionária.” (ob. cit., p. 56). Sobre o assunto, há também a obra de Nelson Eirizik, O mito do ‘controle gerencial’ – Alguns dados empíricos (*Apud* PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 92, nota 154). Na 4ª edição da obra **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, originalmente escrita por Fábio Konder Comparato, há a co-autoria de Calixto Salomão Filho, sendo que nessa obra, há referência da admissão indireta do controle não acionário pela Lei das Sociedades Anônimas brasileira, tendo em vista que a regra contida em seu artigo 249, parágrafo único, “ao conferir à Comissão de Valores Mobiliários o poder de designar as sociedades a serem abrangidas pela regra da consolidação das demonstrações financeiras, o legislador de 1976 determinou ‘a inclusão de sociedades que, embora não controladas (entenda-se, ‘não controladas acionariamente’, segundo a norma do art. 243, § 2º), sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia’. Essa ‘dependência financeira’ pode, obviamente, ser interpretada como controle externo (...) e a ‘dependência administrativa; parece ser o controle gerencial” (p. 83).

⁴⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 47.

⁴⁰⁹ Nos termos da referência feita por Fábio Konder Comparato (ob. cit., p. 47, nota 31) à obra de Louis Loss, **Securities Regulation**. 2. ed., v. I. 1961, p. 14.

Feita essa distinção entre as variadas formas de controle interno⁴¹⁰ da sociedade anônima, sustenta Fábio Konder Comparato⁴¹¹, que anteriormente à Lei 6.404/76, não havia na legislação brasileira definição legal de controle societário⁴¹². Em tal diploma legal, o poder de controle está previsto nos seus artigos 116 e 243, §2º.

Assim, o poder de controle é exercido, nos termos da Lei 6.404/76, por aqueles que (i) exerçam os direitos de sócio que lhe asseguram a maioria dos votos ou a preponderância nas deliberações sociais, bem como (ii) aqueles que possam eleger a maioria dos administradores da companhia.

Dentre as formas de controle previstas por Berle e Means, os referidos artigos da Lei das Sociedades Anônimas prevêm as modalidades do controle totalitário, majoritário e minoritário, nada estipulando acerca do controle externo e a do interno administrativo ou gerencial⁴¹³.

Há, porém, conforme sustenta Fábio Konder Comparato⁴¹⁴, uma exceção na Lei das Sociedades Anônimas que trata das sociedades financeira ou administrativamente controladas por outras, como é o caso do seu artigo 249, o qual estabelece que:

Art. 249. A companhia aberta que tiver mais de trinta por cento do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do artigo 250.

Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre as sociedades cujas demonstrações devam ser abrangidas na consolidação, e:

- a) determinar a inclusão de sociedades que, embora não controladas, sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia;
- b) autorizar, em casos especiais, a exclusão de uma ou mais sociedades controladas.

⁴¹⁰ O controle externo também será objeto de análise a seguir.

⁴¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 57.

⁴¹² Sobre o tema Modesto Carvalhosa (**Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 472 e 473) aduz que: “O Decreto-lei n. 2.627, de 1940, não instituiu a figura do acionista controlador. Fundava-se aquele diploma em critério diverso, qual seja, o de *acionista majoritário*. E para ele não criava responsabilidades específicas. Estas eram previstas apenas para os administradores. A única alusão ao controle que a lei de 1940 trazia constava do art. 135, § 2, no qual se determinava que, havendo participação acionária de uma ou mais companhias, os diretores, no seu relatório, deveriam dar informações sobre a situação das sociedades ‘controladas’ ou coligadas. A referida norma do antigo diploma de 1940 jamais foi cumprida, mesmo porque não havia sanção. Assim, o *princípio do acionista majoritário* em que se fundava a antiga lei de 1940 é diverso do *princípio do controlador*”.

⁴¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 63. Acerca da não-previsão do controle externo pela Lei das Sociedades Anônimas, assim também defende Viviane Muller Prado (**Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 96) e Guilherme Döring Cunha Pereira (**Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 17).

⁴¹⁴ **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 68.

Desse modo, pode-se admitir que a Lei 6.404/76 estabeleceu como formas de poder de controle o totalitário, majoritário, minoritário e administrativo ou gerencial, porém, nada prevendo acerca do controle externo⁴¹⁵, tema a ser abordado a seguir.

Por outro lado, ao tratar da definição da sociedade controladora, sujeito aplicador do poder de controle, Viviane Muller Prado⁴¹⁶ sustenta que três são os requisitos para que essa assim seja qualificada.

O primeiro, refere-se ao fato de tal sociedade ser sócia direta ou indiretamente da sociedade controlada, numa menção direta ao fato de que apenas com participação acionária que se reconhece o exercício do controle, estando excluído, portanto, o controle externo. No entanto, o legislador não previu apenas a participação acionária direta, permitindo que o controle possa ser exercido indiretamente, como ocorre, aliás, nos grupos de sociedades em cascata ou em cadeia.⁴¹⁷

Como segundo requisito da sociedade controladora como sujeito aplicador do poder de controle está a detenção da maioria dos votos nas assembléias de modo permanente, sobre o que a referida autora faz três considerações. Em primeiro lugar, o poder de controle se manifesta nas assembléias gerais. Em segundo, a lei acionária brasileira adotou o critério qualitativo, e não mais o quantitativo, para a definição do controlador, pois pode controlar não apenas aquele que detenha mais da metade do capital votante, mas aquele que possa ser detentor de tal capital.⁴¹⁸ Em terceiro lugar, o exercício da maioria assemblear deve se dar de forma permanente e não esporádica, abandonando o legislador a “ingênua percepção da não-existência do controle predeterminado, para estabelecer os critérios de identificação do poder de controle”.⁴¹⁹

⁴¹⁵ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 96.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 95.

⁴¹⁷ Sobre o tema, Viviane Muller Prado (*idem, ibidem*) traz interessante explicação de Fábio Konder Comparato (**Titularidade do poder de controle e responsabilidade pela concessão de crédito**, p. 68): “Se se instaura um regime de participação societária em cadeia (A controla B, que por sua vez controla C), o legislador identifica como sociedade controladora – para efeito de aplicação dos deveres e responsabilidades fixados nesse capítulo – a que possui a participação inicial da cadeia (no caso A). Mas isto não significa que a lei admita uma espécie de solução de continuidade, um elo partido nessa cadeia de participações sociais. Ao contrário, a sociedade A é considerada controladora de C, exatamente porque entre as duas interpõe-se outra, a qual, ao mesmo tempo, é controlada por A, faz passar essa relação de comando ou dominação de A e C”.

⁴¹⁸ Pelas explicações de Viviane Muller Prado: “Na legislação anterior, precisamente no art. 94 do Decreto-lei 2.627/1940, determinava-se que as deliberações seriam tomadas por aprovação da maioria absoluta dos votos e, em seu art. 105, exigia-se que, para as matérias nele enumeradas, as deliberações dependiam de voto favorável de acionistas representantes de, no mínimo, mais da metade do capital com direito de voto” (ob. cit., p. 97).

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*.

O terceiro requisito é a eleição da maioria dos administradores da companhia, ao que não necessariamente deve ser cumulada a possibilidade de deliberar por maioria em assembléia. Ou seja, podem se exercer separadamente a eleição dos administradores e a deliberação por maioria em assembléia, problema esse, conforme sustenta Guilherme Döring Cunha Pereira⁴²⁰, que é somente “aparente” na legislação nacional.

A par das classificações e definições que o controle interno nas sociedades anônimas pode vir a receber, o que merece destaque é fato de que a companhia representa o sujeito societário principal⁴²¹ em que exercidas diferentes formas de poder, razão pela qual a ela não se pode imputar aquele conceito estático, firme e inalterável de autonomia da sociedade comercial, tão caro ao direito societário tradicional.

Na sociedade anônima, dada a própria natureza de sua constituição – pois lhe é possível ter milhares de acionistas proprietários e, ao mesmo tempo, ser dirigida por pessoas que sequer detêm parte de sua propriedade –, é inerente o conflito entre os mais variados rumos que os seus proprietários pretendem lhe proporcionar, situação essa que se exponencia frente aos grupos societários, nos quais a unidade econômica que lhe é característica faz com que toda e qualquer barreira eventualmente criada pelas autonomias de cada sociedade que lhe compõe seja transposta para o atendimento do comando existente no grupo.

Assim, os grupos societários servem para desmistificar o dogma da autonomia da sociedade comercial, pois o processo da formação da vontade grupal atende não apenas aos interesses de uma única sociedade, mas a várias, fazendo com que ocorra um esvaziamento da finalidade das assembléias gerais na formação da vontade social, pois o poder encontra-se fora da estrutura dos órgãos sociais, situando-se numa outra estrutura empresarial muito mais abrangente.

Como sustenta Viviane Muller Prado:

A existência dos grupos veio retirar qualquer dúvida da ficção do modelo legal e da função rígida dos órgãos sociais com competências não-flexíveis. Apesar de o funcionamento dos grupos contrariar o modelo teórico das

⁴²⁰ *Apud* PRADO, Viviane. Ob. cit., p. 98. Sobre o tema, Guilherme Döring Cunha Pereira sustenta que: “Direitos de sócio que assegurem a maioria dos votos nas deliberações sociais – exclui-se definitivamente da definição o controle gerencial –, mas também que assegurem o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia: parece que a lei quis cumular os dois requisitos. Há quem entenda que não. Mas o problema é só aparente, pois a lei exige o poder potencial de eleger a maioria dos administradores, poder assegurado com a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral. Não exige que a maioria dos administradores tenha sido eleita pelo controlador (**Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 18).

⁴²¹ O poder de controle também pode se fazer presente perante a sociedade limitada, a qual, inclusive, é pode ser integrante dos grupos de sociedade, pois ausente qualquer impedimento nesse sentido, previsto no § 2º do artigo 243, da Lei das Sociedades Anônimas.

sociedades independente, as legislações societárias mantêm uma estrutura obrigatória como ponto de partida para a regulamentação das sociedades por ações. (...) A concepção de grupo de sociedades está ligada à noção de controle, pois o fenômeno grupal pressupõe que uma mesma empresa tem o controle de outras sociedades. Desde logo, pode-se afirmar que, em matéria societária, o poder de controle é elemento essencial e característico ao fenômeno dos grupos de sociedade.⁴²²

Desse modo, a própria existência das variadas formas de controle interno a que as companhias podem ser submetidas representam a “porta de entrada” e o “ambiente” para a formação dos grupos de sociedades, nos quais se pressupõem, além da participação acionária entre sociedades, o exercício de uma forma de poder controle (totalitário, majoritário, minoritário ou gerencial) de uma sobre a outra.

Subseção 1.2.1.1 – A Alienação do Poder de Controle

Na Subseção anterior, ao se tratar do controle interno da sociedade anônoma, pretendeu-se demonstrar não só a sua atuação na companhia, mas o fato de que esse poder pode ser exercido das mais variadas formas e por diferentes sociedades no ente grupal. Ou seja, as diferentes formas do poder de controle interno, ao permitirem a participação de variadas sociedades na condução da companhia, pressupõem a formação e constituição dos grupos de sociedades, que, por sua vez, estremecem o dogma da autonomia da sociedade comercial.

Ora, se uma sociedade pode sofrer diferentes tipos de controle de acordo com a participação de seus acionistas em seu capital social e admitindo-se que esses acionistas sejam sociedades que, por sua vez, também sejam comandadas por outras sociedades, pode se concluir que a primeira sociedade controlada não é dirigida de acordo com a sua própria vontade, mas por aquela formada externamente à sua estrutura legal.

Assim, não se pode falar em autonomia da sociedade comercial se essa é comandada de acordo com interesses externos à sua própria estrutura. E esse “estremecer” da autonomia societária não se limita à hipótese do comando de uma sociedade por outra, mas também à

⁴²² PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 84.

própria possibilidade da alienação do poder de controle da sociedade, conforme dispõe o artigo 254-A⁴²³ da Lei das Sociedades Anônimas.⁴²⁴

Guilherme Döring Cunha Pereira⁴²⁵ faz relevantes considerações sobre o tema e apresenta as diferentes formas de alienação do poder do controle verificadas na doutrina nacional.

Inicialmente, discute a respeito da titularidade do poder de controle. Afinal ele pertence à sociedade, a todos os acionistas ou apenas àqueles cujo número de ações com direito a voto permitam o exercício do poder de controle da companhia? Refuta, desde logo, a comparação entre a sociedade anônima com a sociedade política, não se podendo assemelhar a função exercida pelos diretores de uma companhia com a dos governantes de um Estado.

Tal similitude não é admitida tendo em vista que ao contrário do que ocorre na sociedade política, o poder de comando (controle) na sociedade anônima não é exercido pela conjunção de vontade dos sócios – cidadãos no caso da sociedade política – mas apenas por aquele que detenha a maioria dos direitos de voto e exerça a função de controlador. Não que se permita ao controlador a prática de todo e qualquer ato apenas e tão somente em razão da sua figura de controle, pois esse deve respeitar os fins sociais e a função social da sociedade comercial, respondendo pelo seu abuso de poder (arts. 116 e 117 da Lei 6.404/76).

Feita essa distinção inicial, importa destacar que os variados modos de aquisição do controle societário, os quais se dividem em: a) voluntários e involuntários; b) os originados de uma ou várias operações; c) aqueles realizados a título originário e título derivado.

⁴²³ “Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição de ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a oitenta por cento do valor pago por ação com direito a voto, integrante de bloco de controle.

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.”

⁴²⁴ Vale lembrar que não apenas a companhia pode ter o seu poder de controle alienado, pois tal fenômeno também se faz presente perante a sociedade limitada e em demais tipos societários. (PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do Poder de Controle Acionário**. p. 294).

⁴²⁵ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 30-44.

Os modos involuntários, representam a obtenção do poder de controle mediante sucessão *causa mortis*, pela qual o acionista controlador transmitiria aos seus sucessores o poder de controle de que era detentor em vida. Como alienação involuntária também estaria, conforme sustenta o referido autor, a hipótese de pulverização voluntária no mercado das ações do acionista controlador, passando a qualidade de controlador a outro acionista que detivesse elevada quantidade de ações, como, por exemplo, 30 ou 40% do capital votante. Já as alienações voluntárias seriam, naturalmente, todas as demais praticadas de acordo com a vontade e o interesse do alienante.

Já as aquisições mediante uma só operação podem ser representadas pela “cessão do controle negocialmente estipulada entre cedente e adquirente, a oferta pública de aquisição de controle e a arrematação de ações de estatais em leilão de privatização promovida pelo governo”.⁴²⁶ As aquisições paulatinas se dariam mediante a compra progressiva de ações em bolsa de valores até que se alcance a porcentagem necessária ao poder de controle, hipótese essa cujo inconveniente está na intervenção de outros interessados e na possibilidade do aumento do preço das ações em razão de sua procura.

Por fim, as aquisições originárias ou derivadas tratam, no primeiro caso, da hipótese da aquisição da ação independentemente da existência de qualquer direito real de fruição ou de garantia, e, no segundo caso, tais limitações se fariam presentes.⁴²⁷

Feitas essas considerações, apenas a título exemplificativo e classificatório, o que merece destaque aos fins do presente trabalho é o fato de que tais formas de aquisição do poder de controle da sociedade, além de representar um ambiente para a formação dos grupos societários⁴²⁸, bem demonstra a possibilidade da própria autonomia da sociedade ser objeto de

⁴²⁶ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 33. Nessas formas de aquisição do controle também se inclui o acordo de acionistas, conforme destaca o autor: “Uma situação de controle pode ser constituída por acordos de acionistas que têm por objeto o exercício do direito de voto. Certo número de acionistas, que individualmente não teriam como impor-se aos demais, unem-se estabelecendo como se determiná dali por diante o voto do grupo nas assembléias gerais. (...) O controle assim organizado, se tiver envolvido a maioria das ações com voto de uma sociedade, tem um elevado grau de estabilidade, temporário embora, que pode ser acrescido mediante outros acordos de acionistas, acessórios, disciplinando restrições à alienação das ações” (p. 36).

⁴²⁷ Nas palavras do referido autor: “(...) na aquisição derivada, a propriedade vem para o adquirente nas mesmas condições em que estava no patrimônio do alienante: limitada, se existia em favor de terceiro algum direito real de fruição ou de garantia. Ao contrário, na aquisição originária, de que é paradigma a usucapião, a propriedade de ‘forma’ íntegra no patrimônio do adquirente, não condicionada pela situação anterior” (ob. cit., p. 33).

⁴²⁸ Sobre o tema, Guilherme Döring Cunha Pereira sustenta a necessidade da eliminação da distinção entre os grupos de fato e de direito, tendo em vista a inoperância prática dessa distinção, bastando para a verificação do fenômeno dos grupos a existência de uma direção unitária entre sociedades (**Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 289).

uma alienação, algo que pareceria impensado numa análise tradicional da sociedade comercial.

A alienação do poder do controle é, portanto, a expressão máxima de que tal autonomia societária não mais pode ser tida como um dogma, como um pressuposto infalível, pois o próprio poder de controle da sociedade, pelo qual é exercido o seu comando e tomadas as decisões de seu interesse, pode ser objeto de uma negociação entre partes distintas, como se fosse uma mercadoria.

Subseção 1.2.2 – O Controle Externo

Não é apenas ao controle interno que a sociedade anônima pode se submeter⁴²⁹. Há, também, uma gama considerável de situações em que a companhia é controlada por motivos alheios àqueles derivados das participações de seus acionistas e das diferentes formas de sua organização e administração⁴³⁰ (controle interno).

Como sustenta Fábio Konder Comparato⁴³¹, ao fazer menção a uma célebre decisão de Benjamim Cardozo, na jurisprudência norte-americana, a sociedade anônima pode sofrer uma “influência dominante”⁴³² por meio diverso do voto dos acionistas.

O dia-a-dia da realidade empresarial está repleto de exemplos nesse sentido. Por exemplo, verifica-se uma forma de controle externo quando um terceiro ameaça promover o exercício de um direito de crédito seu perante uma sociedade, a qual, se acaso não atender às solicitações de seu credor, poderá ser levada à falência. Nesse caso, fica o credor com o poder de comando da exploração econômica da empresa, sob pena de levá-la à bancarrota.

Noutra hipótese, pode a sociedade obter empréstimos cuja garantia seja a caução das ações do chamado bloco de controle, permitindo-se ao credor o exercício da função de um

⁴²⁹ Para Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 68-82), não há uma indefectibilidade de um poder de controle acionário, ou seja, não é necessário que em toda sociedade anônima haja um acionista controlador. Exemplo disso é a regra do artigo 122, parágrafo único, da Lei 6.404/76, que dispõe acerca da “confissão de falência” ou do “pedido de concordata”, o qual pode ser feito pelos administradores, “com a concordância do acionista controlador, se houver”.

⁴³⁰ Essas são as diferentes formas de controle interno ditas por Berle e Means (**A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, p. 85), controle totalitário, majoritário, controle através de um dispositivo legal sem propriedade majoritária, minoritário e gerencial.

⁴³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 68.

⁴³² Acerca do conceito de influência dominante, bem como de direção unitária e de controle na doutrina estrangeira, será elaborada, a seguir, uma subseção específica (Parte 3, Capítulo 1, Subseção 1.2.3).

autêntico controlador.⁴³³ Nesse mesmo sentido, encontra-se o caso da emissão de debêntures em massa. Como se trata de crédito privilegiado, geralmente de montante elevado “a operação debenturística pode tornar a companhia emitente subordinada à influência da massa de debenturistas, notadamente quando precária a situação financeira da devedora”.⁴³⁴

Há também o caso dos contratos de *franchising*, em que presente uma clara forma de controle externo, oriundo de uma relação de natureza contratual e que expressa uma subordinação econômica exercida pelo franqueador sobre o franqueado.⁴³⁵

A própria organização das chamadas “firmas-rede” nas montadoras automobilísticas pressupõe a ocorrência de um controle externo de uma sociedade sobre a outra, pois essas nada mais representam do que uma rede de *bussines unit*⁴³⁶ pela qual uma unidade central (a empresa montadora dos automóveis), permite a instalação em seu setor fabril, de inúmeros fornecedores de auto-peças, que passam a trabalhar *just in time* e para o atendimento, por vezes exclusivo⁴³⁷, da demanda do fabricante. Nesses casos, a influência exercida pela montadora em face dos fornecedores é tamanha que, na celebração do contrato de prestação

⁴³³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 69. Sobre o tema, também salienta Modesto Carvalhosa (**Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, 2º vol., p. 493) que tal forma de controle “é o caso típico dos bancos de desenvolvimento e de investimento, que concedem às companhias privadas recursos de investimentos para a implantação e expansão das suas atividades empresariais, como, v.g., é o caso do BNDES e de sua subsidiária BNDESPAR. Esses recursos poderão ser concedidos sob a forma de financiamento a longo prazo ou, então, mediante participação acionária não votante. Seja de uma ou de outra forma, o contrato e os acordos particulares entre a instituição financeira, de um lado, e a companhia e seus acionistas, de outro, acabam por outorgar àquela o controle externo da companhia”.

⁴³⁴ *Idem*, p. 70. Destaca o referido autor a previsão contida na própria Lei das Sociedades Anônimas acerca dessa forma de controle externo exercido pelos debenturistas, como é o caso da redação do artigo 57, § 2º. (“Enquanto puder ser exercido o direito à conversão, dependerá de prévia aprovação dos debenturistas, em assembleia especial, ou de seu agente fiduciário, a alteração do estatuto para: a) mudar o objeto da companhia; b) criar ações preferenciais ou modificar as vantagens das existentes, em prejuízo das ações em que são conversíveis as debêntures.”)

⁴³⁵ Sobre o tema, Jorge Lobo (**Contrato de Franchising**, p. 50-51) sustenta que: “(...) se o franqueador cede, e efetivamente cede, (1) técnicas industriais ou métodos, expostos em ‘manuais de operações’, (2) a marca e o logotipo, (3) o seu *know-how* e *know-why*, (4) na franquia de industrialização, projeto de engenharia básica, (5) assessoria técnica e de treinamento contínuo (jurídico, fiscal, tributária, financeira, de engenharia, pesquisa de localização do ponto de venda, *marketing*, informática), além de prestar serviços de supervisão nas operações de comercialização e administração geral do franqueado, parece que ele, franqueador, externamente exerce, de fato, o poder de controle sobre o franqueado. (...) parece não haver dúvidas, pelo menos nesse tipo de *franchising*, que temos de considerar que franqueador e franqueados formam um grupo econômico de subordinação com controle externo. Formando o franqueador e os franqueados um grupo econômico de subordinação com controle externo, o franqueador tem os deveres e responsabilidades próprios do controlador, inclusive devendo responder por eventuais abusos do poder de controle, aplicando-lhe, por analogia, as normas dos artigos 116 e 117 da Lei nº 6.404/76 (...)”.

⁴³⁶ VELTZ, Pierre. **Le Nouveau Monde Industriel**. Paris: Éditions Gallimard, 2000. p. 15.

⁴³⁷ CARLEIAL, Liana; GOMES FILHA, Maria Lucia de Figueiredo; NEVES, Lafaiete Santos. **Firmas rede na indústria automotiva brasileira**: características gerais da relação com fornecedores, dos modelos de logística e dos mecanismos de coordenação. Apresentado no Congresso The Third Congress on Proximity, “New Growth and Territories”, Paris, 13 e 14 de dezembro de 2001, p. 11.

de serviços de fornecimento de auto-peças, há imposição, por exemplo, (i) do valor da multa pela prestação dos serviços com baixa qualidade ou pela falta da entrega as peças no prazo estipulado, (ii) de cláusula de rescisão contratual na hipótese do não-atendimento dos serviços; (iii) de condições aprazadas de forma de pagamento; (iv) de valores “globais” já prefixados e (v) de prazo de vigência contratual limitado à duração do projeto de fabricação de um determinado veículo.⁴³⁸

Assim, a própria sobrevivência das empresas fornecedoras de auto-peças nesses casos está condicionada aos contratos que venham a ser celebrados com as empresas montadoras, sendo que essas exercem um verdadeiro poder de controle econômico sobre aquelas, tendo em vista que toda e qualquer alteração de produto, de sua qualidade ou prazo de entrega, deve ser atendida pela empresa fornecedora, sob pena de rescisão contratual.

No mesmo sentido das “firmas-rede”, os grupos societários formados independentemente da participação acionária entre sociedades também representa uma forma de controle externo. Vale lembrar que se deve compreender o grupo societário como uma unidade econômica numa diversidade jurídica, como já afirmado neste trabalho. Dessa forma, uma sociedade que seja comandada por outra conforme os interesses econômicos envolvidos e inexistindo entre elas qualquer vínculo societário, a sociedade “controlante” exerce um controle externo sobre a “controlada”.⁴³⁹ Neste mesmo sentido, sustentam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho que “a dominação externa constitui o elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato (*faktischer Konzern*), ou seja, não legitimado por normas jurídicas específicas”.⁴⁴⁰

Inúmeros, como se vê, podem ser os casos de controle externo a que a companhia pode ser submetida, os quais se caracterizam, fundamentalmente, pelo exercício do comando

⁴³⁸ CARLEIAL, Liana; GOMES FILHA, Maria Lucia de Figueiredo; NEVES, Lafaiete Santos. **Firmas rede na indústria automotiva brasileira**, p. 18.

⁴³⁹ Sobre o tema, destaca José Engrácia Antunes (**Os Grupos de Sociedades**, p. 77-78) que essa forma de grupo de sociedades estabelecida independentemente da participação societária pode ser “de base contratual” e “de base pessoal”. Na primeira, incluem-se os chamados “contratos de empresa”, que visam uma integração econômica, financeira ou administrativa entre duas sociedades, sendo representadas no direito português por convenções como o contrato de subordinação, o contrato de atribuição de lucros, o contrato de comunhão de lucros e do contrato de cessão de exploração de empresa. Nessa mesma classificação, indica o autor as relações de domínio existentes em razão de “contratos de direito comum” civil ou comercial, como são (também no direito português) os contratos de franquia, de agência, de concessão comercial, de empréstimo, de licença e de transferência de tecnologia. Já os grupos “de base pessoal” são aqueles em que se identificam as suas composições administrativas, seja em razão de participações intersocietárias, de uma comunidade de dirigentes ou de efetivos vínculos pessoais familiares. As formas de agrupamento alheias à participação social são, no entanto, vastíssimas, descabendo nos limites estreitos do presente trabalho pretender-se enumerá-las, bastando a referência à importância do tema.

⁴⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 2005, p. 102.

externo por terceiros, que retiram a própria autonomia da sociedade. No entender de Modesto Carvalhosa, tal controle pode provir, inclusive, do próprio Estado, especialmente no caso brasileiro, em que as companhias estão atreladas aos créditos e às estratégias governamentais sobre diversos setores e regiões da atividade empresarial.⁴⁴¹

Guilherme Döring Cunha Pereira⁴⁴², ao verificar as mais variadas formas que o controle externo pode tomar e pretendendo diferenciá-lo da noção de “influência externa” (oriunda do conceito de “influência dominante” do direito alemão e italiano – tema a ser tratado a seguir), destaca quatro características principais de tal tipo de controle. A primeira é a sua natureza econômica. A segunda é a necessidade de que tal controle se estenda por toda a atividade da empresa controlada. A terceira é a de que o controle externo represente um estado de subordinação permanente ou, pelo menos, duradouro de uma sociedade sobre a outra. E, por fim, que haja a impossibilidade da sociedade controlada subtrair-se da influência sofrida sem que sofra por isso sério prejuízo econômico.

Tais formas e características de controle externo representam apenas a expressão fática do fenômeno. Há também sua hipótese jurídica, na qual é permitida ao Poder Judiciário a nomeação de um interventor para atuar, por exemplo, nos casos de abuso de poder econômico, como trata o artigo 69⁴⁴³ da Lei 8.884/94, bem como na hipótese de intervenção em instituições financeiras insolventes, conforme dispõe a Lei 4.595/64.

A análise das diversas formas possíveis do poder de controle externo demandaria uma análise delongada do instituto, o que está fora dos propósitos do presente estudo. No entanto, serve o controle externo para demonstrar que a própria “autonomia” da sociedade comercial pode ser objeto de controle por um sujeito externo aos quadros sociais da companhia ou de outra forma societária, como a sociedade limitada. Desse modo e por mais esse motivo, resta “relativizado” o dogma da autonomia da sociedade comercial, que é construído sobre um paradoxo legal regulatório, pois ao mesmo tempo em que se define como autônomo, reconhece a perda dessa autonomia a sujeitos externos à própria sociedade.

⁴⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, p. 481.

⁴⁴² PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do Poder de Controle Acionário**, p. 14.

⁴⁴³ “Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.”

Subseção 1.2.3 – A Influência Dominante

Além dos institutos do controle interno e externo da sociedade anônima, a doutrina do estudo dos grupos societários se utiliza da expressão “influência dominante” para se referir à relação existente entre as sociedades componentes do fenômeno grupal. Porém, considerando-se que as duas formas de controle anteriormente analisadas já pareceriam suficientes para a qualificação das relações existentes entre as sociedades de um grupo, vale questionar em quais desses controles (interno ou externo) o conceito de “influência dominante” melhor se enquadraria?

O questionamento ganha relevância na medida em que tal expressão busca representar exatamente o *domínio* que uma sociedade exerce sobre a outra numa relação de grupo, na qual estabelecida uma unidade econômica numa diversidade jurídica, fato também verificado seja no controle interno ou no externo. Como sustentam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, “a noção de ‘influência dominante’ é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo”.⁴⁴⁴

No mesmo sentido, destaca Rafael Mariano Manóvil⁴⁴⁵ que os termos “dominação”, “controle” e “influência dominante” não têm significados diferentes nem possuem autonomia conceitual ou jurídica. Sustenta que tais conceitos funcionam, senão como sinônimos estritos, pelo menos como uma indicação de uma mesma situação fática de poder que um sujeito exerce sobre o outro, sendo, portanto, “*conceptos intercambiales*”.

Assim, é possível afirmar que o conceito de “influência dominante” é utilizado como forma de demonstrar os controles, o domínio, a influência etc., que uma sociedade exerce sobre a outra dentro da relação grupal entre elas estabelecida.

Esse, aliás, é o conceito existente no §§ 15 e seguintes do *AktG (Aktiengesetz)* – Lei das Sociedades Anônimas Alemã, de 1965 –, que define a influência dominante como a situação de controle exercida por uma sociedade em outra, seja em razão de sua participação acionária no capital votante ou da influência exercida direta ou indiretamente por uma sociedade na condução da outra.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 2005, p. 81.

⁴⁴⁵ MANÓVIL, Rafael Mariano. **Grupos de sociedades en el derecho comparato**, p. 255.

⁴⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 81.

Tal conceito também se faz presente no Código Civil Italiano, de 1942, ao considerar em seu artigo 2359, que são sociedades controladas, dentre aquelas na qual uma outra sociedade dispõe de maioria dos votos na assembléia ordinária, aquelas nas quais uma outra sociedade detém votos suficientes para exercitar uma influência dominante na assembléia ordinária, bem como aquelas que estão sobre influência dominante de uma sociedade em razão de vínculos particulares com essa⁴⁴⁷.

Já no direito português, a noção de “influência dominante” vem descrita no artigo 486º, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC, de 1986), que dispõe a respeito das sociedades em relação de domínio, uma das formas de sociedade coligada prevista em referido diploma legal⁴⁴⁸:

Art. 486º.

1. Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483º, n. 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante. (...)

Ao tratar do tema, José Engrácia Antunes sustenta que o conceito de “influência dominante” é indeterminado e “carecido de preenchimento valorativo”, sendo que a sua aplicação “constitui uma realidade no mundo das sociedades comerciais insusceptível de ser apreendida num molde conceptual acabado e fechado”.⁴⁴⁹

Já no direito brasileiro, sustentam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho⁴⁵⁰ que a noção de “influência dominante” se faz presente perante o direito concorrencial ao se indicar as situações em que, embora não exista controle societário, há a possibilidade de se dirigir a atividade da sociedade de modo que se produzam efeitos econômicos

⁴⁴⁷ “Art. 2.359. Società controllate e società collegate - Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati. (...)”

⁴⁴⁸ Conforme dispõe o artigo 482.º do Código das Sociedades Comerciais português, são consideradas coligadas as sociedades em relação de simples participação; as sociedades em relação de participações recíprocas; as sociedades em relação de domínio e as sociedades em relação de grupo. O tema será objeto de explanação a seguir (Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.3).

⁴⁴⁹ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 452.

⁴⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 2005, p. 81.

concentracionalis. Porém, reconhecem os referidos autores que há a indefinição da expressão quando utilizada perante o direito societário, reconhecendo, portanto, o seu “pouco valor explicativo”⁴⁵¹. Aliás, a “influência dominante” na obra de tais autores é mais tratada como uma forma de controle externo do que interno da sociedade comercial, o que se verifica pela maior utilização da expressão quando feitas referências aos controles exercidos, por exemplo, por credores, pelos debenturistas e pelos vínculos derivados de relações contratuais, como o contrato de *franchising*, dentre outros.

Assim, apesar da noção de “influência dominante” ser utilizada pela doutrina estrangeira como forma de definir uma situação de “poder” exercido por uma sociedade sobre a outra, o que pode ocorrer não necessariamente perante nos grupos societários, tal conceito não foi objeto de definição legal pelo legislador brasileiro e recebe uma análise pouco entusiasmada pela doutrina nacional do direito societário, talvez por ser mais facilmente verificável como um fenômeno econômico do que jurídico.

Perante os grupos de sociedade, porém, sua relevância se ressalta, tendo em vista que serve ao próprio reconhecimento do fenômeno grupal, principalmente na sua modalidade fática (grupos de fato), que se forma independentemente de uma definição legal, a exemplo do que dispõe, por exemplo, o artigo 243, § 2º, da Lei 6.404/76, do direito brasileiro, que trata apenas da relação entre empresas controlada e controladora, mas que serve “porto legal” aos grupos de fato.

Nesse sentido, Eduardo Secchi Munhoz⁴⁵², ao propor algumas novas definições de modalidades de grupos de sociedades, abandonando o modelo dual (contratual e fático) presente na legislação nacional, utiliza do conceito de influência relevante para definir o “grupo majoritário individual simples e grupo minoritário individual simples” e o “grupo majoritário conjunto simples e grupo minoritário conjunto simples”, temas melhor definidos a seguir (Parte 3, Capítulo 1, subseção 3.2.2.2).

Desse modo, o conceito de “influência relevante” é de grande relevância ao estudo do direito dos grupos de sociedade, pois necessário à identificação dos grupos no mundo dos fatos, independentemente da sua parca definição jurídica, que no caso brasileiro limita-se aos grupos contratuais do artigo 265, da Lei 6.404/76.

⁴⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 90.

⁴⁵² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**, p. 302-303.

Mas além da “influência dominante”, há também outro conceito não definido nem acolhido na legislação nacional, mas que é igualmente importante na definição dos grupos de sociedades e dos conflitos de interesse neles existentes (Parte 3, Capítulo 1, Subseção 1.3). Trata-se do conceito de “direção unitária” que será tratado a seguir.

Subseção 1.2.4 – A Direção Unitária

O conceito de “direção unitária” foi primeiramente analisado pelo direito alemão como elemento necessário à configuração dos grupos de empresariais⁴⁵³. Mas, por se tratar de uma expressão plurissignificativa e ter sua origem na análise fático-econômica do fenômeno grupal, a “direção unitária” não recebeu definição legal no direito germânico, apesar de constar no § 18⁴⁵⁴ da Lei Acionária alemã de 1965, que trata da existência de grupos empresaris quando da união de empresas juridicamente autônomas sob uma mesma direção.⁴⁵⁵

Na Alemanha, duas são as concepções admitidas a cerca da “direção unitária”. A primeira, que foi adotada pela “Teoria da Unidade” (*Einheitstheorie*), da década de 1930⁴⁵⁶, reconhece a existência da “direção unitária” quando os integrantes de um grupo de empresas sejam totalmente dependentes da empresa controladora, perdendo suas autonomias em razão do controle sobre elas exercido. Destaca José Engrácia Antunes que os defensores dessa teoria reconhecem os grupos de sociedades como “*super-corporations*”, nas quais a coesão mantida entre as suas sociedades integrantes levaria ao reconhecimento dos grupos como uma entidade legal (pessoa jurídica), questão essa que logo fora refutada pela doutrina do direito

⁴⁵³ Vale lembrar, mais uma vez, que no direito alemão, ao contrário do brasileiro, há possibilidade da formação de grupos de empresas e não apenas grupos de sociedades, sendo permitido, portanto, que pessoas naturais sejam componentes dessa modalidade grupal.

⁴⁵⁴ Pela tradução feita, do alemão para o espanhol, por Rafael Manóvil (ob. cit. 195-196), encontra-se a seguinte redação do § 18, I, do AktG: “El § 18, I del Aktg establece que ‘cuando una empresa dominante y una o más empresas dependientes están subsumidas bajo la dirección unificada de la empresa dominante, forman un grupo (Konzern); las empresas, individualmente, son empresas grupales (Konzernunternehmen). Empresas entre las cuales existe un contrato de dominación (§291) o de las cuales una ha sido incorporada a la otra (§319) deben ser consideradas como subsumidas bajo una dirección unificada. Se presume que una empresa dependiente forma un grupo (Konzern) con la empresa dominante.’”

⁴⁵⁵ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 113.

⁴⁵⁶ José Engrácia Antunes (**Liability of Corporate Groups**, p. 212-213) destaca que a Teoria da Unidade foi defendida, na Alemanha, pelo trabalho de Isay, de 1910, chamado **Das Rechts am Unternehmen**. Já nos Estados Unidos, por Adolf Berle, em 1947, na obra **The Theory of Enterprise Entity**, na França, pelo trabalho de Despax, de 1956, chamado **L’Enterprise et le Droit** e, na Itália, pelo trabalho de Sette, em 1985, chamado **Dal Gruppo di Imprese all’Impresa di Gruppo**.

das sociedades, tendo em vista que a independência jurídica do grupo representaria mais um problema do que uma solução.⁴⁵⁷

Mas essa teoria foi criticada pela “Escola de Marcus Lutter”⁴⁵⁸, ou “Teoria da Unidade Moderada”⁴⁵⁹, que, em 1970, considerava a impossibilidade da limitação da “direção unitária” apenas àquelas hipóteses em que houvesse a subordinação total da empresa controlada pela controladora, retirando-lhe a sua autonomia. Tal conceito, também se aplicaria às hipóteses de direção exercida em apenas alguns dos departamentos ou áreas (comercial, gestão, pessoal) de uma empresa, ainda que sua autonomia fosse afetada apenas parcialmente.⁴⁶⁰

Reconheceu-se, no entanto, ser de difícil definição o conceito de “direção unitária” para a configuração dos grupos societários, sendo discutível e controvertida a sua definição em lei, dada a dificuldade de se identificar os seus elementos mínimos que possam ser utilizados no reconhecimento da relação grupal.

No entanto, a “direção unitária”, mesmo que não receba definição legal no direito alemão, ainda permanece imprescindível para a definição dos grupos societários germânicos⁴⁶¹. A Lei Acionária daquele país, *AktG*, de 1965, ao estabelecer as variadas

⁴⁵⁷ Sobre o tema, Engrácia Antunes (**Liability of Corporate Groups**, p. 213-214) informa que o funcionamento do grupo não depende do reconhecimento de sua existência formal, mas sim pelo seu comportamento interno e externo como uma unidade. Aliás, o seu reconhecimento como uma unidade legal não o eximiria de que o relacionamento de um grupo com um outro grupo formasse uma terceira entidade “grupal” na qual também estaria presente a discussão a respeito da existência ou não de uma independência jurídica, não havendo um fim para a discussão.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 114. Marcus Lutter é um jurista alemão pós-doutor pela Universidade de Mainz, em 1963, autor de inúmeras obras sobre o direito societário europeu e alemão, especialmente relacionadas com os grupos empresariais (Disponível em: <www.wilmerhale.com/marcus_lutter>. Acesso em: 22 maio 2008, às 12:31h). O referido autor também tem papel importante na criação do direito societário europeu e no estudo da IX Diretiva da Comunidade Européia acerca dos grupos de sociedades (CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 772, nota. 1025).

⁴⁵⁹ ANTUNES, José Engrácia Antunes. **Liability of Corporate Groups**, p. 215.

⁴⁶⁰ PRADO, Viviane Muller. Ob. cit., p. 115. No mesmo sentido, José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, p. 571) sustenta que o *Konzern* era originalmente definido como “reunião de empresas independentes do ponto de vista de Direito Civil, que constituem unidade econômica e estão submetidas a direção única. Modernamente há a tendência a abandonar, na definição do *Konzern*, a idéia de pluralidade de empresas, passando-se a falar, ao contrário, em reunião de estabelecimentos (*Betriebe*), ou de partes-de-empresa, empresas parciais, *Teilunternehmen*. Estaria evidenciada a tendência de reconhecer ao *Konzern* plena *subjetividade econômica*, divergindo embora os autores quando à problemática da *subjetividade jurídica*.” A “Escola de Marcus Lutter” defendia, ainda, que o grupo de sociedades seria uma sociedade anônima *sui generis*, que enfrentaria as mesmas questões de uma sociedade “normal”, como ser criada, financiada, administrada e, finalmente, dissolvida, com o que defendiam ter os grupos de empresa um corpo de normas independente para a regulação de sua atuação (ANTUNES, José Engrácia. Ob. cit., p. 215).

⁴⁶¹ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 113.

relações de conexão entre empresas (*verbundenen Unternehmen*)⁴⁶², invoca a “direção unitária” como elemento caracterizador dos grupos. Esses, no entanto, são apenas uma das formas da relação de conexão entre empresas alemãs, não estando a “direção unitária” verificada em todos suas hipóteses.⁴⁶³

As outras formas de ligação empresarial alemãs são: (i) a participação majoritária de uma empresa em outra; (ii) a dependência e domínio entre empresas e (iii) as participações recíprocas ou vínculos contratuais⁴⁶⁴. Há, ainda, a hipótese de aquisição de todas as ações da sociedade dependente por sua controladora, o que está disposto no § 319 do referido diploma legal. Vale destacar que essas formas de ligação representam apenas presunções não excludentes entre si, podendo-se, numa hipótese, verificar-se a ocorrência de um grupo em razão de uma participação majoritária e, noutra, uma relação de dependência sem que importe num caso de grupo. Assim, dentre essas, o grupo de empresas (*Konzern*) destaca-se por importar na união entre variadas empresas mediante o exercício de uma “direção unitária”.⁴⁶⁵

José Lamartine Corrêa de Oliveira, ao tratar do tema no direito alemão, salienta que:

A *direção única*, para que se possa falar de *Konzern*, precisa existir efetivamente, não podendo ser mero poder virtual de direção, embora possa ser exercida em medida diversa, quer sob a forma de instruções que influam largamente na administração diária das sociedades, que se limite à determinação da política básica do grupo. A *direção unificada* – *einheitliche Leitung* – é o elemento fundamental para que se determine a existência ou não de um *Konzern*, dada principalmente a circunstância de que podem existir (...) *Konzern* não formalizados, e cuja existência precisa ser demonstrada, os denominados *Konzern fáticos*. De fato, se houver direção unitária, embora não haja dependência entre sociedades nem vínculo de dominação de uma em relação a outra ou outras, haverá o denominado *Konzer* igualitário ou por coordenação (...). De outra parte, ainda que se prove que uma empresa depende de outra, isso quererá dizer apenas que daí decorre uma presunção de existência de *Konzern*. Como se trata, porém, de presunção *iuris tantum*, a prova da inexistência de direção única significará

⁴⁶² PRADO, Viviane Muller. **Os Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 111.

⁴⁶³ Nesse sentido, também sustenta Rafael Manóvil (**Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado**, p. 191), ao aduzir que: “El AktG de 1965, que entró en vigencia el 1º-I-1966, estructuró um sistema de derecho grupal, fundamentalmente basado en la regulación de los grupos de Derecho. Pero ese sistema, fundado en el concepto de empresas alcanzadas por una dirección unificada, fue calificado de incompleto, porque el problema del agrupamiento o Konzern no se esgota con la sola característica de la dirección unificada”.

⁴⁶⁴ Tais definições encontram-se dispostas no § 15 da AktG, traduzida por Rafael Manóvil da seguinte forma: “Según el, entonces, son tales las ‘empresas jurídicamente independientes que, en su relación recíproca, son empresa en posesión mayoritaria (in Meherheitsbesitz beteiligtes Unternehmen) y empresa mayoritariamente participada (mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen) (§16), empresas dependientes y dominantes (§17), empresas grupales (§18), empresas reciprocamente participadas (§19) o partes de un contrato de empresa (§§ 291, 292).”

⁴⁶⁵ PRADO, Viviane Muller. **Os Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 112.

a prova da existência de *Konzern*, pode haver dominação e dependência sem direção única. E a direção única, para que se possa falar de *Konzern* igualitário, há de ser confiada a órgão ou a pessoa jurídica, que não exerça atividades empresariais de modo direto: bom exemplo será o das denominadas sociedades *holdings*⁴⁶⁶.

A definição do que seja realmente a “direção unitária” é, na realidade, uma das questões mais complexas relacionadas ao tema na Alemanha, haja vista a complexidade de situações em que essa pode ser verificada, sendo um trabalho a ser desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, não tendo se verificado um denominador comum para sua conceituação legal.⁴⁶⁷

Por esse motivo, tal expressão foi aos poucos deixando de ser utilizada nos projetos de lei e diretivas da União Europeia para a conceituação dos grupos societários⁴⁶⁸. De acordo com António Menezes Cordeiro⁴⁶⁹, no primeiro anteprojeto da IX Diretiva Comunitária relativa aos grupos de sociedades, cuja primeira parte datava de 1974 e a segunda de 1975⁴⁷⁰, pretendeu-se uma regulação mínima comum sobre o tema, tendo em vista a diversidade das regras nacionais. Na época, adotou-se a concepção orgânica para a definição dos grupos, os quais se verificariam quando se estivesse diante de uma “direção unitária” entre duas ou mais empresas, sendo indiferente a juridicidade ou a facticidade dos grupos.⁴⁷¹ Já no novo Projeto da IX Diretiva, datado de 1984, distanciou-se da concepção orgânica e adotou-se a sistemática

⁴⁶⁶ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 573. Sobre as variações do conceito de *Konzern* no direito alemão (formalizados, não formalizados, igualitários etc.), vide supra Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.1.

⁴⁶⁷ PRADO, Viviane Muller. **Os Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 116. Sobre o tema, destaca, igualmente, José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 571 e 572) que a lei das sociedades por ações alemã de 1937 – *Aktiengesetz*, por abreviação AktG – definia o *Konzern* (equivalente à noção de grupo de sociedades no Brasil) como a reunião para fins econômicos e sob direção única, de empresas juridicamente independentes. Inclui também a influência dominante como sendo elemento relevante para a definição do *Konzern*. Porém, “poucas seriam porém as consequências expressamente extraídas dessa definição pelo legislador”.

⁴⁶⁸ No Projeto da IX Diretiva Comunitária, sobre os grupos societários, não há limitação apenas à participação de sociedades na formação dos grupos, admitindo-se, igualmente, a existência de empresas, conforme se vê pela própria redação do artigo 2º, da 2ª Seção (definições de conceitos), que trata do seguinte: “Artigo 2º (Sociedades afiliadas) 1. Para efeitos da presente Diretriz, são sociedades afiliadas todas as empresas nas quais uma outra sociedade (a sociedade-mãe): (...) 2. Para a aplicação do artigo 1º, são de imputar aos direitos de voto, de designação ou de destituição da sociedade-mãe os direitos de outra sociedade filha ou de uma pessoa que actue em nome próprio mas por conta da sociedade-mãe ou de outra sociedade afiliada”. A tradução da IX Diretiva foi feita por António Menezes Cordeiro (**Direito Europeu das Sociedades**, p. 752), a partir da obra de Marcus Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht/Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, 3. ed. (1991), 291-298.

⁴⁶⁹ **Direito Europeu das Sociedades**, p. 771.

⁴⁷⁰ Na nota 1.020, do livro de António Menezes Cordeiro (ob. cit., p. 771), há a informação de que a parte I continha, em 23 artigos, definições e preceitos gerais relativos às empresas coligadas, ao estilo dos §§ 15 e seguintes do Aktg alemão, sendo que a parte II, em 63 artigos, regulava o Direito aplicável aos grupos, com um especial desenvolvimento para o contrato de subordinação (artigos 8º a 28º).

⁴⁷¹ **Direito Europeu das Sociedades**, p. 771.

dual alemã, dos grupos contratuais e os fáticos⁴⁷², o chamado *Konzernrecht*, no qual a “direção unitária” passou a não mais ser um elemento imprescindível para a formação dos grupos de sociedade.⁴⁷³

Sobre o tema, Viviane Muller Prado, ao tratar da obra de Ulrich Immenga⁴⁷⁴, informa que há na Alemanha duas formas distintas de se definir os grupos de sociedade, uma de acordo com a Lei Acionária (*AktG*, de 1965) e a outra conforme o Código Comercial (*HGB – Handelsgesetzbuch*).

Pela *AktG*, como visto anteriormente, releva o conceito de “direção unitária” para a verificação da situação de dependência entre sociedades, mesmo que essa se dê apenas de forma parcial, mas afete importantes áreas de sua atuação (comercial, gestão, pessoal) da sociedade.

Por outro lado, a previsão sobre os grupos de sociedade no Código Comercial Alemão, *HGB*, reconhece a existência do fenômeno grupal independentemente da ocorrência de “direção unitária”, como se dava na *AktG*.⁴⁷⁵ Trata-se da influência exercida pela VII Diretiva Comunitária sobre o direito alemão e que fez surgir a redação do § 290, 2⁴⁷⁶, do *HGB*, pelo qual se previu a figura da sociedade filha (*Tochterunternehmen*) e da sociedade-mãe (*Mutterunternehmen*), como demonstração da influência que uma sociedade pode exercer sobre a outra.⁴⁷⁷

⁴⁷² Sobre o tema, vide Parte 2, Capítulo 2, subseção 2.4.

⁴⁷³ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 124.

⁴⁷⁴ “The Law of groups in the Federal Republic of Germany”, p. 94. *Apud* PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 122, nota. 222.

⁴⁷⁵ *Idem*. Nesse mesmo sentido, Rafael Manóvil (**Os Grupos de Sociedades nel Derecho Comparado**, p. 197-198) destaca que: “*aunque las normas se refieren concretamente a las cuentas en el Konzern – y este concepto está definido, como se ha visto, en el AktG –, el §290, II, del HGB da nuevos elementos para definir lo que, a los fines de la consolidación contable e informativa, es una filial (Tochterunternehmen) y una sociedad madre (Mutterunternehmen), conceptos ambos ajenos a la tradición del derecho alemán. Estos elementos difieren de la normativa del AktG (...). La disparidad procede de que le reforma de 1985 al HGB – que implocó una nueva redacción integral para el Libro Terceiro del mismo y lleva el título genérico de Libros de Comercio (Handelsbücher) – respondió a la recepción en el derecho interno alemán de las normas resultantes de la VII Directiva de la Comunidad Económica Europea del 13-VI-1983 en materia de consolidación de estddos contables.*”

⁴⁷⁶ Também Rafael Manóvil (**Os Grupos de Sociedades nel Derecho Comparado**, p. 198), ao traduzir o referido § 290, 2, salienta que é sociedade-mãe aquela sociedade que: “*1. Le corresponde la mayoría de los derechos de voto, 2. le corresponde el derecho a elegir o remover a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección social o de fiscalización, o 3. Le corresponde el derecho de ejercer una influencia dominante fundada en un contrato de dominación celebrado con esa empresa (la filial) o fundada en disposiciones estatutárias de esa empresa.*”

⁴⁷⁷ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 123. Nesse mesmo sentido, Giuliana Scognamiglio (**Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società**, p. 23): “*È il caso tuttavia di osservare che al di là delle, e nonostante le, enunciazioni e definizioni legislative (mi riferiscono non solo al già ricordato § 18 della legge azionaria, ma anche, per esempio, alla disposizione del § 290 Handelsgesetzbuch in materia di bilancio consolidato), il concetto di direzione unitaria sembra*

Pelo teor de referida Diretiva Comunitária, os Estados-membros ficam obrigados a impor a qualquer empresa sujeita a seu direito nacional a obrigação de elaborar contas e um relatório consolidado da gestão da empresa-mãe se esta:

Art. 1º (Âmbito de aplicação) (...)

- a) Tiver a maioria dos direitos de voto dos accionistas ou sócios de uma empresa (empresa filiada), ou
- b) Tiver o direito de nomear ou de exonerar a maioria dos membros do órgão de administração, de direcção ou de vigilância de uma empresa (empresa afiliada) e for simultaneamente accionista desta empresa, ou
- a) Tiver o direito de exercer influência dominante sobre uma empresa (empresa afiliada) da qual seja accionista ou sócia, por força de um contrato concluído com esta ou de uma cláusula dos estatutos desta, sempre que o direito ao qual a empresa afiliada esteja sujeita que ela se submeta a tais contratos ou cláusulas estatutárias; (...) ou
- b) For accionista ou sócia de uma empresa e:
 - aa) A maioria dos membros do órgão de administração, de direcção ou de vigilância desta empresa (empresa afiliada), em funções durante o exercício em curso bem como no exercício anterior e até à elaboração das contas consolidadas, tiver sido exclusivamente nomeada para efeitos dos exercício dos seus direitos de voto ou
 - bb) Controlar por si só, na sequência de um acordo concluído com outros accionistas ou sócios desta empresa (empresa afiliada) a maioria dos direitos de voto dos accionistas ou sócios desta. (...).⁴⁷⁸

Dessa forma, os grupos empresariais na Alemanha não existem apenas nos casos em que ocorra a “direção unitária” entre duas ou mais sociedades, mas também nos casos em que a sociedade-mãe (i) for titular majoritária dos votos da sociedade-filha; (ii) tenha direito de eleger ou destituir a maioria dos membros da administração da controlada; (iii) possa exercer influência dominante em razão de um contrato ou por previsões societárias.

Novamente a expressão “influência dominante” – imprecisa e carente de definição legal, como visto anteriormente – aparece como elemento formador dos grupos em referido país, o que se deu por influência da VII Diretiva Comunitária ao estabelecer a obrigatoriedade

avere una valenza operativa alquanto limitata.” Mais adiante, ressalta ainda o seguinte: “Il § 290 HGB fissa nel primo comma la regola generale secondo cui gli amministratori dell’impresa madre sono tenuti a redigere il bilancio consolidato quando <<stehen in einem Konzern die Unternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland>> e l’impresa madre detiene una partecipazione stabile nelle imprese figlie, soggette allá direzione unitária: ma subito dopo i casi in cui è obbligatorio redigere tale bilancio vengono analiticamente individuati facendo riferimento non alla direzione unitária, bensì all’ipotesi in cui una <<Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland>> dispone della maggioranza dei diritto di nominare o revocar ela maggioranza dei membri degli organi amministrativi di una società ed è al tempo stesso socie di tale società; oppure há il diretto di esercitare um’influenza dominante su una società, diritto derivante dalla stipula di um contratto di dominio ovvero riconosciute da una clausola dello statuto della società figlia” (ob. cit., p. 24-25).

⁴⁷⁸ Tradução de António Menezes Cordeiro (**Direito Europeu das Sociedades**, p. 346-347).

da apresentação do balanço consolidado entre as empresas que se enquadrem nos quesitos acima formulados.⁴⁷⁹

E ante esse emaranhado de conceituações entre “direção unitária” e “influência dominante” para a definição da relação existente entre as sociedades participantes dos grupos, Viviane Muller Prado conclui que no direito alemão os grupos se formam mais em razão de uma situação de dependência do que pela existência de uma “direção unitária”.

Já no direito italiano, que em muito se influenciou no direito alemão para tratar da relação havida entre as empresas componentes dos grupos de sociedades⁴⁸⁰, a expressão “direção unitária”, apesar de ser largamente analisada pela doutrina daquele país⁴⁸¹, não foi recepcionada pela legislação italiana. Em seu lugar, há previsão no Código Civil Italiano (como se viu no Capítulo 2, subseção 2.5), de 1942, das expressões “direção” e “coordenação” (“*direzione*” e “*coordinamento*”), como se vê pela redação dada ao artigo 2.497⁴⁸².

Giuliana Scognamiglio, ao tratar do tema, define a “direção unitária” como uma forma organizada de se expressar a relação de controle existente entre as sociedades controladora e controlada.⁴⁸³ É, ainda, uma forma de imposição aos órgãos das sociedades controladas das decisões da sociedade controlante, de modo que o grupo das sociedades controladas seja gerido como se fosse uma só empresa.⁴⁸⁴

Destaca a referida autora, que a “direção unitária”, quando representa a sobreposição da vontade da sociedade controlante em detrimento daquela da controlada, pode significar aquilo que definiu como patologia do fenômeno dos grupos de sociedades.⁴⁸⁵ Trata-se da

⁴⁷⁹ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 122. Sobre a discussão do tema no direito comunitário europeu, Giuliana Scognamiglio (*Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società*, p. 27) sustenta que entre “direção unitária” e “influência dominante”, o conceito vencedor seria esse último: “*Anche nella disciplina comunitaria dei gruppi, dunque, il concetto <<vincente>> sembra quello di influenza dominante, piuttosto che quello di direzione unitaria*”.

⁴⁸⁰ Sobre o tema, ler a obra de Giuliana Scognamiglio, **Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 22-38.

⁴⁸¹ V.g. Giuliana Scognamiglio (ob. cit), Giuseppe Ferri (Concetto di Controllo e di Gruppo), Ilaria Fava (I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria).

⁴⁸² Seu advento ocorreu após a edição do Decreto Legislativo de 17.01.2003, n. 6, e da Lei Delegada 03.10.2001, n. 366. A parte sexta do referido artigo (2.497 sexies), contém a seguinte redação: “*Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359.*”

⁴⁸³ **Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 28. No original, a frase está assim escrita: “*La direzione unitaria viene allora in considerazione come una particolare <<formula organizzativa>> dei rapporti fra controllante e società controllate, come un modo peculiare di atteggiarsi e di organizzarsi del rapporto di controllo*”.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 32.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 34.

hipótese dos grupos centralizados em que a sociedade controlante (“*società capogruppo*”) adota decisões e escolhas que substituem aquelas que seriam tomadas pela sociedade-filha (“*società figlie*”), reduzindo a sua esfera de competência. Essa patologia causada pelo controle retrata exatamente o abalo da autonomia da sociedade controlada de que se está a tratar nesta seção.

Desse modo, a “direção unitária” no direito italiano é uma forma de expressão do controle entre sociedades. Porém, controle (“*controllo*”) e “direção unitária” (“*direzione unitaria*”) não são considerados como conceitos idênticos, principalmente ao se utilizá-los para qualificar a relação existente entre as sociedades componentes de um grupo. O exercício do controle, como, por exemplo, a utilização da prerrogativa de direito de voto majoritário não serve para qualificar a “direção unitária”. Essa representa o exercício “focalizado” e duradouro do controle, pois não se vale apenas das prerrogativas a ele inerentes, mas as utiliza para a organização e à valorização econômica, por meio da coordenação de sinergias etc., comandando sociedades diversas.⁴⁸⁶ Dessa forma, a “direção unitária” é reconhecida no direito italiano como uma forma de direção e coordenação (“*direzione*” e “*coordinamento*”) das sociedades componentes de grupos no direito.⁴⁸⁷

Ainda sob a ótica do direito italiano, é consentânea com a matéria aqui já exposta à distinção promovida por Giuseppe Ferri⁴⁸⁸ entre os conceitos de grupo e de controle, haja vista que a “direção unitária” é uma forma específica da realização do controle que se desenvolve perante os grupos societários ou de empresa⁴⁸⁹.

Ferri, considera que ambos (controle e grupo) são a expressão de um mesmo fenômeno, pois buscam a idéia de unidade na pluralidade que é constatada na realidade sócio-econômica. O controle representa a forma de coordenação exercida por um simples sujeito sobre uma pluralidade de sujeitos juridicamente autônomos e o grupo a ligação de ações que buscam um interesse unitário, mas sem que todos os sujeitos envolvidos sejam reduzidos a uma única unidade⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ **Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 40.

⁴⁸⁷ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 131.

⁴⁸⁸ Concetto di Controllo e di Gruppo. In: **Disciplina Giuridica del Gruppo di Imprese**, p. 67-85.

⁴⁸⁹ Também no direito italiano não há distinção acerca da existência dos grupos apenas perante as sociedades comerciais, sendo admitido, portanto, o grupo de empresas.

⁴⁹⁰ FERRI, Giuseppe. **Concetto di Controllo e di Gruppo**, p. 71. Giuliana Scognamiglio (**Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 79), ao tratar da obra de Giuseppe Ferri sobre o conceito de controle e de grupo sustenta que para o referido autor: “*ciò che caratterizza il gruppo è infatti (...) il coordinamento di più imprese, il perseguimento quindi, da parte di una pluralità di imprese imputate*

Porém, como sustenta o referido autor, nem sempre uma situação de controle representa a ocorrência de um grupo. Se o controle está a indicar a posição de poder de um sujeito sobre a esfera jurídica e econômica de outro sujeito, o grupo busca agregar esses sujeitos autônomos, mas essa nem sempre é a mesma a fonte de poder para esse agrupamento, nem sempre é o mesmo o conteúdo para essa posição e nem sempre é a mesma a disciplina de grupo.

Desse modo, todo grupo pode pressupor a existência do controle, mas nem sempre toda a forma de controle pressupõe a existência de um grupo⁴⁹¹. O controle, portanto, possui um caráter instrumental perante o grupo.⁴⁹²

Pela análise – limitada pelos estritos termos do presente trabalho – feita sobre os institutos do controle (interno e externo), da influência dominante e da direção unitária atuantes sobre as sociedades comerciais integrantes dos grupos societários, pretendeu-se demonstrar como pode ficar estremecida a autonomia da sociedade comercial participante da relação grupal, como se dá com as sociedades controladas (filhas) em razão do domínio exercido pela controlante (mãe) numa relação de subordinação.

Há, porém, um último tema que merece ser analisado nesta parte do presente trabalho e que guarda correlação com aqueles outros já tratados. Trata-se dos conflitos de interesse que possam existir nas sociedades em razão da atuação de um acionista controlador, o qual está vedado, por previsão legal (art. 115, da Lei 6.404/76), a comandá-la objetivando o atingimento de interesses outros que não aqueles por ela própria preconizados, bem como a exercer sua posição de controle de forma abusiva, buscando interesses diversos do da sociedade.

Tal questão ganha relevância e proporção ainda maior ao se deslocar a discussão do conflito de interesses e do abuso do direito de voto do acionista controlador à relação entre sociedades pertencentes a um grupo societário. Nesse caso, vale questionar: poderia uma sociedade controlada ser utilizada pela controlante para o atingimento dos interesses

a soggetti distinti, di finalità e interessi ulteriori rispetto a quelli perseguibili da ciascuna e la cui attuazione deve potersi realizzare anche con preferenza rispetto all'interesse delle singole imprese”.

⁴⁹¹ Acerca da possibilidade de uma situação de controle não decorrer necessariamente uma hipótese de grupo, Giuliana Scognamiglio (**Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, cit., p. 18) traz o seguinte posicionamento: “(...) *così per esempio il controllo di un azionista-persona fisica-non imprenditore su una società non genera un rapporto di gruppo fra imprese per la (...) semplice ragione che il soggetto a cui fa capo il controllo è privo della qualifica di imprenditore*”.

⁴⁹² SCOGNAMIGLIO, Giuliana. **Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**, p. 79.

exclusivos dessa última? Seria o efetivo reconhecimento da perda da autonomia da sociedade controlada, que passa a ser apenas um instrumento da sua controlante?

Esse e outros temas serão tratados na seção seguinte.

Subseção 1.3 – O Conflito de Interesses e o Abuso do Direito de Voto nos Grupos Societários

Nas seções anteriores, demonstrou-se que os grupos societários representam uma forma contemporânea da organização da atividade empresarial, sendo um instrumento para o atingimento de objetivos comerciais de grande escala e que causam grande impacto na esfera econômica mundial⁴⁹³. E a proporção econômica alcançada pelos grupos societários não se deu mediante a utilização da figura da fusão ou da incorporação societária, mas por uma unidade econômica entre sociedades pela qual se pretendeu manter “intacta” a autonomia e a independência jurídica de suas integrantes. Assim, os grupos societários representam, como sustentou Ludwig Raiser⁴⁹⁴, uma “unidade econômica numa diversidade jurídica”.

Desse modo, se há uma unidade econômica frente a uma diversidade jurídica entre os seus componentes, a constituição de um grupo de sociedades pressupõe o atingimento, por todos os seus integrantes, de um único objetivo empresarial ou de variados objetivos que entre si sejam convergentes e de acordo com o interesse do grupo.⁴⁹⁵

Porém, a busca do interesse do grupo se dá mediante o exercício do poder de controle da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas, relação pela qual é possibilitado à controladora fazer com que suas controladas desenvolvam suas atividades de acordo com o seu interesse controlador, o qual nem sempre é convergente ao interesse das controladas.

Há também os grupos societários de coordenação em que as sociedades deles componentes buscam, conjuntamente e sem subordinação, o atingimento de um fim específico e aqueles grupos descentralizados em que apesar de haver uma sociedade controladora, essa

⁴⁹³ A pujança econômica dos grupos societários representa a concretização do receio da doutrina jurídica norte-americana do final do século XIX, a qual se posicionava contrariamente à possibilidade da participação de uma sociedade no capital da outra tendo em vista a possibilidade da formação de conglomerados econômicos que tivessem maiores poderes econômicos do que os próprios Estados nacionais, expressão que restou conhecida como “*States within States*” (sobre o tema, vide Parte I, Capítulo 1, Subseção 3.1)

⁴⁹⁴ *Die Konzernbildung als Gegenstand recht – und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, p. 54. Apud ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedade**, p. 54, nota 48.

⁴⁹⁵ Sobre o interesse do grupo de sociedades, vide *supra*, Parte 1, Capítulo 3, Subseção 1.5.

exerce apenas o comando sobre suas controladas de modo que cada uma delas realize a atividade para a qual fora criada, sem que esteja ligada ou dependente à atividade de outra sociedade do grupo ou a da própria controlante (grupos descentralizados). Trata-se da atividade desenvolvida por uma sociedade *holding pura*, a qual apenas coordena a atuação das diferentes sociedades controladas, sem que a própria controlante desenvolva outra atividade empresarial efetiva que não a sua função de coordenação.

Mas a relação entre as sociedades componentes de um grupo societário não se limita, como se viu, apenas a essas formas de coordenação e de descentralização. Aliás, a forma mais intensa e cujos reflexos são mais notados e característicos da estrutura dos grupos de sociedade é aquela em que há subordinação das sociedades controladas aos interesses preconizados pela controladora centralizada. E a partir do momento em que se admite a formação dos grupos de sociedade em que presente o elemento da subordinação entre as suas componentes ao interesse de uma sociedade centralizada e dominadora, nasce, necessariamente, uma situação de conflituosidade.

Ora, nem sempre o desenvolvimento de uma atividade empresarial onde haja subordinação entre sociedades (controladora sobre controlada) converge com os variados interesses das sociedades componentes de um grupo. Assim o atingimento do interesse preconizado pela sociedade controlante também pode não ser aquele pretendido por uma ou por todas as sociedades controladas. Basta pensar no simples exemplo de um grupo formado por uma sociedade controladora fabricante que tenha dentre suas afiliadas indústrias siderúrgicas que lhe fornecem aço para a fabricação de seus produtos. A controladora se vale da relação grupal mantida com suas controladas para obter preços mais baixos do que aqueles encontrados no mercado para a aquisição de matéria-prima, ao passo que as controladas gostariam vender seu produto a outros compradores, fora da relação grupal, que lhe pagariam melhores preços do que a sua controlada.

Não se pode esquecer que as sociedades anônimas integrantes dos grupos de sociedades⁴⁹⁶ são compostas por uma miríade de acionistas, que representam os mais variados interesses dentro de uma mesma sociedade comercial, o que explica, por exemplo, as inúmeras previsões contidas na Lei Acionária brasileira acerca dos direitos dos acionistas

⁴⁹⁶ Tal afirmativa é feita apenas a título exemplificativo, pois os grupos de sociedade (sejam de fato ou de direito) podem ser compostos por outras formas societárias que não as sociedades anônimas. Sobre os grupos de direito, vale constar que no artigo 265, da Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404/76, não há referência a qual tipo de sociedade que pode compor o grupo.

minoritários.⁴⁹⁷ Ou seja, os interesses existentes dentro de apenas uma sociedade anônima podem ser, e geralmente o são, bastante controvertidos, pois representam as vontades de seus mais variados componentes.

Tal conflituosidade de interesses ganha ainda maior proporção ao se transportar essa discussão àquela mantidas entre as variadas sociedades componentes de um grupo societário de subordinação, as quais, igualmente, possuem seus acionistas com interesses das mais variada ordem. Assim, o grupo de sociedades representa um turbilhão de vontades e de interesses que exponencia ao grau máximo o conflito de interesses que pode existir apenas numa única sociedade anônima.

Desse modo, considerando-se que a Lei das Sociedades Anônimas, n. 6.404/76 admite a formação tanto dos grupos societários de direito ou contratuais como os de fato, vale questionar se as regras previstas em referida lei, instituídas para tutelar os conflitos de interesse dos acionistas com a sociedade anônima, são capazes, também, de solucionar aqueles conflitos havidos entre as sociedades (controladora e controladas) componentes de um mesmo grupo societário.

Tanto não lei acionária, como no Código Civil brasileiro e no Código Comercial de 1850 (parcialmente revogado pela Lei 10.406/2002), o objeto de tutela é a sociedade comercial isolada, independente e autônoma, como se sobre ela não fosse incidente qualquer forma de controle que lhe retirasse sua soberania.⁴⁹⁸

Está no artigo 115, *caput* e parágrafo primeiro da Lei 6.404/76, a regra que tutela o conflito de interesses na sociedade anônima, bem como o exercício abusivo do poder de controle dentro da estrutura da sociedade. Tal artigo prevê que o acionista “deve exercer o direito a voto no interesse da companhia” e define como abusivo o voto exercido “com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagens a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

⁴⁹⁷ Não se considera adequada a comparação feita entre a estrutura e os componentes de uma sociedade anônima aquela das sociedades políticas e dos Estados Nações, pela qual os acionistas seriam os cidadãos, e os órgãos administrativo, deliberador e fiscalizador representariam o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário de um Estado. No entanto, tal comparação serve para demonstrar que podem ser imensamente diversos, assim como o são numa sociedade política, os interesses dos seus componentes.

⁴⁹⁸ Sobre o tema, Viviane Muller Prado (**Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 164) ressalta que: “A regra de conflito de interesse, visando à proteção direta da sociedade isolada e indireta dos acionistas minoritários, encontra pouca efetividade nos grupos empresariais. Tal regra mostra-se excessiva e, ao mesmo tempo, defeituosa ao ser aplicada aos grupos”.

Em seu parágrafo primeiro, define que existe necessária conflituosidade no exercício de direito de voto e impede a sua realização nos casos (i) de deliberação sobre o laudo de avaliação dos bens que o próprio acionista concorrer para a formação do capital social; (ii) de votação da aprovação de suas próprias contas como administrador; (iii) de deliberação sobre questões que possam beneficiar o acionista de forma particular e (iv) de existência da conflito de interesses entre o acionista e a sociedade, sendo que aquele fica obrigado a transferir a essa as vantagens que tiver auferido.

Como se vê, não é prevista pelo legislador, na regra do artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas, a eventual conflituosidade ou o abuso do poder de direito de voto que possa se fazer presente numa relação entre as sociedades (controladas e controladora) componentes de um grupo. Mesmo na regra disposta no artigo 246⁴⁹⁹ de referido diploma legal, que prevê a obrigatoriedade da sociedade controladora reparar os danos causados à companhia por atos praticados por infração aos artigos 116 e 117 de referida lei, não há previsão específica do legislador acerca da regra de conflito de interesses ou de uso abusivo do direito de voto internamente à relação entre sociedades componentes de um grupo.

A ausência de tal previsão específica não significa, porém, a impossibilidade da aplicação da regra de conflito de interesses e de utilização abusiva do direito de voto nas relações mantidas entre as empresas integrantes de um grupo societário. Porém, destaca-se que a regra de conflito de interesses e de uso abusivo do direito de voto foi prevista para tutelar as relações internas havidas na sociedade anônima isoladamente considerada.

No entanto, o alcance da discussão sobre o conflito de interesses e abuso no direito de voto aos grupos societários pode ocorrer na medida em que a redação dada ao artigo 115 da Lei das Sociedades Anônima é aplicável a todo o qualquer acionista, inclusive àquele que exerce o poder de controle sobre a companhia. Assim, considerando-se que nos grupos societários (de fato)⁵⁰⁰ é imprescindível a figura do acionista controlador, representado por uma sociedade⁵⁰¹, conforme dispõe o artigo 243, §2º da lei mencionada, tal sujeito também

⁴⁹⁹ “Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. § 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente. § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.”

⁵⁰⁰ Os quais são o objeto de principal atenção do presente trabalho, pois previsto apenas por regras jurídicas esparsas e de conteúdo mal definido.

⁵⁰¹ No caso, o controlador deve ser uma sociedade comercial, pois no direito brasileiro somente são admitidos grupos de sociedades.

deve se submeter aos preceitos contidos no referido artigo 115. Assim, a interpretação que parece mais adequada ao caso consiste em se admitir que no conceito de acionista controlador está o de sociedade controladora, a ela se aplicando as previsões contidas nos artigos 115, 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas.⁵⁰²

Assim, a aplicação da regra do conflito de interesses aos grupos societários (de fato)⁵⁰³ leva à impossibilidade da sociedade controladora atuar em desacordo com os interesses da sociedade controlada. Tal raciocínio somente deixa de ser paradoxal – pois a própria atuação de um grupo societário centralizado leva a uma subordinação da sociedade controlada aos interesses da sociedade controlante – se for mitigada a própria autonomia da sociedade comercial, assim como o conceito de conflito de interesses perante os grupos societários.

Tal constatação, aliás, é objeto de uma das conclusões alcançadas por Viviane Muller Prado ao tratar do tema do conflito de interesses nos grupos societários:

O exercício do poder de controle de forma a coordenar e dirigir todas as sociedades do grupo encontra limite, portanto, na preservação da sociedade e do desenvolvimento da sua atividade.

Não se nega a dificuldade que este raciocínio apresenta em razão da complexidade da vida empresarial. Entretanto, esta interpretação mitigada da regra de conflito de interesses é um primeiro passo para a consideração do fenômeno grupal pelo sistema acionário brasileiro. É uma solução parcial, pois traz apenas uma válvula de escape para a absoluta independência da sociedade, mas sem considerar completamente a unidade econômica do grupo e a sua organização.⁵⁰⁴

Uma interpretação diferenciada da regra do conflito de interesses se faz necessária perante os grupos, pois se essa for levada à risca não poderia a sociedade controladora se

⁵⁰² Esse é o entendimento defendido por Viviane Muller Prado (**Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 250) a qual sustenta, ainda, que: “em relação à sociedade controladora, o art. 246 apenas estabelece a obrigação de a controladora reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com violação do dever de atuar para realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, bem como de não prejudicar os demais acionistas e a comunidade em que atua (art. 116) e decorrentes do abuso de poder de controle (art. 117). O legislador não se reporta à regra de conflito aposta no art. 115, reforçando apenas a responsabilidade pela não-observância dos deveres enquanto controlador e por abuso do poder de controle. Como acima afirmado, a regra de conflito de interesses ao art. 115, aplicada ao controlador, deve ser interpretada juntamente com o regime jurídico dos deveres e responsabilidades que lhe são impostos. Assim, o controlador não pode exercer o seu direito de voto de forma a causar danos à sociedade nem atuar de maneira a prejudicar os seus interesses”.

⁵⁰³ Nos grupos de direito há previsão específica no artigo 276 da Lei das Sociedades Anônimas acerca do direito de obter o ressarcimento dos prejuízos suportados pelos acionistas minoritários em razão da atuação do grupo em desacordo aos preceitos contidos nos artigos 116 e 117 de referida lei, ou contrariamente às previsões dos termos da convenção grupal.

⁵⁰⁴ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 251.

valer de suas controladas para o alcance do seu objetivo, prática que não encontra obstáculo “moral” perante o mercado e representa o dia-a-dia da atividade empresarial⁵⁰⁵.

Por outro lado, tal mitigação também se faz necessária ao se considerar o quê de fato representa o conflito de interesses perante os grupos societários. Conforme disposto no parágrafo único do artigo 115, da Lei das Sociedades Anônimas, quatro são as hipóteses em que o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral: (i) aquela relativa ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social; (ii) naquela em que ocorra a aprovação de suas contas como administrador; (iii) em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou (iv) na que tiver interesse conflitante com o da companhia.

Nas duas primeiras hipóteses, há critérios objetivos para a definição de benefício ou de influência indevida do acionista na deliberação em assembleia, pois facilmente verificável a hipótese de avaliação dos bens do acionista para a formação do capital social e a da aprovação de suas contas como administrador. Quanto às outras duas previsões acima descritas, não há critério objetivo para a sua verificação, dependendo-se de uma análise acurada dos fatos para se verificar o benefício particular do acionista, bem como o seu interesse conflitante com a companhia.

Para a definição desses dois últimos elementos, Viviane Muller Prado promove relevante incursão à doutrina alemã, italiana e francesa⁵⁰⁶, pelas quais fundamenta que a regra de conflito de interesses e a necessidade da reparação da sociedade controlada pela controladora devem ocorrer quando o dano for efetivamente causado, não bastando a mera

⁵⁰⁵ PRADO, Viviane Muller. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**, p. 251.

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 160-256. Não se pretende delongar na discussão a respeito da doutrina estrangeira a respeito do conflito de interesses, pois o tema é cativante e demandaria extensa discussão e análise, o que não está nos propósitos do presente trabalho. Remete-se, portanto, ao livro de Viviane Muller Prado (**Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**), que foi sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo, na qual muito bem tratou do tema. A título exemplificativo, no entanto, traz-se trecho da obra de Modesto Carvalhosa (**Comentários à Lei das S.A.**, p. 389-390) ao comentar a doutrina estrangeira sobre o tema do conflito de interesses: “No *direito italiano*, a matéria de conflito de interesses, no exercício do voto, está prevista no art. 2.373 do Código Civil, que determina não poder esse direito ser efetivado pelo sócio nas deliberações que ele tenha, por interesse próprio ou de terceiros, conflito com o da sociedade. Se tal ocorrer, impõe-se a abstenção. (...) Não há sanção prevista para o sócio que infringe a proibição. A deliberação, todavia, será impugnável”. Na França, sustenta que o impedimento do exercício do voto se dá em razão da teoria do abuso do direito (*abus du droit*), não podendo o direito de voto ser exercido de maneira discricionária, cabendo à jurisprudência medir a liberdade do voto pela aplicação da própria noção do abuso de direito. No direito alemão, sustenta que há um critério *siu generis*, o de que, “no caso de o voto trazer vantagens para um acionista em detrimento dos demais, não será cabível a anulação da decisão da assembleia, se essa mesma decisão previr uma compensação equitativa pelos prejuízos sofridos pelos demais acionistas”.

possibilidade ou a presunção de sua ocorrência, conforme se vê pelo seguinte trecho de sua obra:

De fato, deve-se entender que somente há conflito quando: determinada deliberação prejudique e seja *danosa* à sociedade controlada, bem como o abuso do poder de controle venha a favorecer outra sociedade em *prejuízo* da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; adote políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem *causar prejuízo* a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores; contrate com a companhia, direta ou indiretamente, em condições de favorecimento ou não-equitativas.⁵⁰⁷

Assim, sustenta a referida autora que é necessário um critério substantivo *a posteriori* e não apenas formal *a priori* para a verificação da ocorrência dos danos a serem ressarcidos num conflito de interesses entre uma sociedade controlada e uma controladora.⁵⁰⁸

Em outras palavras, a aplicação da regra do conflito de interesses, que leve à obrigação de compensação dos danos sofridos pela sociedade controlada numa relação grupal que atenda aos interesses da controlante em detrimento do da controlada, somente é exigível caso os prejuízos sejam efetivamente verificados. Tal conclusão seria por demais lógica se não houvesse entendimentos contrários no sentido de que a constatação de um conflito de interesses exige, apenas, uma análise formal, abstrata e *a priori* do dano do acionista (sociedade comercial) causado pela atuação egoística da sociedade controladora.⁵⁰⁹

Adota-se porém, a posição doutrinária que reconhece a obrigatoriedade da reparação dos danos sofridos pela controladora, em razão da utilização das sociedades componentes de um grupo para o atingimento de seu respectivo interesse, acaso tais danos sejam efetivamente ocorrentes e demonstrados. Tal conclusão se impõe pela trivialidade da ocorrência, no meio

⁵⁰⁷ **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 250-251.

⁵⁰⁸ No livro de referida autora (**Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 160-256), há relevante discussão acerca dos conflitos de interesse e da compensação adequada entre sociedades no direito alemão e italiano. Conclui, que a forma de compensação prevista no artigo 245 da Lei das Sociedades Anônimas, assemelha-se ao disposto nos §§ 311 e 317 da AktG (Lei Acionária Alemã). Quando ao direito italiano, traz as distinções entre as variadas formas possíveis de compensação entre as sociedades controladora e controlada, como a “compensação imediata e pontual dos prejuízos”, “compensação programada ou programável a médio e longo prazo”.

⁵⁰⁹ PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 219. A autora faz referência a dois Inquéritos Administrativos tramitados pela Câmara de Valores Mobiliários, nº CVM RJ 2001/4977 – CTMR Celular S.A. e CVM RJ 2002/1153 – Tele Norte Lesta Participações S.A. No mesmo sentido é o posicionamento de Modesto Carvalhosa (ob. cit., p. 418), ao aduzir que “o exercício ilegal do voto por acionista impedido, portanto, representa um dano potencial à companhia, que enseja, necessariamente, a nulidade da deliberação que dele dependeu. O dano atual ou efetivo não é cogitável para a decretação dessa nulidade”.

empresarial, de situações de conflito de interesses entre sociedades pertencentes a um grupo, sendo que a possibilidade de impugnação de todo e qualquer ato de subordinação da sociedade controlada, sem que essa sofra um prejuízo efetivo, impede o adequado desenvolvimento da atividade empresarial.

De igual forma, pode parecer indevida a anulação de uma deliberação social por conflito de interesse se se considerar apenas a potencialidade do dano que seria sofrido pela controlada, desconsiderando-se os benefícios advindos de sua participação numa relação grupal.

No entanto, não se está a permitir que os grupos de sociedade exerçam sua função mais patológica, que é a completa submissão, subordinação e dependência da controlada pela controladora, mas admite-se que nos grupos societários podem ocorrer atividades comerciais prejudiciais às suas integrantes para o atendimento do interesse do grupo, sendo necessário o ressarcimento do dano que tenha sido efetivamente causado e, além disso, que seja reconhecida a necessidade da manutenção, preservação e desenvolvimento das atividades empresariais realizadas pelas sociedades do grupo⁵¹⁰.

Assim, o que se pretendeu demonstrar ao se enfrentar – nos limites do presente trabalho – o tema do conflito de interesses, é que o conflito interno inerente às sociedades comerciais, principalmente à sociedade anônima, que mais comumente é objeto dos mais variados interesses dos inúmeros acionistas que possa ter, somente é capaz de ser solucionado numa relação mantida entre as suas sociedades componentes se for admitida a mitigação da autonomia da sociedade comercial controlada. Se mantida a rigidez de sua cápsula de autonomia, que impeça uma osmose decisional com sua controladora, a relação grupal somente poderia ocorrer se fundidas todas as suas componentes, num movimento de concentração secundária que já há tempos foi enfraquecido pela prática empresarial para dar lugar justamente aos grupos societários.

Seção 2 – A Pessoa Jurídica (in)Dependente

O enfrentamento da discussão relativa à autonomia da sociedade comercial participante de um grupo de sociedades leva, necessariamente, à análise do instituto da personalidade jurídica frente ao fenômeno grupal. Ora, se se admite o exercício da influência

⁵¹⁰ PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**, p. 251.

de uma sociedade comercial sobre a outra, promovendo aquilo que se definiu como uma relação de dependência das sociedades controladas perante a controladora, estremecendo-se as suas próprias autonomias, vale também questionar quais os reflexos que tal dependência entre sociedades de grupo podem causar sobre a noção de pessoa jurídica.

Não se pretende exaurir, obviamente, a discussão relativa às teorias da pessoa jurídica⁵¹¹, assunto esse por demais extenso, que excede os limites do presente trabalho, e já considerado como um problema do século retrasado⁵¹². Almeja-se, apenas, tratar de alguns elementos necessários à compreensão da distorção causada pelos grupos de sociedade à noção de pessoa jurídica, que leva, dentre outros motivos, aquilo que José Lamartine Corrêa de Oliveira chamou de “dupla crise da pessoa jurídica”.

Subseção 2.1 – As Teorias da Pessoa Jurídica: Uma Breve Passagem

A análise das teorias da pessoa jurídica neste trabalho se presta, apenas e tão somente, para se poder analisar a diversidade das vertentes sobre a qual o tema pode ser considerado, bem como para se compreender como os grupos de sociedade podem representar o reflexo de uma crise de estrutura e de função da pessoa jurídica. A análise ora realizada se funda nos trabalhos de José Lamartine Corrêa de Oliveira⁵¹³, que a estudou profundamente e fez, como ainda faz, de suas obras fontes imprescindíveis para o estudo do tema.

Três são os grandes grupos em que se classificam as doutrinas relativas à pessoa jurídica, as teorias individualistas, as realistas e as normativistas⁵¹⁴. Em cada uma delas encontram-se ainda outras teorias que possuem características específicas, distinguindo-se, em parte, de uma classificação geral.

⁵¹¹ No Brasil: Ernani Guarita Cartaxo (**As pessoas jurídicas em suas origens romanas**. Curitiba: Guaíra, 1943); José Lamartine Corrêa de Oliveira (**Conceito da pessoa jurídica**. Curitiba, 1962 e **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979); Pontes de Miranda (Problema da personalidade jurídica, **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, 43[1]:34), dentre outros. No exterior: Francesco Ferrara (**Teorie delle persone giuridiche**. Napole: Marghieri, 1958); Orlando de Carvalho (**A teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites**. Coimbra, 1970), dentre outros.

⁵¹² Destaca José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 1) que Julius Binder (*Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig, Bechert, 1907, p. 1 e 2) sustentou ser a discussão doutrinária relativa ao conceito e natureza jurídica do instituto da pessoa jurídica um “problema do século passado”. A referência que se faz é ao século XIX, pois feita no início no século XX.

⁵¹³ **O conceito de pessoa jurídica**, 1962. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. 1962 e **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵¹⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O conceito de pessoa jurídica**, 1962. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. 1962, p. 28.

Nas individualistas, nega-se que as realidades coletivas sejam sujeitos de direito, pois dessa prerrogativa somente o homem poderia ser dotado, já que ele é o sujeito de direito por excelência. Destaca-se nessa doutrina o pensamento de Friedrich Karl von Savigny⁵¹⁵, precursor do pensamento da teoria da ficção legal, que considera a existência da pessoa jurídica se dá apenas em razão de uma ficção estabelecida pela lei para que um ente, que não o ser humano, possa ser sujeito de direito⁵¹⁶. A pessoa jurídica, portanto, não teria existência de *per se*, mas seria uma atribuição legal, uma ficção jurídica de uma situação que pertence apenas ao ser humano. Não se pode afirmar, porém, que para Savigny a Lei promoveria a *criação* de uma pessoa jurídica, interpretação errônea que se faz do seu pensamento, pois ele se refere, na realidade, a uma atribuição de uma qualidade a entidades que naturalmente não a teriam, sendo necessária uma ficção para esse fim.⁵¹⁷

Savigny, no entanto, não negava a existência de organizações que agiam juridicamente de maneira similar ao ser humano, como a celebração de contratos, o exercício do direito de propriedade, por exemplo, mas não reconhecia que tais entidades seriam dotadas de vontade própria, sendo sua existência meramente artificial, conjuntural e dependente da vontade dos indivíduos que lhe compõem.⁵¹⁸

E como todas as teorias jurídicas são influenciadas pelos momentos históricos em que se desenvolvem, o pensamento individualista-ficcionista de Savigny refletia o momento de unificação sofrido pela Alemanha no século XIX. Sua teoria, portanto, auxiliava o sentido da unificação, pois buscava reforçar a formação de um poder central, sendo que a existência

⁵¹⁵ Sistema del diritto romano attuale. V. 2, Torino: Unione Tipografico-Edt., 1888. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 623.

⁵¹⁶ Tal teoria é adotada pelo Professor Doutor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, conforme se vê pela seguinte passagem (**Lições de Direito Societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 17): “(...) adota-se a orientação segundo a qual a pessoa jurídica é uma ficção, criada pelo direito para, como já dito, facilitar as relações da vida em sociedade (em comunidade). Trata-se de um instrumento ou mecanismo que o ordenamento jurídico contempla para que seja utilizado na busca de determinados fins que esse mesmo ordenamento chancela”.

⁵¹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Civil, 2006, p. 143.

⁵¹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 138. No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho (**A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 16): “A opção de Savigny pela explicação ficcionista ou normativa da pessoa jurídica justificava-se. A ficção é para ele um meio de afirmar o caráter artificial de tal atribuição, sem negar a realidade própria dos agrupamentos humanos aos quais é atribuída a personalidade jurídica. Savigny nunca negou a *soziale Realität des Verbandes* (realismo social de associação). Acreditava, no entanto, que tal realismo, por ser excessivamente múltiplo, não pertencia ao conceito de pessoa jurídica”.

de organizações não estatais dotadas de capacidade jurídica representariam um obstáculo ao fortalecimento desse poder.⁵¹⁹

Como forma de se responder a algumas das críticas sofridas pela teoria da ficção savignyniana, como, por exemplo, o equivocado pensamento de que Savigny defendia que a pessoa jurídica era uma criação legal, surge a teoria da ficção doutrinária, cujos expoentes foram Rudolf von Ihering⁵²⁰ e Varenille-Sommières⁵²¹. Por tal teoria, defendia-se que a pessoa jurídica não era uma ficção criada apenas pela lei, mas, verdadeiramente, uma ficção doutrinária, pois não cabe ao legislador “tratar das operações do espírito”.⁵²² Com isso, foi possível a desvinculação da pessoa jurídica de sua criação apenas legal, a qual é considerada também como uma criação doutrinária.

Tal teoria teria aberto caminho para a terceira teoria individualista da pessoa jurídica, a do patrimônio de afetação, que considerava ser a pessoa jurídica um patrimônio afetado para a realização de um determinado fim. Os seus teóricos, Brinz⁵²³, Becker⁵²⁴, Planiol⁵²⁵ e Saleilles⁵²⁶, reafirmam o princípio naturalista de que apenas a pessoa humana é sujeito de direitos e obrigações⁵²⁷, mas que, conforme Brinz, ao lado da pessoa humana não haveria uma outra pessoa, mas um patrimônio que ao invés de guardar pertinência com alguém, fixaria sua pertinência a um determinado fim.⁵²⁸

⁵¹⁹ Como sustenta Fábio Konder Comparato (**O poder de controle na sociedade anônima**, p. 287): “a teoria ficcionista de Savigny foi elaborada numa época em que a economia rural procurava libertar-se dos últimos privilégios feudais que a vinculavam, notadamente das corporações de ‘mão-morta’; enquanto a economia comercial se desenbaraçava das remanescentes corporações de artes e ofícios, que entravavam a livre iniciativa empresarial. O Estado nacional era, portanto, naquela fase histórica, o grande protetor das liberdades, contra a opressão provincial e local”.

⁵²⁰ El espíritu del derecho romano. 5. ed. Der Geist des römischen Rechts. Madri: Bailly-Bailliere, t.4. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 619.

⁵²¹ Les personnes morales. 2. tir. Paris: LGDJ, 1919. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 11 e 624.

⁵²² VAREILLES-SOMMIÈRES, Marquis de. Les personnes morales. Paris: LGDJ, 1919, p. 27. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 145.

⁵²³ A. Brinz. **Lehrbuch der Pandekten**, II, 1, Erlangen, 1860. *Apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**, p. 18.

⁵²⁴ Zur Lehre vom Rechtssubjekt in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XII, v. 12, Jena, 1872. *Apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**, p. 18.

⁵²⁵ Traité Élémentaire de Droit Civil. 6. ed. Paris: LGDJ, 1911, t.1. *Apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**, p. 18.

⁵²⁶ De la personnalité juridique. Paris: Lib. Arthur Rousseau, 1922. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 146.

⁵²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**, p. 18. Também José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 11) indica tais autores como expoentes de referida teoria.

⁵²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 146.

Ao lado das teorias individualistas estão as das realidades coletivas, que reconhecem a real existência de organizações diversas da pessoa humana, a quem também deve ser conferida a personalidade jurídica. Dividem-se em teorias realistas voluntaristas e não-voluntaristas ou institucionalistas.

A primeira, que tem como expoente Otto von Gierke⁵²⁹, sustenta que determinados grupos sociais são dotados de uma organização entre seus elementos que possibilita a manifestação de sua vontade de modo análogo ao ser humano⁵³⁰, sendo que tal vontade é própria, ou seja, não é igual à soma de várias vontades autônomas dos indivíduos que dela são componentes.⁵³¹ Por reconhecer essa *organização* de elementos, tal teoria é também reconhecida como realista organicista.

O que releva nesta teoria é a desnecessidade de uma ficção legal ou da própria lei para o reconhecimento da pessoa jurídica aos entes coletivos, pois se admite a sua própria existência. Como sustenta José Lamartine Corrêa de Oliveira acerca dessa teoria:

(...) é a pessoa coletiva um ente orgânico que, por sua vontade coletiva, e pelo seu surgimento historicamente espontâneo, tem realidade própria, e possui capacidade jurídica idêntica à das pessoas individuais. É um todo por sua virtude própria ainda que internamente os membros da coletividade tenham seus próprios direitos e esferas de ação.⁵³²

Já a segunda teoria realista, a não-voluntarista ou institucionalista, admite que a existência da pessoa jurídica dos entes coletivos se dá não porque há um reconhecimento legal de sua existência, mas porque tais entes são instituições existentes por si só e que recebem assim o reconhecimento legal.

Pela doutrina de Maurice Hariou, teórico realista-institucionalista, por exemplo, uma instituição seria constituída mediante três movimentos padrões: a interização (“assimilação da idéia de obra pelas consciências individuais”); incorporação (forma de desenvolvimento de “uma continuidade objetiva da idéia e de sua ação”) e personificação (a qual se dá pela “verificação de um ente que desenvolveria a continuidade da idéia diretiva”).⁵³³ Desse modo,

⁵²⁹ **Associations and law.** Translatio of sections 3-5 issued as v.3 of Das deutsche Genossenschaftsrecht. Trad. George Heiman. Toronto: Toronto Press, 1977. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 146.

⁵³⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 148.

⁵³¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O Conceito de Pessoa Jurídica**, p. 60.

⁵³² *Idem*, p. 61.

⁵³³ “Il fondamento della personalità morale. In: Teoria della istituzione e della fondazione. Milano: Giuffrè, 1967. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 157.

a teoria institucionalista reconhece a personalidade jurídica dos entes coletivos como sendo uma realidade ontológica que recebe reconhecimento pelo legislador⁵³⁴.

Esse, aliás, é o pensamento de José Lamartine Corrêa de Oliveira, que admite a existência da pessoa jurídica em razão de uma analogia desta com a do ser humano, sendo que ambos possuem existências próprias. Porém, ao contrário do ser humano, que tem uma realidade substancial, o referido autor sustenta que a pessoa jurídica tem realidade accidental, o que, porém, não lhe retira a característica de pessoa, assim como o ser humano. Nas palavras do referido autor:

Trata-se, portanto, de uma *pessoa*. Não de uma pessoa fictícia, mas *real*. Não porém substancial. Realidade *idêntica* à pessoa humana? Não. *Análoga*, porém. Semelhante em todos os aspectos menos um, ainda que este seja fundamental. Realidade *análoga*. *Analogia* não é *ficção*. A ficção ‘é uma pequena comédia que se tenta fazer o legislador representar; é um modo de arrumar as coisas quando não as queremos arrumar. Brinca-se de esconder com a realidade: deveríamos constatar o que é; não queremos reconhecê-lo. Então, decidimos supor o *real*, para nos reservarmos o prazer de dizer que o que é não é’. De modo totalmente diverso procede a analogia. ‘Certifica as similitudes de situação, não inventa nada. Confia-se ao real, para salientar o que é comum aos seres que considera e o que os separa sem os opor, de modo a que seu princípio seja o mesmo. A noção de personalidade é uma noção analógica. Apóia-se sobre os caracteres comuns à pessoa humana e ao ser social. Uma e outra diferem pelo valor de ser. Precisamente a noção de ser humano é substancial; mas cada qual, a seu modo, realiza os outros caracteres da personalidade’.⁵³⁵

Como terceira doutrina acerca do conceito de pessoa jurídica estão as teorias normativistas⁵³⁶. Essas, procuram explicar a existência da pessoa jurídica dos entes coletivos pela utilização da norma jurídica. Por esse “normativismo” dessa teoria, faz-se a teoria pura do direito, tendo como seus expoentes, não por menos, Ferrara⁵³⁷, Duguit⁵³⁸ e Kelsen.⁵³⁹ Por tal

⁵³⁴ Miguel Maria de Serpa Lopes (**Curso de Direito Civil**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1989. p. 317) sustenta que “a teoria institucional vê nas pessoas jurídicas organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. Os interesses humanos nem sempre podem ser obtidos pelos indivíduos isoladamente, mas necessitam de uma reunião de homens, ligados por uma ordenada cooperação”.

⁵³⁵ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 17. No mesmo sentido o autor aduz que: “num plano de anterioridade lógica ao Direito estatal, existem os agrupamentos e instituições aptos a serem tratados como pessoas. Na realidade, no plano ontológico, são verdadeiras pessoas, são verdadeiros sujeitos de direitos, embora sua personalidade não seja idêntica mas meramente analógica à do ser humano. Num plano distinto, lógica e cronologicamente posterior, o Estado reconhece, declara realidade que preexiste tal declaração (...)” (Personalidade Jurídica da sociedade irregular. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, ano 10, n. 10, p. 155-156, 1964-1967).

⁵³⁶ Sobre as variadas vertentes e autores que tratam dessa teoria, remete-se ao livro de José Lamartine Corrêa de Oliveira, **O conceito de pessoa jurídica**, p. 69-104.

⁵³⁷ FERRARA, Francisco. Teoría de las Personas Jurídicas. Espanha, Madrid: Reus, 1929. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O conceito de pessoa jurídica**, p. 69.

teoria, busca-se desatrelar o conceito de pessoa de seus significados físico-antropológico e teleológico-filosófico para centrar-se no seu significado jurídico.⁵⁴⁰

No Brasil, considerando-se a vasta amplitude da classificação dessa doutrina, considera-se Pontes de Miranda⁵⁴¹ como um normativista, pois sustenta que é o direito positivo que delinearía os acontecimentos da realidade, sendo que esses, uma vez configurados, representam fatos jurídicos nos quais se busca a eficácia jurídica deles decorrentes, ou seja, “ainda que o direito positivo não crie, por si só, fatos jurídicos, é na regra jurídica que se encontra descrito o suporte fático em sentido abstrato”.⁵⁴²

Dentre as diversas vertentes e teorias acima analisadas acerca do conceito de pessoa jurídica, não se pretende adotar uma delas ou defender o ponto de vista de uma em detrimento do de outra, pois essa não é a premissa do presente trabalho. Busca-se, apenas em razão do tratamento do tema seguinte, relativo à crise de estrutura e de função da pessoa jurídica, nos termos da obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira⁵⁴³, analisar-se as principais teorias, bem como o conceito de pessoa jurídica defendido por referido autor. Esse, trata da perspectiva ontológico-institucionalista do referido instituto, reconhecendo a existência da pessoa jurídica por analogia – não ficção – ao ser humano, tendo em vista que se trata de fenômeno com existência real e independente da do homem, apesar de ser considerada como uma existência accidental e não substancial, conforme tratado anteriormente.

Subseção 2.2 – A Crise de Sistema

A primeira das crises da pessoa jurídica tratada por José Lamartine Corrêa de Oliveira é a *crise de estrutura*, também chamada de *crise de sistema*. Parte da análise do direito alemão para tratar dos problemas causados pela concepção dualista e maximalista do

⁵³⁸ DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 12. ed. Paris: Ancien Librairie, 1925. v. 5. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O conceito de pessoa jurídica**, p. 69.

⁵³⁹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O conceito de pessoa jurídica**, p. 69.

⁵⁴⁰ Esse é o pensamento específico de Francesco Ferrara (*Teorie delle persone giuridiche*. 2. ed. Napoli/Torino: Eugenio Marguieri/Unione Tip Editrice Torino, 1923. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 163.

⁵⁴¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 163.

⁵⁴² *Idem*, p. 167.

⁵⁴³ **Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

direito germânico acerca da concepção da pessoa jurídica. Por maximalista compreende-se a total separação entre a vida jurídico-patrimonial das entidades coletivas e a própria vida de seus associados, apenas sendo conferida personalidade jurídica àquelas entidades em que tal separação esteja evidenciada. Por dualista considera-se a existência no direito alemão de uma entidade “intermediária”, a quem não é conferida personalidade jurídica, mas que recebe tutela pelo direito. Trata-se da chamada *Gesamthand*.⁵⁴⁴

A *crise de sistema* no direito alemão se dá quando algumas entidades, às quais não se confere personalidade jurídica, recebem tratamento jurídico assemelhado àquelas dotadas de subjetividade jurídica, o que leva à discussão acerca da necessidade ou dos efeitos de se promover tal diferenciação entre as entidades dotadas ou não de tal personalidade. Esse é o critério *espacial* dessa crise. Já o *temporal*, refere-se aquele período em que as entidades ainda não se transformaram em sociedades em razão da inocorrência de seu registro perante o órgão público competente. Se o que realmente interessa é a estrutura dessas entidades, o registro passa a ser apenas uma mera formalidade sem importância? No mesmo sentido, como ficariam as relações jurídicas havidas durante o período de sua estruturação e o seu respectivo registro, constituindo-se a sociedade?

São sobre esses aspectos que gira a discussão acerca da crise de estrutura no direito alemão, tratada pelo referido autor, o qual sustenta que na doutrina germânica começavam alguns autores, na época, a inclinar-se por um novo regramento que quase completamente igualasse o tratamento jurídico das associações, regulares ou não, havendo aqueles que se inclinasse pela “adoção (...) do puro e simples sistema da livre formação da corporação, sem necessidade de qualquer formalidade”.⁵⁴⁵

Ao contrário do sistema jurídico alemão, dualista e maximalista, que prega a total separação entre a estrutura jurídica da entidade e os seus indivíduos-membros (sócios, administradores, membro, beneficiários etc.), o sistema francês é monista e minimalista, contentando-se com “um limiar *mínimo* de analogia para a atribuição da personalidade jurídica”, justamente por não deter uma entidade como a *Gesamthand* alemã.⁵⁴⁶ A sua crise de sistema se dá em sentido inverso ao alemão, ou seja, ao invés da dificuldade da atribuição de personalidade jurídica a entidades coletivas e do tratamento assemelhado que essas recebem relativamente àquelas que detêm personalidade jurídica, no direito francês há uma tendência

⁵⁴⁴ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 104.

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 119.

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 169.

desmedida da multiplicação do elenco das pessoas jurídicas, o que leva à necessidade do estabelecimento de barreiras e limites a esse crescimento⁵⁴⁷.

No Brasil, sustenta José Lamartine Corrêa de Oliveira que o nosso sistema jurídico é, assim como o francês, monista e minimalista, havendo uma tendência ampliadora do elenco das pessoas jurídicas⁵⁴⁸. No entanto, o sistema jurídico brasileiro é tipológico no que tange ao reconhecimento da existência das pessoas jurídicas, estabelecendo no artigo 44 do Código Civil de 2002, que são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos. A discussão acerca da taxatividade ou da exemplificatividade do rol previsto por referido artigo é delongada e exige profunda discussão doutrinária a respeito, como se vê pela pretendida personificação das associações em sentido estrito.⁵⁴⁹

O tema da crise de função, ou melhor, de se saber como e a quem conferir personalidade jurídica, está também intimamente ligado aos grupos de sociedade, pois, na medida em que se admite a dependência de uma sociedade a uma outra, como é o típico caso dos grupos centralizados e de subordinação, é de se questionar se ao grupo poderia ser conferida uma personalidade jurídica distinta das suas componentes, tendo em vista que por sua característica econômica, está-se diante de uma verdadeira mega-sociedade ou até de uma “fusão extraordinária” de sociedades.

Esse é o tema que se verá a seguir.

Subseção 2.2.1 – Os Grupos são Dotados de Personalidade Jurídica?

A pergunta que se faz no título desta subseção corresponde ao raciocínio direto que se pode fazer ao se conceber os grupos de sociedade como um conglomerado de sociedades que buscam o atingimento de uma finalidade empresária comum e que, para tanto, recebam uma direção e uma coordenação unitária. Assim compreendido, exerce o grupo de sociedades atividade semelhante a uma única sociedade, na qual as sociedades por ele controladas representariam apenas “departamentos” de uma grande estrutura organizacional. Por esse raciocínio, não seria completamente ilógico pensar acerca da possibilidade de conferir

⁵⁴⁷ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 170.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 201.

⁵⁴⁹ Sobre o tema, ver a obra aqui já referida de Rodrigo Xavier Leonardo, **As associações em sentido estrito no direito privado**, tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da

personalidade jurídica ao grupo de sociedades, pois esse estaria a atuar como se fosse uma pessoa jurídica “individualizada”.

Tal raciocínio até foi cogitado pela doutrina européia⁵⁵⁰ e norte-americana⁵⁵¹ nos primórdios da discussão doutrinária sobre o tema, mas hoje é completamente rejeitado.⁵⁵² A desnecessidade de seu reconhecimento se dá por dois principais motivos. Primeiro, porque se a lei considerar o grupo como uma pessoa jurídica estará, ao invés de reconhecendo-o como uma entidade distinta daquelas pessoas que a compõem, refutando-o ou extinguindo-o completamente. Basta imaginar que a concessão de personalidade jurídica a um grupo, tornando-o uma pessoa individualizada não irá impedi-lo de realizar atividades empresariais com outras sociedades ou, até, com outros grupos, que, por sua vez, também poderia constituir novos grupos de grupos de sociedade e daí por diante. Ou seja, a sua personificação ao invés de lhe dar melhor tratamento jurídico acabaria por lhe representar o seu “homicídio legislativo”.⁵⁵³

Por outro lado, reconhecê-lo como uma pessoa jurídica seria extinguir com aquilo que os grupos de sociedade tem de melhor, que é a sinergia de diversas sociedades para a realização de uma atividade empresária comum, formando um *puzzle* que apenas se consitui com a união de diversas unidades (juridicamente) distintas.

Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

⁵⁵⁰ Dentre aqueles que cogitaram da atribuição de personalidade jurídica ao grupo estão Rudolf von Isay (**Das Recht am Unternehmen**, Berlin, 1910), o qual considerava que a união entre os diversos elementos de uma empresa se dava por um nexo espiritual e que o grupo não apenas deveria ser considerado como um sujeito em si mesmo, como as sociedades dele componentes representariam partes não independentes de mesmo organismo. Acrescenta, ainda, que seria um mero formalismo partir em dois uma empresa unitária que somente por razões externas foi criada em duas formas jurídicas distintas. *Apud* MANOVIL, Rafael Mariano. **Grupos de Sociedades en el derecho comparado**, p. 185. Jean Coulmbel (**Le Particularisme de la Condition des Personnes Morales de Droit Privé**. Diss, Langres, 1950) também defende a possibilidade da personificação do grupo de sociedades. *Apud* ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 155, nota 282.

⁵⁵¹ Adolf Berle (The Teory of Enterprise Entity, In: 47 CLR (1947), 343-358). *Apud* ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupor de Sociedades**, p. 155, nota 282.

⁵⁵² ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 155 e também MANOVIL, Rafael Mariano. **Grupos de Sociedades en el derecho comparado**, p. 185. Sobre o tema, José Miguel Embid Irujo (**Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades**, p. 29-30) destaca que: “*como es sabido, en el grupo hay agregación de sociedades pero no refundición, por lo que, a diferencia de otros procedimientos de concentración empresarial (esencialmente, la fusión), se mantiene la personalidad jurídica de cada sociedad sin añadir una personalidad de segundo grado específica, en su caso, del grupo. (...) Es adecuado reiterar, por ello, que la recta comprensión jurídica del grupo obliga a prescindir de una tipificación rígida, deducida de la idea clásica de subjetividad, para poner en su lugar instrumentos que iluminem la verdadera estructura empresarial del grupo, la cual pasará a ser, de este modo, el elemento sobre el que el legislador vierta la disciplina jurídica conveniente*”. José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 590) também assim se posiciona ao afirmar que “*resulta evidente que os grupos de sociedade não são, nem entre nós, nem nos sistemas estrangeiros, de um modo geral, pessoas jurídicas*”.

⁵⁵³ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 156.

No mesmo sentido, o seu reconhecimento como uma unidade jurídica e não apenas econômica faria com que se colocasse “colete de forças”⁵⁵⁴ e se acorrentassem sociedades que apenas se agrupam para o atendimento de certa e efêmera situação comercial. Ou seja, o agrupamento de sociedades que resulta no grupo é camaleônico, constituindo-se e ajustando-se de acordo com os interesses, perspectivas e tendências inerentes à atividade empresarial que explora.⁵⁵⁵ Assim, a sua individualização jurídica representaria o seu engessamento comercial e extinguiria com a sua flexibilidade organizativa e com os benefícios proporcionados pelas vantagens compensativas que possam ser criadas pelo relacionamento interno das sociedades componentes do grupo.

Desvantajosa, portanto, é a individualização jurídica do grupo de sociedades, merecendo permanecer como “mais um caso de sociedade mercantil regular, sem personalidade jurídica”, nos termos do que sustentou Fábio Konder Comparato logo após a promulgação da Lei das Sociedades Anônimas, n. 6.404/76⁵⁵⁶. Aliás, em nossa Lei Acionária, a possibilidade da individualização jurídica dos grupos resta rechaçada pela redação de seu artigo 266⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 157. Para Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 360), “o grupo constitui (...) uma sociedade, nada importando o reconhecimento, ou não, de sua personalidade jurídica”.

⁵⁵⁵ José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 600), ao tratar do estudo do jurista alemão Rehbinder, informa que esse não admitiu a comparação do *Konzern* (grupo de empresas do direito alemão) à Federação, com o que se solucionaria o problema com o reconhecimento da personalidade jurídica ao grupo em conjunto com a das suas sociedades integrantes, tendo em vista que “no *Konzern*, haveria constante mutabilidade da delimitação entre as esferas de competência do grupo e da sociedade-membro, ao contrário da Federação, em que as esferas de competência são rigidamente delimitadas”.

⁵⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XV, n. 23-1976, p. 98. No entanto, o referido autor, em sua obra **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 290-291, sustenta que: “A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros e prejuízos – encontram-se em todo grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, como propuseram os elaboradores do projeto de regulamento unitário da sociedade anônima européia, que é um grupo personalizado, a relação societária que se estabelece entre as empresas ou sociedades agrupadas implica, necessariamente, uma unidade de direção e uma intercomunicação patrimonial.”

⁵⁵⁷ “Art. 266. As relações entre sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos.” Esse também é o entendimento de Fábio Konder Comparato (Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XV, n. 23, p. 98, 1976).

Subseção 2.3 – A Crise de Função

Ao lado da crise de sistema está a crise de função da pessoa jurídica. Essa representa não a utilização da pessoa jurídica para o atingimento de objetivos inimaginados originalmente pelo ordenamento jurídico. Não se trata de uma ampliação das funções da pessoa jurídica para além de seus fins pensados pelo jurista. Essa crise se refere, na verdade, à utilização da pessoa jurídica para o atingimento de finalidades outras que desvirtuam a própria natureza para a qual fora criada. É o atingimento de objetivos antijurídicos, imorais e contrários aos princípios inerentes ao ordenamento jurídico que a criou⁵⁵⁸, representando, assim a “desnaturação” da sociedade personificada.⁵⁵⁹

Ao tratar do tema, José Lamartine Corrêa de Oliveira, acolhendo o pensamento de Peter Erlinghagen⁵⁶⁰, sustenta que a pessoa jurídica se destina à busca da conciliação entre dois interesses opostos, primeiro o dos seus membros, que desejam um vínculo não tão coeso para que dele possam se desvincular quando de sua vontade e que lhe proporcionem a limitação de seu risco individual, e de outro lado, o interesse na manutenção do ente coletivo, de sua base financeira e mobilidade econômica para que possa atender aos fins permitidos pela ordem jurídica.⁵⁶¹

O referido autor destaca que a melhor forma para a conciliação desses interesses opostos se dá pela chamada “autonomização do grupo”, chamada de *Verselbständigung* no direito alemão⁵⁶², pela qual se outorga ao agrupamento de pessoas autonomia e independência jurídica que permita o atingimento, de forma coletiva, dos objetivos tutelados pelo ordenamento jurídico. E vinculado a esse agrupamento autonomizado está o seu patrimônio, que é igualmente dotado de autonomia dos próprios sujeitos integrantes desse ser coletivo, mas que se vincula a esse novo ente criado. Por isso a noção de responsabilidade patrimonial limitada do ente coletivo está intimamente vinculada à própria existência desse ser juridicamente independente.

Diante de tais pressupostos, a crise de função da pessoa jurídica se delinea na medida em que a autonomia e a independência do ente coletivo se estreamece, como é o caso

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 262.

⁵⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. Tese elaborada para concurso público de provas e títulos de professor titular de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 1985. p. 9.

⁵⁶⁰ Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschluss-Klausel im Aktienrecht, Marburg, 1960, p. 65. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 262.

⁵⁶¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 259-262.

⁵⁶² *Idem*, p. 260-262.

do ente que não se distingue dos seus próprios sujeitos integrantes, contrariando-se o preceito contido no artigo 20 do Código Civil Brasileiro de 1916, o qual dispunha que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, princípio sem o qual não seria compreensível logicamente o instituto da pessoa jurídica.⁵⁶³

Não se adentrando na discussão a respeito da confusão entre os membros e o ente autonomizado, tema que deu origem ao estudo sobre a crise de função da pessoa jurídica, e analisando-a diretamente perante os grupos societários, os que se faz pelos limites estreitos do presente trabalho, destaca-se que os grupos representam um dos focos de maior incidência dessa crise da pessoa jurídica.

Como se viu anteriormente, os grupos se caracterizam por ser uma unidade econômica numa diversidade jurídica, na qual a autonomia das sociedades comerciais que deles são componentes acabam, em alguns casos, por perder essa característica, tendo em vista o domínio sobre elas exercido pela sociedade controladora do grupo.

Assim, como nos grupos centralizados e de subordinação, as sociedades controladas que deles fazem parte, servem de departamentos, ou de instrumentos ao domínio exercido pela sociedade-mãe, que detêm o poder de controle de suas afiliadas. Desse modo, a “autonomização” que justifica a criação da pessoa jurídica de cada uma das filiais do grupo (pela qual se distingue a sociedade dos sujeitos que dela são integrantes na qualidade de detentores de suas partes sociais), perde totalmente o sentido, esvai-se e consome-se pelo comando exercido pela sociedade-mãe.

Ou seja, na medida em que a pessoa jurídica é criada, de acordo com a análise da realidade, como ente análogo acidentalmente ao ser humano, e sendo-lhe conferida a capacidade de sua existência de forma distinta a de seus integrantes, na medida em que perde o sentido o motivo dessa autonomia que lhe dá independência, desaparece, ou melhor, entra em crise, o próprio instituto da pessoa jurídica.

Esse acontecimento é facilmente perceptível nos grupos societários em que ocorra a dominação das sociedades controladas pela sociedade controladora, pois aquelas passam a ser comandadas por essa de modo a que a autonomia que é inerente a cada uma dessas pessoas jurídicas passa a ser ofuscada pelo domínio da sociedade-mãe. As sociedades comandadas tornam-se acéfalas frente ao comando sobre elas exercido, sendo que justamente a sua própria capacidade de comando autônomo que foi a justificativa a própria constituição de sua personalidade jurídica, por isso a sua crise.

⁵⁶³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 261.

No mesmo sentido é a discussão acerca do interesse que passa a ser buscado pela sociedade comandada. Apesar de o ordenamento jurídico lhe conferir uma personalidade jurídica para o atingimento de seus próprios interesses, na medida em que sobre ela é exercido um controle para o atendimento integralmente dos interesses da sociedade controladora, perdem-se a autonomia e o interesse próprio da sociedade comandada.

Tal discussão, porém, não é recente no direito. Seu surgimento se deu desde o período em que se discutia a respeito da possibilidade ou não da participação societária de uma sociedade em outra. Como se pode verificar no início do presente trabalho (Parte 1, Capítulo 1, Seção 2), tanto na doutrina norte-americana quanto inglesa do século XIX, a participação entre sociedades era um fenômeno impensado no *Common Law*⁵⁶⁴, sendo considerada, inclusive como a prática de ato *ultra vires*. O justo motivo a esse impedimento era a possibilidade uma atuação monopolista no mercado e a criação de um ente econômico sem fronteiras econômicas e também nacionais, ao ponto de serem criados os chamados *States within States*⁵⁶⁵, numa referência a entidades com poderio econômico superior a de um próprio Estado Nacional. Tais previsões nada mais são do que a própria realidade da força e do gigantismo dos conglomerados societários verificados no mundo capitalista.

A data de nascimento dos grupos de sociedades e, no mesmo sentido, da própria crise de função da pessoa jurídica relativamente aos grupos se dá, portanto, com a possibilidade da participação interssocietária.

Por outro lado, esta crise traz reflexos diretos ao patrimônio da sociedade, pois a partir do momento em que fica relativizada a própria autonomização jurídica do ser coletivo, o seu patrimônio, que também é autônomo pelo fato de pertencer a esse ente cuja independência está mitigada, acaba por ter sua titularidade imiscuída entre a própria sociedade dominada e os seus integrantes.

Aliás, em sendo exercido o controle integral da sociedade dominante sobre a dominada, essa última passa a ser, apenas, uma massa patrimonial comandada não por seu titular formal, mas pelo ente que sobre ele exerce domínio. Tal fato faz a sociedade comandada aproximar-se à figura jurídica de uma fundação, pois apenas o seu patrimônio releva ao ente que lhe oferece comando e direção.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 30.

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 24.

⁵⁶⁶ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, p. 132, nota 237.

A crise de função representa, portanto, o esmaecimento da distinção entre a personalidade jurídica do ente coletivo criado e a figura das suas pessoas integrantes, contrariando, portanto, o *leit motive* da criação da própria pessoa jurídica, que é a sua autonomia e independência das pessoas que a integram. No mesmo sentido, a crise traz reflexos ao patrimônio da pessoa jurídica, cuja titularidade passa a ser confundida entre o próprio ente coletivo criado e a pessoa de seus componentes.

Como forma de remediar essa crise a jurisprudência passou a adotar a já bastante conhecida teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*“disregard doctrine; “lifting the corporate veil”; “cracking open the corporate shell”, no Direito inglês e norte-americano; “superamento della personalità giuridica”, no Direito italiano; “Durchgriff der juristischen Person, no Direito alemão”; o “levantamento da personalidade coletiva”, no Direito português*), iniciada com o julgamento, em 1897, do caso entre *Salomon v. Salomon & Co.*⁵⁶⁷, na jurisprudência inglesa.

Pela aplicação dessa teoria pretende-se a desconsideração da personalidade jurídica quando verificada uma relação patológica entre o ente coletivo e os sujeitos dela componentes, pela qual são praticadas condutas desconformes ao ordenamento jurídico. Ao se utilizar da personificação para se encobrir o real sujeito praticante de determinada conduta se está contrariando a própria função da pessoa jurídica, que fora criada justamente como ente autônomo à figura dos seus integrantes. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

⁵⁶⁷ Nesse caso, Aaron Salomon, comerciante inglês de couros e calçados, constituiu, em 1892, uma sociedade comercial denominada Salomon & Co. Ltd. juntamente com sua mulher e quatro filhos, a quem foi concebida apenas uma ação para cada qual, permanecendo Salomon com 20.001. Desse total de ações de Salomon, 20.000 foram pagas mediante a integralização do fundo de comércio de propriedade pessoal da Salmoon, que desenvolvia tal atividade como comerciante individual. Como o valor desse fundo de comércio seria maior do que o das 20.000 ações, ficou a sociedade devedora de Salomon, mediante garantia real. Em sendo infrutífera a atividade comercial da sociedade e ingressando essa em insolvência, Aaron Salomon exigiu o pagamento da garantia real a que tinha direito, preferencialmente aos credores quirografários. Instalou-se o litígio entre Salomon e o liquidante, sendo decidido pela *High Court* e, em grau de apelação, pela *Court of Appeal*, que Salomon deveria ele próprio pagar determinada soma aos quirografários, pois a sociedade nada mais era do que um outro nome, um “*aliás*” de Aaron Salomon, ou seja, um agente que agia em seu exclusivo interesse. A decisão, porém, foi reformada pela *House of Lords*, que se utilizou de princípios ortodoxos em matéria de pessoa jurídica, considerando essa autônoma com relação a seu sócio, valendo, portanto, seus direitos perante essa. (José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 456). Eduardo Secchi Munhoz (**Empresa Contemporânea e Direito Societário: poder de controle e grupos de sociedades**, p. 149) faz menção ao caso *Bank of United States v. Deveaux*, de 1809 (citado no livro de M. Wormser, “*Piercing the Veil of Corporate Entity*”, *Columbia Law Review* vol. 496, 1912, p. 49, nota 29), pelo qual o Poder Judiciário norte-americano decidiu pelo reconhecimento da competência do tribunal federal para julgar litígios entre duas empresas, dando nova interpretação à Constituição, que determinava que referido tribunal era competente para julgar conflitos entre pessoas naturais de diferentes Estados e não entre empresas. No caso tal competência foi reconhecida em razão da desconsideração das personalidades jurídicas das sociedades, tendo em vista que o conflito se dava entre pessoas naturais que, para tanto, utilizavam-se de suas empresas.

serve, portanto, para se identificar os casos em que sujeitos se encobrem sobre o manto da pessoa jurídica do ente coletivo, atuando em desconformidade com o ordenamento jurídico.

O enfrentamento dessa teoria, bem como o questionamento de seus limites e possibilidades à aplicação perante os grupos societários serão objeto da seção 3 deste capítulo, a cuja leitura ora se remete.

Subseção 2.4 – O Encontro das Crises nos Grupos Societários

Como se pode perceber pelas subseções anteriores, os grupos societários são focos tanto da crise de estrutura como da crise de função. De estrutura, porque é de se questionar se à figura dos grupos de sociedade é possível conceber-se personalidade jurídica, tendo em vista que esses atuam verdadeiramente como sujeitos econômicos (empresas)⁵⁶⁸, por mais que sejam dotados das mais variadas formas societárias. De função, pois o controle exercido por uma sociedade em outra no mesmo grupo, faz com que a controlada perca a autonomia e independência que lhe é inerente ao ser constituída, passando a exercer apenas a função de mero instrumento ou departamento da sociedade dominadora, refutando-se, assim, a autonomização do ente coletivo.

Ainda quanto a essas duas crises, é de se destacar que essas podem ser verificadas tanto pela perspectiva das sociedades controladas como pela das sociedades controladoras. Por aquelas, constata-se a perda de sua autonomia pelo domínio exercido pela controladora (crise de função), ao passo que por essa (sociedade-mãe) denota-se que a formação de um grupo de sociedades provoca um insuflamento das próprias estruturas da controladora, de sua organização, administração e de suas responsabilidades, constituindo-se, assim, numa sociedade hipertrofiada que atua como se fosse uma pessoa jurídica, mas que assim não é reconhecida pelo direito (crise de estrutura).⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 593) trata do trabalho do suíço Olivier Mach, pelo qual traz a relevância do termo *empresa* ao direito das sociedades europeu. Inicialmente, esse termo era apenas uma “etiqueta cômoda” da definição da atuação econômica de entidades que não detinham personalidade jurídica. Em seguida, analisando o caso da sociedade *Continental Can*, que fora responsabilizada pelas dívidas contraídas pela filial de uma sociedade que por ela era controlada, o que se deu pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, constata que por um exemplo de crise de função da pessoa jurídica chega-se a uma crise de estrutura, pois, no caso em apreço, a responsabilidade conferida ao grupo comandado pela sociedade *Continental Can* se deu por considerá-lo como se fosse um ente dotado de personalidade jurídica.

⁵⁶⁹ Sobre o tema do insuflamento das funções exercidas pela sociedade-mãe (controladora), traz José Engrácia Antunes (**Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na formação e direcção dos Grupos Societários**,

Porém, as duas crises da pessoa jurídica acabam por se encontrar e evidenciam a própria crise de estrutura. Ocorre, que a crise de função identifica uma desfiguração da personalidade jurídica de cada uma das sociedades componentes do grupo, pois essas perdem a sua autonomia e passam a depender e serem comandadas pela sociedade controladora. E isso se faz mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), que atua para remediar situações de abuso de personalidade jurídica. No entanto, no caso dos grupos de sociedade, não se pode afirmar que o exercício do controle interssocietário consista num abuso de personalidade, mormente ante a sua perfeita admissibilidade legal. Assim, o enfrentamento da crise de função leva à própria crise de estrutura, pois se desconsidera a personalidade jurídica de um ente sem que se atribua o comando dos atos por ele praticados a uma outra entidade dotada de personalidade jurídica. A desconsideração nos grupos societários leva a um vácuo jurídico quanto à personalidade jurídica, por isso é evidenciada a crise de estrutura.

Subseção 2.5 – As Novas Crises

As duas hipóteses de crise previstas na obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira, não mais são as únicas crises da pessoa jurídica verificadas pela doutrina. Nas se trata de outras classificações acerca de um mesmo fenômeno, mas de novas hipóteses em que essa crise possa ser verificada.

p. 17-18) as seguintes relevantes ponderações: “Desde logo, a estrutura do grupo é susceptível de provocar alterações significativas na situação jurídico-organizativa e patrimonial da própria *sociedade-mãe*. (...) a transformação de uma sociedade singular isolada na cúpula hierárquica de um grupo mais ou menos vasto de sociedades, mormente mediante a constituição de novas sociedades ou a aquisição de sociedades já existentes, vem originar uma alteração profunda ao nível do sistema legal de distribuição das competências orgânicas no seio daquele ente social, traduzida num virtual insuflamento dos poderes dos respectivos órgãos de administração em detrimento das atribuições próprias da Assembléia Geral dos sócios; além de que, por outro lado agora, tal transformação virá sempre expor a sociedade a importantes encargos financeiros e aumentar substancialmente a esfera do respectivo risco-empresarial, por força das obrigações legais emergentes das relações de coligação intersocietária entretanto criadas (maxime, obrigações de compensação de sócios minoritários das sociedades-filhas, responsabilidade pelas perdas sociais anuais destas, comunicabilidade das dívidas sociais). (...) a substituição pela empresa social de uma estrutura originariamente unissocietária por uma outra de tipo plurissocietário implica sempre um efeito de transferência dos poderes de governo e supervisão do colégio dos sócios para o respectivo órgão de administração, relativamente a todas aquelas partes da empresa global do grupo agora exploradas sob a forma de sociedades-filhas; além de que a centralização dos riscos da exploração empresarial da empresa global junto da sociedade-mãe (decorrente dos excepcionais deveres e responsabilidade em que esta incorre por força do especial regime jurídico regulador das relações intragrupo) sempre implicará, em caso de mau andamento dos negócios das sociedades-filhas, uma mediata mas sensível afectação da situação jurídico-patrimonial dos respectivos sócios (<<maxime>>, do seu direito ao dividendo).”

A realidade tem mostrado a crise que se dá no direito francês, que confere personalidade jurídica a entidades anteriormente não personificadas, como é o caso das sociedades unipessoais.⁵⁷⁰ Ou seja, surge uma nova crise de estrutura ao se conceber personalidade a entes talvez não dotados de requisitos necessários à personalização, ampliando-se, excessivamente, as espécies de pessoas jurídicas.

Por outro lado, para que ocorra a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, que é o ambiente da crise de função, não mais se apresenta como requisito indispensável a verificação do abuso de personalidade, com o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do artigo 50, do Código Civil brasileiro. A redação dada ao artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90 prevê, por exemplo, que “poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

No caso, não remete a redação do referido artigo a qualquer configuração de abuso, fraude ou confusão para que se desconside a personalidade jurídica. Admite-se que tal desconconsideração se dê *a priori* e de forma constante naqueles casos em que a pessoa jurídica seja considerada como obstáculo ao ressarcimento dos consumidores.⁵⁷¹ Na jurisprudência nacional, essa forma de desconconsideração é chamada de “teoria da menor desconconsideração da personalidade jurídica”.⁵⁷²

Em sentido idêntico é a redação do artigo 4º da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes e Sanções Ambientais), a qual prevê que “poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Semelhante também é a redação do parágrafo segundo, do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (Decreto-Lei 5.452/1943) que prevê o seguinte:

Art. 2º (...)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

⁵⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**, p. 179.

⁵⁷¹ *Idem*, p. 178.

⁵⁷² Sobre o tema, verificar o teor do Recurso Especial 279.273/SP (Ministro Ari Pargendler. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 04.12.2003. Publicação em 29.03.2004).

Por fim, destaca-se a previsão contida no artigo 135, do Código Tributário Nacional, cuja redação é a seguinte:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, são variadas as novas crises atribuídas à pessoa jurídica, representando interessante elemento de estudo ao jurista, especialmente quanto ao tema dos grupos de sociedades, que podem ser sujeitos de discussões consumeristas, ambientais e trabalhistas, tornando-se viva, como se viu, uma discussão tida como solucionada no início do século XIX.⁵⁷³

Seção 3 – A Responsabilidade Limitada e os Grupos Societários

No início do presente trabalho (Parte I, Capítulo 1 e Seção 2), tratou-se dos principais elementos formadores das sociedades comerciais, vistos por sua teoria tradicional. Além da autonomia e independência jurídica, a responsabilidade limitada corresponde a um desses pressupostos inerentes à noção tradicional de sociedade comercial, como se dá com as sociedades limitada e anônima.

Tal pressuposto surge conjuntamente ao próprio desenvolvimento das sociedades comerciais com as companhias coloniais, como a Companhia das Índias Orientais, de 1600, e da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, de 1602. Já naquela época, a limitação da responsabilidade se fazia presente, sob pena da inviabilização das próprias empreitadas ultramarinas em que se aventuravam os navegadores. Como o risco de insucesso sempre esteve inerente à própria realização de uma atividade comercial, a limitação exercia a função de instigar e de resguardar aqueles que se destinam a desempenhar a atividade empresarial. Funcionava como mola propulsora do desenvolvimento empresarial, pois estipula parâmetros

⁵⁷³ Conforme menção feita anteriormente sobre a citação feita por José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, p. 2) sobre a afirmação de Julius Binder de que a polêmica sobre a pessoa jurídica é um “problema do século passado”.

prévios pelos quais possam vir a ser responsabilizados aqueles que se destinam à atividade empresária.⁵⁷⁴

Porém, a limitação da responsabilidade depende, no direito brasileiro, da personalização jurídica do ente coletivo⁵⁷⁵. Se essa não se fizer presente, é ilimitada a responsabilidade dos integrantes da sociedade constituída, como é o caso, no direito brasileiro, da sociedade comum⁵⁷⁶ e da sociedade em conta de participação⁵⁷⁷.

Conseqüentemente, em sendo praticados atos desconformes com o ordenamento jurídico, mediante o abuso da personalidade jurídica, em situações de desvio de finalidade e confusão patrimonial, incide a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, inicialmente prevista apenas pela jurisprudência, mas que agora faz parte da disciplina legal das pessoas jurídicas, conforme se viu pelas duas subseções anteriores.

Desconsiderando-se a personalidade jurídica, esvai-se a noção de limitação da responsabilidade dos integrantes da sociedade comercial, pois a pessoa jurídica foi utilizada em desconformidade com o direito e em desrespeito ao princípio básico da autonomização do ente coletivo em relação aos seus integrantes.

A discussão do tema, porém, ganha contornos distintos quando essa se desloca da análise tradicional da sociedade comercial. Diz-se tradicional porque disciplina o regramento das sociedades comerciais dotadas de autonomia e independência jurídica, sendo isenta de qualquer controle, domínio ou influência externa⁵⁷⁸. Diferentemente é o trato do assunto quando se está diante dos grupos de sociedade, como nos centralizados e dotados de

⁵⁷⁴ No caso das sociedades limitadas, no direito brasileiro, os sócios são responsáveis nos limites do valor de suas quotas sociais (Código Civil de 2002, art. 1.052: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital”). Já nas sociedades anônimas, os sócios respondem apenas pelo preço das ações que subscrever ou adquirir (nos termos do artigo 1.088, do Código Civil de 2002: “Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir”).

⁵⁷⁵ Tal afirmação é válida às sociedades limitada e anônima, haja vista que às sociedades simples (art. 1.023, do Código Civil de 2002), em nome coletivo (art. 1.039, do Código Civil de 2002) e comandita simples (art. 1.045, do Código Civil de 2002), mesmo com suas personalidades jurídicas, podem os sócios responderem ilimitadamente pelas obrigações contraídas pela sociedade.

⁵⁷⁶ Código Civil, art. 990: “Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto pelo art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

⁵⁷⁷ Código Civil, art. 991: “Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”.

⁵⁷⁸ Como já se afirmou anteriormente, considera-se sociedade comercial tradicional para os fins do presente trabalho, as sociedades limitada e anônima, dotadas de independência jurídica, autonomia e responsabilidade limitada, nos termos da Parte 1, Capítulo 1, Seção 2.

subordinação, em que estabelecida uma relação de controle e de dependência pela sociedade-mãe sobre as suas sociedades-filhas. Nesse caso, a tradicional limitação da responsabilidade na sociedade comercial fica estremecida e relativizada, pois não se verificam os mesmos substratos à sua regular aplicação.

Afinal, uma sociedade-filha, dependente e controlada por uma sociedade-mãe é limitadamente responsável pelas obrigações que contrair a mando de sua controladora? Tais responsabilidades poderão ser erigidas frente à sociedade-mãe em razão dessa ter se utilizado de sua controlada para o atingimento de seus próprios interesses? Trata-se de se aplicar, nesses casos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica perante os grupos de sociedades para que se alcance a responsabilização da sociedade controladora? A sociedade controladora é sempre responsável pelos débitos de sua sociedade controlada nas hipóteses em que essa última seja utilizada para o atingimento dos fins do grupo societário?

A resposta a tais questionamentos é o que se pretende alcançar nas próximas páginas.

Subseção 3.1 – A Responsabilidade nos Grupos Societários

Tratar da responsabilidade nos grupos de sociedade significa adentrar numa área tormentosa e pouco estudada no direito societário e que exige do jurista o enfrentamento de conceitos que ainda não se deram por ultrapassados pela teoria tradicional. Dessa discussão não se extrairá uma resposta definitiva sobre o tema, mas se espera que este estudo auxilie num *pensar* do direito dos grupos societários e da responsabilidade nos grupos.

A perplexidade do tema da responsabilidade se acentua a partir do momento em que se verifica que as respostas apresentadas pela teoria tradicional ao tema da responsabilidade não são capazes de lidar com a complexidade dos grupos. Por isso, é necessário se desfocar de alguns conceitos fundamentais para que então se possa visualizar um caminho à definição da responsabilidade nos grupos.

Um desses conceitos ou paradigmas fundamentais é o da aplicação do binômio poder/responsabilidade para a justificação da responsabilidade limitada nas sociedades comerciais, principalmente nas sociedades anônimas. Como já se pode demonstrar anteriormente (Seção 2, Capítulo 1, Parte 1), é limitada a responsabilidade do simples acionista da companhia, pois esse não exerce qualquer poder de direção da sociedade, tendo apenas a função de investidor para o desenvolvimento da atividade comercial escolhida. Se

não tem o poder de comandar a sociedade, não lhe pode ser atribuída responsabilidade pelos atos que por ela venham a ser praticados. Ora, “se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada (...), então também, negativamente, a *um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada*”⁵⁷⁹.

O mesmo enquadramento ofertado ao acionista deve ser dado ao sócio quotista da sociedade limitada, que também não deve responder pelos erros cometidos pelo administrador da sociedade, haja vista que não lhe foi oportunizado o exercício do comando da atividade empresarial explorada. Mesmo no caso dos administradores dessas sociedades (limitada ou anônima), esses somente vêm a responder ilimitadamente caso venham a praticar atos, dolosa ou culposamente, em desconformidade com a lei ou com o ato de constituição da sociedade, como prevêem o art. 1.016, do Código Civil brasileiro e o art. 158, da Lei 6.404/76. No caso das sociedades anônimas, também responde ilimitadamente o acionista controlador pelos danos causados em razão do abuso do seu poder de controle (art. 116, da Lei 6.404/76).

A limitação da responsabilidade corresponde, primeiro, à lógica simples do binômio poder/responsabilidade e, por outro lado, como forma de incentivo ao exercício da arriscada atividade empresarial, fato esse que se verifica desde as aventuras ultramarinas do século XVII. Assim, limita-se a responsabilidade dos integrantes da sociedade comercial para fomentar o desenvolvimento empresarial, mas, porém, estabelece-se, de antemão, quais os parâmetros para a sua responsabilidade no caso do insucesso no comando da atividade exercida.⁵⁸⁰

No caso de excesso ou de abuso de direito, onde se verifique a prática de atos desconformes ao direito, nos quais verificada a chamada *crise de função* da pessoa jurídica, a personificação jurídica é desconsiderada e os integrantes da sociedade respondem ilimitada e pessoalmente, como se não existisse o ente coletivo criado.

Mas a partir do momento em que o objeto de análise deixa de ser a sociedade comercial individualizada, isolada, autônoma e independente, e passa a ser um grupo de sociedades no qual verificada uma relação de subordinação entre sociedades e de centralização do poder de comando por uma sociedade principal, a discussão a respeito da limitação da responsabilidade se desloca do seu “habitat natural”.

⁵⁷⁹ ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*, p. 34.

⁵⁸⁰ No caso da sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é limitada às quotas sociais por eles integralizadas, e nas sociedades anônimas, a responsabilidade limita-se ao valor das ações adquiridas como forma de investimento ao desenvolvimento da atividade empresarial escolhida.

A discussão torna-se ainda mais relevante a partir do momento em que a sociedade anônima, inicialmente pensada como um ente a ser administrado por seus próprios integrantes, passa a ser comandada por administradores profissionais, ocorrendo aquilo que Berle e Means chamaram de separação da propriedade e o seu controle. Quem administra não é mais o proprietário do capital, mas aquele que assim é contratado para fazê-lo.⁵⁸¹

Porém, o que causa uma drástica repercussão na discussão sobre a limitação da responsabilidade não é apenas a separação da propriedade de seu controle, mas é a sua ocorrência de forma exponenciada, como resultado da própria estruturação do grupo de sociedades, que leva à perda da autonomia organizacional, patrimonial e jurídica das sociedades que o compõem.⁵⁸²

Como já se teve a oportunidade de se verificar anteriormente (Parte 3, Capítulo 1, Seção 3), a partir do momento em que se estabelece uma relação de grupo entre sociedades – , mais especialmente num grupo de fato, nos termos do artigo 243, § 2º, da Lei 6.404/76, dotado de centralização e subordinação entre seus entes – diversas sociedades autônomas, independentes juridicamente e com uma estrutura organizacional própria são reunidas para formar um ente de natureza econômica destinado ao atendimento dos objetivos preconizados pela sociedade dominante. Trata-se da já repetidas vezes mencionada “unidade econômica numa diversidade jurídica”.

As sociedades dominadas servem, portanto, como instrumentos para o atendimento do fim colimado por sua dominante, atuando como se dela fossem meras prepostas. Integrando uma estrutura de grupo, cada uma das sociedades dominadas, apesar de não mais serem dotadas de autonomia decisional, pois atendem aos comandos da dominadora, não perdem, formalmente, suas independências jurídicas e consequentemente, mantém suas responsabilidades limitadas, isso sob a ótica da teoria tradicional do direito societário.⁵⁸³

Ora, além de prepostas, não passam as sociedades dominadas de mera massa patrimonial, assemelhando-se à figura jurídica de uma fundação⁵⁸⁴, pois seus bens passam a

⁵⁸¹ No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 05): “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”.

⁵⁸² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 215.

⁵⁸³ Sobre o tema, sustenta José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 591), que “no caso da sociedade controlada, da subsidiária integral ou da sociedade integrada em grupo, essa separação, no plano da vida, da esfera de interesses e do quadro patrimonial, fica totalmente alterada: há outra pessoa jurídica que passa a ter poder de direção da vida da entidade, cujos interesses passam a sobrepujar, no momento da decisão, os da entidade filiada. Reconhecendo a licitude de tal situação, os ordenamentos jurídicos procuram resguardar, ao menos, a integridade patrimonial da sociedade integrada no grupo (fático ou de Direito), em benefício de seus acionistas minoritários e de seus credores”.

⁵⁸⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, p. 132, nota 237.

ser distribuídos segundo o princípio dos vasos comunicantes⁵⁸⁵, pelo qual o esvaziamento ou o preenchimento patrimonial das sociedades controladas dependem apenas da estratégia de atuação do grupo.

Assim, o patrimônio da sociedade dominada deixa de representar um dos fundamentos da limitação da responsabilidade das pessoas que dela são integrantes, pois, por uma simples decisão de sua controladora, podem seus bens ser transferidos de uma para outra sociedade dominada, à própria dominante ou, simplesmente, ser vendido no mercado.

Na relação de grupo de sociedades, relativiza-se a correlação entre personalidade jurídica, patrimônio e limitação da responsabilidade, pois pode o ente coletivo, a qualquer tempo, ser destituído de seu patrimônio pelo comando da sociedade dominante, deixando tais bens de corresponderem a um dos fundamentos da limitação de responsabilidade que é a autonomia patrimonial do ente coletivo relativamente ao das suas pessoas integrantes.

Por outro lado, em razão do controle exercido pela dominadora, a sociedade dominada passa a exercer a função de escudo protetor da sociedade mãe, que se utiliza de suas filhas para que essas respondam pelos riscos das atividades empresariais desejadas pela controladora do grupo. A manutenção da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade das sociedades controladas serve de barreira ao atingimento do verdadeiro comandante da atividade empresarial. Torna-se, assim, a sociedade controladora imune aos riscos da atividade por ela comandada, exercendo um “direito à irresponsabilidade”⁵⁸⁶, pois blindada pelo patrimônio e independência jurídica de suas afiliadas⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 215.

⁵⁸⁶ Sobre o “abuso”, pelo grupo societário, da limitação da responsabilidade das sociedades controladas, traz Francesco Galgano I gruppi nella riforma delle società di capitali. In: **Contrato e impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 2002. p. 1.017) os seguintes ensinamentos: “*Il primo dei vantaggi che conseguono deriva dalla distinta soggettività giuridica delle società operanti sotto il controllo della holding. In linea di principio, questa è terza rispetto ai rapporti giuridici che le società controllate abbiano posto in essere: sicché coloro che abbiano acquistato ragioni di credito nei loro confronti non hanno titolo per invocare la responsabilità patrimoniale della capogruppo. Da questo punto di vista si può dire che l’organizzazione dell’impresa nelle forme del gruppo di vista si può dire che l’organizzazione dell’impresa nella forme del gruppo di società si colloca in rapporto di continuità storica con il conseguimento del beneficio della responsabilità limitata: questa consente di tenere indenne il patrimonio personale dell’imprenditore dai rischi dell’attività imprenditoriale; il gruppo di società consente di fruire più intensamente del beneficio della responsabilità limitata, attua la cosiddetta diversificazione dei rischi, perché rende fra loro separati i rischi relativi ai vari settori imprenditoriali, impedendo che le avverse vicende di un settore si comunichino al patrimonio destinato agli altri settori o al patrimonio della holding.*”

⁵⁸⁷ Sobre o tema da blindagem do grupo de sociedades, verificar o teor da obra de Paulo Lopes Marcelo (“**A Blindagem da Empresa Plurissocietária**”, p. 20), que traz informações do direito português acerca de se blindar estatutos de empresas “na tentativa de dificultar possíveis ataques de intrusos indesejados e de tomar o mais duradouro possível o poder de gestão. Na impossibilidade de evitar de modo absoluto a entrada de estranhos na sociedade anônima, procura-se limitar juridicamente o poder que estes possam vir a obter

Desse modo, os grupos de sociedades⁵⁸⁸ desviam a lógica simples do binômio poder/responsabilidade, pois quem detém o poder de comando está isento de responsabilidade e essa é assumida pelas sociedades controladas do grupo⁵⁸⁹. Assim, os fundamentos pelos quais se sustenta o “privilégio”⁵⁹⁰ da limitação da responsabilidade da sociedade comercial é relativizado perante os grupos societários, considerando-se a análise tradicional do direito das sociedades.

Dentro ainda da análise do binômio poder/responsabilidade nos grupos societários, verifica-se que as estruturas de comando das sociedades controladas acabam por ser desfiguradas, pois passam suas assembleias ordinárias a serem apenas mero ato de formalidade legal, tendo em vista o exposto cumprimento das orientações da sociedades comandante.⁵⁹¹ Ocorre a transferência dos “poderes de governo e supervisão do colégio de sócios” das sociedades-filhas para a sociedade-mãe, o que leva ao insuflamento de poderes do

adquirindo ações no mercado”. Busca o autor apresentar sugestões para garantir a empresa plurissocietária de ataques especulativos no mercado de ações.

⁵⁸⁸ De subordinação e de centralização, os quais são os principais objeto de análise neste trabalho, dentre as variadas formas que podem tomar os grupos societários.

⁵⁸⁹ Francesco Galgano (I gruppi nella riforma delle società di capitali. In: **Contrato e impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 2002. p. 1.017), sustenta que o surgimento dos grupos de sociedade se deu como forma da sociedade controlante usufruir de uma verdadeira limitação de responsabilidade, ao aduzir que: “*Da questo punto di vista si può dire che l’organizzazione dell’impresa nelle forme del gruppo di società si colloca in rapporto di continuità storica con il conseguimento del beneficio della responsabilità limitata: questa consente di tenere indenne il patrimonio personale dell’imprenditore dai rischi dell’attività imprenditoriale; il gruppo di società consente di fruire più intensamente del beneficio della responsabilità limitata, attua la cosiddetta diversificazione dei rischi, perché rende fra loro separati i rischi relativi ai vari settori imprenditoriali, impedendo che le avverse vicende di un settore si comunichino al patrimonio destinato agli altri settori o al patrimonio della holding.*”

⁵⁹⁰ A limitação da responsabilidade era assim reconhecida (como um privilégio) quando do início de sua previsão legal, o que, porém, deixou de ser assim considerado para ser compreendido como elemento indispensável ao desenvolvimento comercial. Nesse sentido, Tullio Ascarelli (**Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 322-323) sustenta que: “o princípio da responsabilidade limitada apresenta-se, entretanto, como excepcional, em face dos princípios jurídicos gerais. (...) na sua origem histórica, a responsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um ‘privilégio’, que, por isso, pode ser baseado tão-somente num ato legislativo especial, que derogue o direito comum. De outro lado, já lembramos, a função econômica da sociedade anônima não pode ser preenchida, a não ser se reconhecida a responsabilidade limitada dos sócios; a difusão das sociedades anônimas prendeu-se, justamente, ao reconhecimento da possibilidade de constituir uma sociedade anônima, independentemente de um ato legislativo especial em cada caso concreto, em consequência da generalização, no século XIX, das exigências econômicas decorrentes da revolução industrial. Afinal a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que os sócios possam exercer o comércio com responsabilidade limitada; a responsabilidade limitada e a constituição do patrimônio separado, por seu turno, equivalem, afinal, quase que a um privilégio dos credores sociais sobre os bens da sociedade, perdendo a possibilidade de executar os bens particulares do sócio. É por isso natural que a constituição do patrimônio separado e a responsabilidade limitada assentem num sistema de publicidade.”

⁵⁹¹ MUNHOZ, Eduardo. **A desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades**, p. 43.

seu órgão de administração.⁵⁹² Os grupos levam à ruptura do modelo clássico de estrutura de organização e das sociedades comerciais.

No mesmo sentido, essa administração externa das sociedades-filhas feita pela sociedade-mãe altera a própria noção de interesse social⁵⁹³, pois a sociedade comandada não mais passa a atuar em busca de seu interesse, mas sim no alcance daquele interesse preconizado pela sociedade-mãe, o que torna paradoxal o trabalho exercido pelos administradores da sociedade controlada, que podem responder por perdas e danos caso favoreçam outra sociedade que não aquela que administram, conforme dispõe o artigo 245, da Lei 6.404/76.

Diante de tal cenário, a primeira solução que se poderia apresentar para a solução desse descompasso entre o direito e a realidade seria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pois a relação grupal estaria desvirtuando a função para a qual a pessoa jurídica foi criada. Haveria um abuso de personalidade jurídica exercido pela sociedade controlante sobre as sociedades controladas, cujo remédio jurídico a essa patologia seria a desconsideração das personalidades jurídicas dessas últimas para se alcançar a da sociedade controladora, real responsável pelos atos praticados.

Porém, como se verá a seguir, não é a teoria tradicional da desconsideração da personalidade jurídica ou até a própria aplicação dessa teoria que será capaz de lidar com o problema da “irresponsabilidade” criado pelos grupos de sociedade.

Subseção 3.2.1 – A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos Societários

Não se pretende discorrer acerca de cada uma das teorias da desconsideração da personalidade jurídica e nem se debruçar acerca das calorosas discussões acerca da sua natureza jurídica, da sua extensão e dois mais variados campos de sua abrangência, pois esse estudo, além de exceder aos estreitos limites do presente trabalho, já foi realizado com afínco por doutrinadores de renome nacional e do magistério jurídico paranaense, como José Lamartine Corrêa de Oliveira⁵⁹⁴, Rubens Requião⁵⁹⁵, João Casillo⁵⁹⁶ e Marçal Justen Filho.⁵⁹⁷

⁵⁹² ANTUNES, José Engrácia. **Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários**, p. 17.

⁵⁹³ Tema tratado na Parte 1, Capítulo 3, Subseção 1.5.

⁵⁹⁴ **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 294-558.

Dessas obras, colhem-se apenas as principais lições e classificações para se analisar, adiante, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica frente o fenômeno dos grupos societários.

José Lamartine Corrêa de Oliveira, cuja obra teve maior relevo nacional e internacional, analisou o tema da desconsideração da personalidade jurídica ao tratar da crise de função do ente coletivo. Adotou como base para seus estudos a doutrina alemã, do século XX, pois apesar da desconsideração ter sido inicialmente tratada pelos norte-americanos e também em vanguarda pelos ingleses, donde surgiram os termos “*disregard of legal entity*” e “*lifting the corporate veil*” e onde foi julgado o célebre caso *Salomon vs. Salomon & Co*⁵⁹⁸, foi no direito alemão que o tema recebeu o seu melhor desenvolvimento doutrinário.

Assim como João Casillo, Lamartine também tratou do tema em variados países europeus⁵⁹⁹, na Argentina e ao final no Brasil, destacando alguns casos da jurisprudência nacional, ao passo que Marçal Justen Filho tratou do conceito, natureza jurídica, extensão e hipóteses da ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, como no direito do trabalho, no tributário e comercial, sendo Rubens Requião o primeiro a tratar do tema no Brasil, em 1969, ao escrever sobre o abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.

Mas é na obra de Lamartine que o tema se apresenta mais amplamente trabalhado, principalmente por desembocar na dificultosa questão dos grupos de sociedades, que representam, como se viu (Parte 3, Capítulo 1, Subseções 2.2 e 2.3), o encontro das crises de estrutura e de função da pessoa jurídica. É na obra desse autor que se tem a linha mestra do tratamento da desconsideração da personalidade jurídica neste trabalho.

Dentre os autores por ele analisados, destacam-se Rolf Serick⁶⁰⁰ e Müller-Freienfels⁶⁰¹, responsáveis pelas teorias subjetiva e objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

⁵⁹⁵ Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 58, v. 410, dez. 1969.

⁵⁹⁶ Desconsideração da Pessoa Jurídica. **Revista dos Tribunais**, n. 528, p. 24-40, 1979.

⁵⁹⁷ **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. Tese elaborada para concurso público de provas e títulos de professor titular de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1985.

⁵⁹⁸ Vide Parte 3, Capítulo 1, Subseção 2.3.

⁵⁹⁹ Como a Grã-Bretanha, a França, a Itália, a Suíça, a Espanha e Portugal. Já João Casillo tratou do tema no Direito norte-americano, inglês, alemão, italiano, francês, suíço, argentino e brasileiro.

⁶⁰⁰ Rechtsform und Realität juristischer Personen. Berlin-Tübingen, De Gruyter-Mohr, 1955. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 295 e 623.

⁶⁰¹ Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatecht. In: *Archiv für die civilistische Praxis (ACP)*, n. 156. Tübingen, Mohr (Siebeck, 1957). *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 295 e 621.

A primeira, também chamada de unitarista por sua visão unívoca de pessoa jurídica, sem que se distinguíssem as diversos tipos dos entes dotados de personalidade jurídica (sociedade anônima, em nome coletivo, limitada etc.), para fins de aplicação da aludida teoria, dispunha que a desconsideração somente poderia ocorrer em hipóteses excepcionalíssimas em que restasse comprovado o abuso de direito, dolosa ou culposamente exercido pelo agente que pretendesse se valer da personalidade coletiva para o alcance de resultados contrários à boa-fé e à equidade.⁶⁰²

Pelo que Serick denominou de “*durchgriff lei Juristischen Person*”⁶⁰³, pode o juiz desconsiderar a personalidade jurídica nos casos em que se esteja diante de um abuso de direito praticado mediante o ente coletivo⁶⁰⁴. O elemento subjetivo (*subjektiver Rechtsmissbrauch*)⁶⁰⁵ é relevante nessa teoria, pois a desconsideração somente pode ocorrer quando o abuso de direito praticado tenha caráter volitivo ou praticado com culpa. António Menezes Cordeiro⁶⁰⁶, sustenta que “na fórmula de Serick, o levantamento exigiria um *abuso consciente* da pessoa colectiva, não bastando, em princípio, a não obtenção do escopo objectivo duma norma ou dum negócio”. No Brasil, Rubens Requião adotou o caráter subjetivista dessa teoria, reconhecendo a necessidade dos referidos elementos volitivos para que seja a personalidade jurídica desconsiderada.⁶⁰⁷

⁶⁰² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **A desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades**, p. 28. Como salienta José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 608), a grande e meritória intuição do trabalho de Rolf Serick foi a da “necessidade de maior atenção ao elemento ético na análise e interpretação do Direito”, pelo que se justifica “a crescente importância atribuída por diplomas legislativos recentes ao princípio da *boa-fé* e à prevenção do *abuso de direito*”.

⁶⁰³ CASILLO, João. Desconsideração da Pessoa Jurídica, p. 23.

⁶⁰⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 295.

⁶⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 80.

⁶⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. **O Levantamento da Personalidade Colectiva**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 126. Também em Portugal, Diogo Pereira Duarte (**Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio, contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 192). O referido autor enuncia quatro principais princípios pelos quais pode ser desconsiderada a personalidade jurídica do ente coletivo. O primeiro, representaria aqueles casos em que o juiz pode impedir que seja alcançado algum objetivo ilícito mediante o abuso da personalidade jurídica, como é a hipótese de se procurar escapar da aplicabilidade de disposições legais ou contratuais, bem como causa danos a terceiros de forma fraudulenta. O segundo refere-se à possibilidade da desconsideração como forma de exceção à autonomia subjetiva da pessoa coletiva para o atingimento da eficácia de algumas normas jurídicas. O terceiro, menciona a possibilidade da aplicação à pessoa coletiva de normas baseadas em atributos ou capacidades de valores das pessoas singulares que a compõem. O quarto, vem afirmar que a se pode meio da pessoa coletiva se encerra o fato de que as partes de um determinado negócio são, na realidade, o mesmo sujeito, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica, alcançando-se a efetividade da norma jurídica, a qual não se limita apenas a aspectos jurídico-formais.

⁶⁰⁷ Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 15. O referido autor acompanha a teoria de Serick ao sustentar que “se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando (...) a realização de um fim, nada mais

A segunda teoria foi elaborada sob o ponto de vista da “jurisprudência de interesses” e tem Müller-Freienfels como seu principal expoente.⁶⁰⁸ Distingue-se do pensamento de Serick por recusar a tese subjetivista que exige a vontade, o “querer”, de se utilizar ilicitamente da pessoa jurídica para que incida a desconsideração.⁶⁰⁹ Adota uma perspectiva funcional do instituto da pessoa jurídica, reconhecendo a possibilidade da desconsideração não apenas nos casos de fraude ou de abuso de direito, mas também nos casos de desvio de função.⁶¹⁰ Trata-se da desconsideração tratada não sob o viés subjetivo, mas objetivo, reconhecendo-se, assim, o chamado abuso da personalidade jurídica como um abuso de instituto.⁶¹¹

A teoria objetiva⁶¹² analisa o tema da desconsideração não como um problema suscitado pela própria personalidade coletiva, mas sim para saber quando, num caso concreto, uma determinada norma deve ser aplicada à pessoa jurídica, tendo em conta a *ratio* dessa mesma norma e o seu significado dentro do ordenamento jurídico.⁶¹³ O juiz deve “decidir no caso concreto interpretando a finalidade da norma aplicável, se a consequência jurídica deve

procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito conceido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente em direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso”. Noutra passagem (p. 23), o acolhimento da teoria subjetiva por Requião também se demonstra a partir da análise feita pelo referido autor, da Apelação Cível 164.678, de São Paulo, ao sustentar que “o Tribunal paulista se aproximou, ainda uma vez, da aplicação da doutrina. Sócios de uma sociedade comercial, em vistoria preparatória de ação de perdas e danos, delas se desinteressaram, ocultando deliberadamente a existência de sociedade. No curso da ação de perdas e danos alegaram a imprestabilidade da vistoria, procurando se prevalecer do escudo da pessoa jurídica da sociedade agora revelada. O Tribunal declarou que os sócios eram partes responsáveis, embora a ação se dirigisse contra a sociedade, repelindo a preliminar de ilegitimidade passiva <<ad causam>>, pois não podiam os sócios invocar a própria malícia para afastar os efeitos de medida judicial regularmente processada (RT, vol. 387/138). O Tribunal penetrou na responsabilidade jurídica, devido à malícia dos sócios individualmente considerados, impedindo que a sua fraude processual resultasse em prejuízo do autor. De tal comportamento dos julgadores transporem os fundamentos da <<disregard doctrine>>.”

⁶⁰⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 295.

⁶⁰⁹ CASILLO, João. Desconsideração da Pessoa Jurídica, p. 25. Antônio Menezes Cordeiro (**O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial**, p. 128-129) sustenta que a teoria de Müller-Freienfels compreende que o “levantamento” da pessoa jurídica “tratar-se-ia, antes, duma questão de aplicação das diversas normas jurídicas”, por isso seria denominada “teoria da aplicação das normas”, sendo que “haveria levantamento sempre que, por exigência duma norma concretamente prevalente, não tivesse aplicação uma norma própria da personalidade colectiva”.

⁶¹⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades**, p. 29.

⁶¹¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 296.

⁶¹² Em Portugal, essa teoria é chamada de “Teoria da Aplicação de Normas”, não deixando, porém de ser considerada como uma teoria objetiva (CORDEIRO, Antônio Menezes. **O Levantamento da Personalidade Colectiva**, p. 127-128; DUARTE, Diogo Pereira. **Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio**, p. 198).

⁶¹³ DUARTE, Diogo Pereira. **Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio**, p. 199.

afectar a sociedade, o sócio, ou ambos”.⁶¹⁴ Assim, a teoria de Müller-Freienfels admite, para a desconsideração da personalidade jurídica, um tratamento diferenciado das diversas funções que desempenha a personalidade jurídica, reconhecendo, portanto, as variadas formas do ente coletivo.⁶¹⁵

Essa teoria é adotada por José Lamartine Corrêa de Oliveira⁶¹⁶, que a compreende como a teoria que exige para a desconsideração do ente coletivo “uma análise da finalidade objetiva da norma específica, vista no quadro da ordem jurídica, econômica e social, e de seus princípios básicos”, devendo ser levado em conta a “função da norma e a opção quanto a interesses (*Interessenentscheidung*) feita pelo legislador, tudo isso sob o ângulo da hierarquia de valores da respectiva ordem jurídica”.⁶¹⁷

É, portanto, no desvio da função dada pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica que se encontram os fundamentos da teoria objetiva, ora também acolhida, para a desconsideração da personalidade do ente coletivo.

E como fica o tratamento do tema quando o objeto de análise não são as sociedades isoladamente consideradas, mas que, ao contrário, fazem parte de uma relação de grupo de sociedades, na qual a interferência patrimonial e organizativa entre elas é da própria natureza do ente grupal constituído? Seria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica o remédio jurídico adequado à patologia criada pelos grupos de sociedade?

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que o grupo de sociedades, seja pela sua conotação contratual ou fática, não representa uma figura jurídica ilícita ou não admitida pelo direito, pois detém previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro (assim como no de outras nações, como se viu anteriormente, Parte 2, Capítulo 2, Seção 2). Também o exercício de influência, domínio ou de comando de uma sociedade sobre a outra, dos quais resulte uma situação de dependência entre sociedades, como se dá nos grupos centralizados e de subordinação, não representam atos contrários ao direito e que possam ser desconstituídos por afronta à ordem jurídica. Aliás, basta relembrar os temas das formas de exercício do poder de

⁶¹⁴ DUARTE, Diogo Pereira. **Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio**, p. 199.

⁶¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 86. Destaca José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 610), que o equívoco do unitarismo de Serick, ao não distinguir entre as variadas formas dos entes coletivos dotados de personalidade jurídica, no que foi criticado por Müller-Freienfels, é ainda mais evidente ao se tratar dos grupos de sociedade e da sociedade unipessoal, pois esses têm suas autonomias patrimonial e organizacional abaladas, não podendo, portanto, assemelharem-se às demais entidades coletivas dotadas de tal autonomia.

⁶¹⁶ E também por Fábio Konder Comparato, conforme sustenta Eduardo Secchi Munhoz (**Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades**, p. 29).

⁶¹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 367.

controle (interno e externo), da possibilidade da alienação desse poder, dos conflitos internos entre as sociedades componentes de um grupo, para se verificar que o controle, o domínio e a dependência entre sociedades são atos jurídicos lícitos.

Por outro lado, sustenta a teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica que essa deve incidir nos casos de abuso de personalidade jurídica, considerados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, conforme dispõe o artigo 50, do Código Civil Brasileiro de 2002. Mas como se pôde verificar anteriormente, a confusão patrimonial entre as sociedades integrantes de um grupo societário é elemento corriqueiro nesse tipo de relação intersocietária. Como sustenta a doutrinadora suíça citada por Lamartine, Madame Petitpierre-Sauvain, a “confusão patrimonial é inerente ao sistema do grupo”, sendo numerosas as trocas patrimoniais internas entre as sociedades, muitas vezes benéficas apenas a algumas das sociedades participantes da relação grupal.⁶¹⁸

No mesmo sentido, também é corrente na relação de grupo o desvio de finalidade da personalidade jurídica dos entes dele componentes, pois as sociedades dominadas perdem sua autonomia e independência jurídica, sofrendo a síndrome de “departamentalização” da sociedade dominante, exercendo, muitas vezes, a já mencionada função meramente “fundacional”.⁶¹⁹

Isso se dá também em razão do grupo de sociedades não compor um ente dotado de personalidade jurídica, apesar de deter, como sustenta Fábio Konder Comparato, os três elementos fundamentais para a constituição de uma sociedade, a saber: “a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros e prejuízos”.⁶²⁰

Outro importante motivo da inconsistência jurídica da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica frente aos grupos societários é a sua ocorrência meramente episódica em face da personalidade jurídica do ente afetado. Não há uma desconsideração perene, pelo qual é afastada permanentemente a personalidade jurídica. Sua incidência é pontual e verificada apenas caso a caso, quando desrespeitada de forma ilícita a separação entre o ente personalizado e os seus integrantes.

Como sustenta Marçal Justen Filho, a desconsideração

⁶¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 599.

⁶¹⁹ *Vide* Subseção 2.3, Capítulo 1, Parte 3.

⁶²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 290-292.

não se confunde com uma invalidação da personificação societária, com efeitos *ex-tunc* ou *ex-nunc*. Não é definitiva e não retira, por isso, o cunho de pessoa jurídica à sociedade. Reconhece-se como válida a constituição da sociedade, como também válida é sua existência. A desconsideração significa tão-somente a suspensão dos efeitos da personificação relativamente a algum ato específico, a algum período determinado da atividade da sociedade ou ao relacionamento específico entre a sociedade e certa(s) pessoa(s).⁶²¹

Levando-se, portanto, à risca, os preceitos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os grupos societários sequer poderiam ter existência, pois a sua constituição pressupõe o abuso de personalidade jurídica dos seus entes, pois neles podem ser presentes, como é o caso dos grupos centralizados e com subordinação, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial das sociedades integrantes. Desse modo, guardadas as hipóteses em que não verificados os elementos necessários à desconsideração, como nos grupos de direito, que estabelecem, pela via contratual, o âmbito de atuação das sociedades dele componentes e os limites das trocas patrimoniais, não se apresenta de melhor técnica a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários, pois, pelas razões de Lamartine:

desconsiderar a pessoa jurídica *controlada*, imputando seu comportamento à controladora, e fazendo-o com fundamento na mera circunstância do controle, é mais que *desconsiderar*: é já pôr em dúvida o próprio *sistema*, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo.⁶²²

Assim, ao se imputar a *crise de função* à personalidade jurídica de uma sociedade dominada integrante de um grupo, está-se, ao mesmo tempo, imputando uma *crise de*

⁶²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **A Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**, p. 58. No mesmo sentido, Rubens Requião (Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica, p. 23): “Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.” Em igual doutrina, sustenta João Casillo (Desconsideração da Pessoa Jurídica, p. 10): “(...) toda vez que o julgador tenha que apreciar um caso, onde se pretenda que a pessoa jurídica seja ‘desconsiderada’, a decisão apenas vale para aquele caso, não implica na extinção da entidade.”

⁶²² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 594. Em sentido contrário é o entendimento de Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury (**A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 199) a qual afirma a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de empresas, sustentando que “a noção de controle, aliada à existência de um interesse comum entre as empresas agrupadas, é o critério orientador básico para a aplicação da *Disregard Doctrine* aos grupos de empresas.”

estrutura ao próprio direito das sociedades, pois, por um lado e nos termos da teoria clássica da desconsideração e da sociedade comercial, não se admite o abuso de sua personalidade jurídica, mas, por outro, reconhece-se a possibilidade de um ente sofrer influência, comando e ser dominado por um outro ente personalizado, atuando como se uma só personalidade jurídica houvesse, a qual, porém, não é reconhecida pelo direito. Ocorre, portanto, nos grupos societários aquilo que Lamartine denominou a dupla crise da pessoa jurídica⁶²³.

E como se ultrapassar esse obstáculo paradoxal presente na teoria clássica da desconsideração e da sociedade comercial para se alcançar a responsabilização nos grupos societários? Esse é o tema que se pretende tratar na subseção seguinte.

Subseção 3.2.2 – Os Grupos entre a Imputação Direta de Responsabilidade, a Responsabilidade Subsidiária e a Solidária

O tema da responsabilização nos grupos societários é questão assaz tortuosa. Não recebeu previsão na legislação nacional⁶²⁴, a doutrina ainda não se posicionou firmemente sobre ele, dada a parca discussão sobre o tema, e grande parte da jurisprudência ainda se funda na teoria da desconsideração da personalidade jurídica para enfrentá-lo.⁶²⁵ Ainda há um longo caminho a se percorrer, mas alguns indícios de sua definição já começam a se aparecer.

Segundo a forte doutrina de Lamartine, cuja “A dupla crise da pessoa jurídica” ainda se mantém vigorosa no tratamento do tema pessoa jurídica e é paradigmática na análise dos grupos societários⁶²⁶, não existem regras no direito brasileiro acerca da responsabilização nos

⁶²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 613-614.

⁶²⁴ Conforme sustenta Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169): “Os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira. A inexistência de definição de regras de responsabilidade somada à possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade a ser dominada têm tornado esse instituto letra morta no direito brasileiro. Já o – por assim dizer – direito dos grupos de fato flutua entre regras de responsabilidade mal-definidas e disciplina de conflito de interesses de difícil aplicação.”

⁶²⁵ Sobre o tema, *vide*, por exemplo, os seguintes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça: Recursos Especiais 332.763/SP e 228.357/SP.

⁶²⁶ A propósito, Rodrigo Xavier Leonardo escreveu relevante artigo (vencedor do prêmio “José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra”, organizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná, no ano de 2005) intitulado “**Por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra hoje?**”, no qual tratou da atualidade do tema tratado no referido livro do mencionado autor. Sustenta em seu artigo, que: “a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira é uma lição de coerência metodológica e existencial. Ainda não afeito a dogmatismos, seu pensamento está longe de recair num relativismo estéril. Nos seus livros, ensaios monográficos e discursos, são explícitos os seus pressupostos filosóficos como premissas indispensáveis para suas conclusões. (...) A crise de estrutura, denunciada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, está na pauta urgente do cotidiano. Do mesmo modo, a crise de função tem apresentado novos contornos, inovações

grupos societários, dependendo o tema da análise das peculiaridades do caso concreto para se saber qual das modalidades de responsabilidade melhor aplicável à espécie.

Ao tratar dos trabalhos de Olivier Mach⁶²⁷ e Ane Petitpierre-Sauvain⁶²⁸, pelos quais verificou a insuficiência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para lidar com os grupos societários, constata que a orientação dos referidos autores é no sentido de que a sociedade controladora seja *subsidiariamente* responsável pelos débitos de sua controlada, observadas as hipóteses em que o controle seja efetivamente exercido pela sociedade comandante sobre a comandada. O reconhecimento dessa responsabilidade evitaria o afloramento da crise de função e afastaria, de consequência, a crise de estrutura geralmente causada pelos grupos.

Noutro sentido, reconhecendo que as sociedades dependentes no grupo societário, assim como as sociedades unipessoais⁶²⁹ (subsidiárias integrais da sociedade anônima), sofrem influência e comando direto da sociedade controladora, sustenta o referido autor que à controladora é admitida a *imputação direta* da responsabilidade pelos atos praticados por referidas sociedades dominadas. Isso se daria quando ocorridos os casos da teoria da “aparência” ou do “comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*”, pelos quais pessoas jurídicas serviriam apenas como escudos ou meros prepostos da atividade exercida por outro ente coletivo, inexistindo motivos à responsabilização apenas subsidiária da sociedade controladora. A lógica é simples: “quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio”.⁶³⁰

Quanto à responsabilidade solidária das sociedades componentes do grupo societário, sustenta Fábio Konder Comparato que tal hipótese não restou prevista pelo legislador nacional, quando da elaboração do projeto da Lei 6.404/76, pois, na época, sustentou o legislador que a experiência indicava que o credor, em geral, obtinha a proteção

legislativas que procuram superar a sintomática da crise pela concretização dos valores do ordenamento jurídico. Todas essas questões fazem com que o pensamento do professor e advogado J. Lamartine Corrêa de Oliveira mostre-se supinamente atual, impondo-se a sua releitura para enfrentar a questão da pessoa jurídica no século XXI, vez que, se as circunstâncias nacionais e mundiais foram drasticamente alteradas, os problemas de exclusão social e de realização democrática reapresentam-se ininterrupta e crescentemente” (p. 66-67).

⁶²⁷ MACH, Olivier. L’entreprise et les groupes de sociétés em droit européen de la concurrence. Genebra: Georg, 1974, p. 5-8. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 600.

⁶²⁸ PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. Droit des sociétés et groupes de sociétés. Genève, Georg, 1972. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 600.

⁶²⁹ Sobre o tema, ver a obra de SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁶³⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 611.

dos seus direitos pela via contratual e exigiria a responsabilidade solidariedade quando assim o desejasse, sendo despcienda a sua previsão legal.

Por outro lado, sustentou-se que em sendo a solidariedade prevista em lei “transformaria as sociedades agrupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizand-o o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos”.⁶³¹

O referido autor refuta as justificativas do legislador nacional, pois não se trataria da criação de uma *responsabilidade solidária*, mas sim meramente *subsidiária*. Seria aplicável o velho princípio contido no artigo 350 do Código Comercial⁶³² de que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais”⁶³³, o que seria admitido pelo fato de que os grupos de sociedades teriam todos os atributos de uma própria sociedade⁶³⁴, apenas não lhe sendo conferida personalidade jurídica pela lei.

Quanto ao alegado risco de “departamentalização”, sustenta que tal fato já ocorre na prática e não seria obstáculo para o reconhecimento da responsabilidade solidária entre as sociedades componentes de um grupo.⁶³⁵ Indica, ainda, que no direito brasileiro até a responsabilidade solidária já foi há anos admitida pacificamente, como ocorre no artigo 2º, § 2º⁶³⁶ da Consolidação das Leis do Trabalho, não sendo descabida, portanto, a aplicação da responsabilidade subsidiária.⁶³⁷

Desse modo, sustenta que não poderia ter a Lei 6.404/76 deixado de prever a responsabilização das sociedades integrantes do grupo quanto aos direitos de seus credores,

⁶³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 360.

⁶³² Esse artigo, integrante da Parte I, do Código Comercial de 1850, foi revogado pelo advento do Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁶³³ Revogado parcialmente (Primeira Parte – Do Comércio em Geral, arts. 1º a 456) pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que promulgou o novo Código Civil brasileiro.

⁶³⁴ “(...) contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros e prejuízos” (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 360-361).

⁶³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 361.

⁶³⁶ Art. 2º. (...) “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou na administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

⁶³⁷ A responsabilidade solidária das sociedades componentes de um grupo societário também se verifica no artigo 17, da Lei 8.884/94, cuja redação é a seguinte: “Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.” Já a responsabilidade subsidiária resta prevista no artigo 28, § 2º, da Lei 8.078/90: “Art. 28. (...) § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações deste Código.”

tendo o referido diploma apenas estabelecido regras de compensação e de responsabilização interna na relação grupal, como dispõe o artigo 245⁶³⁸ aos grupos de fato e os artigos 273⁶³⁹ e 276⁶⁴⁰ aos grupos de direito, deixando-se de fora a tutela dos direitos dos credores e dos acionistas minoritários.

Assim, conclui pelo acolhimento do projeto de lei da sociedade anônima européia⁶⁴¹, pelo qual “com ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a responsabilidade subsidiária da controladora”⁶⁴².

Porém, a discussão dos critérios e das formas efetivas de responsabilização nos grupos societários ainda não foi objeto de estudo sistemático pela doutrina jurídica brasileira. Muito menos a jurisprudência, como se verá adiante, é uníssona no tratamento do tema, faltando-lhe o enfrentamento dedicado acerca dos verdadeiros valores e critérios a serem tratados para a definição da responsabilidade nesses casos.

No direito estrangeiro, todavia, tal assunto já foi palco de profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo, inclusive, recebido estudo sistematizado de José

⁶³⁸ “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhe zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

⁶³⁹ “Art. 273. Aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo.”

⁶⁴⁰ “Art. 276. A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos, somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo. (...) § 3º Os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do artigo 246.”

⁶⁴¹ Sobre a sociedade anônima européia, destaca Rafael Mariano Manóvil (**Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado**, p. 631) que quatro foram os projetos de sua elaboração, “el primeiro elaborado en 1970 sobre la base de un proyecto previo de una comisión presidida por el profesor holandés Pieter Sanders, el segundo en 1975, el tercero en 1989, y el cuarto hasta ahora último en 1991. (...) el artículo 223, inciso 1º, de estos proyectos se establece que *‘una empresa dominante y una o más sociedades dependientes de ella, constituyen un grupo en el sentido de este Estatuto cuando todas ellas se encuentran bajo la dirección unificada de la empresa dominante y una de ellas es una sociedad europea. Cada una de las empresas que integran el grupo será considerada empresa grupal’*. (...) En lo que hace a la responsabilidad frente a terceros, el artículo 239, inciso 1º, con ligeras variantes en sus diferentes versiones, establece que *‘la empresa dominante de un grupo es responsable por todas las deudas de las sociedades dependientes del grupo’*. El inciso 2º establece que esa responsabilidad es subsidiaria, ya que previamente la sociedad dependiente debe haber sido requerida por escrito y el acreedor no haber obtenido satisfacción (versión 1970) o haber sido puesta en mora (versión 1975).”

⁶⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 362.

Engrácia Antunes⁶⁴³, o qual apresenta sua sugestão ao tratamento do tema. Esse é o objeto da subseção seguinte.

Subseção 3.2.2.1 – O Estudo e a Contribuição de Engrácia Antunes

Afora a todos os elementos históricos da formação das sociedades comerciais e da constituição de suas “pedras fundamentais”, como a autonomia, independência e responsabilidade limitada, o grande legado da obra de José Engrácia Antunes, “*Liability of Corporate Groups*”, é o estudo sistemático que deu ao tema da responsabilidade nos grupos de sociedades⁶⁴⁴. A grande preocupação demonstrada pelo referido autor, nos variados casos práticos e hipotéticos tratados em sua obra, cinge-se à utilização das sociedades subsidiárias (“filhas”, “dominadas”, “controladas” etc.) como mero escudo da sociedade principal (“mãe”, “dominante”, “controladora” etc.) do grupo societário nas atividades empresariais por ela comandadas. Não raro, colaciona casos de acidentes ambientais, de danos a consumidores, de venda de produtos farmacêuticos danosos à saúde, dentre outros, pelos quais busca a

⁶⁴³ **Liability of Corporate Groups**, p. 229-380.

⁶⁴⁴ Na pesquisa realizada para o presente trabalho, a obra mencionada de Engrácia Antunes foi a que melhor apresentou, dentre a doutrina nacional e estrangeira, um estudo sistemático do tema da responsabilidade dos grupos societários, sendo relevantes, também as suas demais obras onde também trata do tema, como (**Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**; **A Aquisição Tendente ao Domínio Total**: da sua Constitucionalidade; **Participações Qualificadas e Domínio Conjunto**: A Propósito do Caso António Campalimauad – Banco Santander; **Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários**; **A Supervisão Consolidada dos Grupos Financeiros**; **Enterprise Forms and Enterprise Liability**: is there a paradox in modern corporation law?. Também foram pesquisadas, no direito comparado, as obras, na Argentina, de Rafael Manóvil (**Grupos de Sociedades nel Derecho Comparado**), que também deu tratamento sistemático ao tema, analisando os grupos no direito europeu, norte e latino-americano; na Itália, de Giuliana Scognamiglio (**La responsabilità della società capogruppo**: problemi ed orientamenti; **Autonomia e Coordinamento nella disciplina dei gruppi di società**; **Gruppi di Imprese e Diritto delle Società**; Danno Sociale e Azione Individuale nella Disciplina della Responsabilità da Direzione e Coordinamento) e de Francesco Galgano (**I gruppi nella riforma delle società di capitali**); nos Estados Unidos, de Phillip Blumberg (**The law of Corporate Groups in the United States**); na Espanha, de José Miguel Embid Irujo (**Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades**, dentre outras (*vide* lista de referências) sendo que esses últimos centraram suas obras na análise dos grupos em seus respectivos países, apenas com referência doutrinária ao tema nas demais nações. No Brasil, o tema foi tratado, sem a sistematização de José Engrácia Antunes, principalmente, por José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**); por Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima e Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**, Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações e **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**); por Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário e A Sociedade Unipessoal**), por Eduardo Secchi Munhoz (**A Empresa Contemporânea e Direito Societário e A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos Societários**), por Viviane Muller Prado (**Pessoa Jurídica Dependente e Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**) e por Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (**A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresas**), dentre outros (*vide* lista de referências).

responsabilização da sociedade principal quando essa é a verdadeira comandante da atividade danosa, mas que se protege pelo escudo das sociedades subsidiárias.

Sob esse pano de fundo e após promover uma análise atenta às características das principais legislações ocidentais sobre o tema, apresenta interessante proposta para o tratamento da responsabilidade nos grupos de sociedades, como se verá ao final.

O referido autor divide sua análise nas diferentes “estratégias” existentes no ocidente para o tratamento do tema, as quais se dividem em “*entity law approach*”, “*enterprise approach*” e “*dualist approach*”. A primeira, refere-se à forma de solução do tema da responsabilidade nos grupos societários no direito norte-americano, a segunda no âmbito da Comunidade Européia e a terceira no modelo dualista alemão, que deu origem à legislação brasileira e portuguesa sobre o tema.

O “*entity law approach*” não consiste num verdadeiro modelo de responsabilização nos grupos de sociedade, pois trata do tema com fundamento nos princípios tradicionais do direito societário, pelos quais se ressalta a total independência e autonomia das pessoas jurídicas componentes das sociedade de um grupo. Com isso, a sociedade comandante da relação grupal não poderia ser responsabilizada (nem solidária ou subsidiariamente) pelos débitos da sociedade comandada, pois cada uma delas é uma entidade jurídica distinta, sendo, portanto, responsáveis individualmente pelos atos por elas praticados. Impera a regra de que cada ente é individualmente responsável pelas suas atividades, não sendo admitida a co-responsabilização entre sociedades componentes de um grupo.

Excepcionalmente e em casos extraordinários e concretos, a personalidade jurídica da sociedade comandada pode ser desconsiderada (aplicando-se o princípio da “*disregarding the corporate entity*”) para se alcançar a responsabilidade da sociedade mãe.⁶⁴⁵

⁶⁴⁵ Destaca Phillips I. Blumberg (**The Law of Corporate Groups in the United States**, p. 471) que no direito norte-americano tem-se cada vez mais admitido a aplicação dos princípios da empresa no tratamento dos grupos societários, o que representa o reconhecimento da sociedade não apenas como uma entidade isolada, mas sendo objeto de controles externos e representando um centro de coligação de diversos interesses (empregados, fornecedores, consumidores, etc.). Porém, o direito norte-americano é paradoxal, pois apesar de admitir os princípios da empresa, a jurisprudência ainda volta a aplicar a tradicional discussão da desconsideração da personalidade jurídica frente aos grupos, ao contrário de reconhecê-lo como uma empresa. Nas palavras do referido autor: “*American law presents a paradox. Of all countries in the world, it has experienced the most prominent growth of the application of enterprise law to corporate groups. This is particularly true in the statutory area with the pervasive regulatory programs dealing with banking, savings and loan, insurance, and public utility holding companies as well as in statutes more selectively applying enterprise principles as securities, labor, anti-discrimination, employee pensions statutes, and foreign trade and investment. However, as reviewed, it has also occurred in numerous areas of judicial lawmaking involving private controversies at common-law, particularly torts, as well as in judicial procedure and corporate procedure. At the same time, the jurisprudential significance of this major development in the American legal system has still not been widely recognized. The American bench and American*

A crítica formulada a essa sistema regutório ortodoxo norte-americano, fundado no respeito ao princípio da autonomia do ente jurídico da sociedade comercial, é o formalismo e a falta de princípio para se tratar do tema da responsabilidade dos grupos societários, sendo a questão relegada ao casuismo da desconsideração da personalidade jurídica, numa jurisprudência de epítetos e metáforas⁶⁴⁶, sem que haja uma previsão *a priori* dessa responsabilização.

A rigidez do respeito ao princípio da autonomia leva ao desrespeito do binómio básico do poder/responsabilidade, pois, no caso, às sociedades que detém o poder de comando da atividade empresarial não se pode imputar a respectiva responsabilidade dos atos praticadas pelas suas sociedades comandadas, as quais exercem a função de guardiãs da primeira. Isso leva ao incentivo das sociedades mães em investir em atividades de risco exacerbado, pois esse apenas seria suportado pelas suas comandadas e não por ela diretamente. Na opinião do referido autor, a proposta norte-americana (“*entity law approach*”) falha ao se centrar na diversidade jurídica dos grupos, e por negligenciar quando aos efeitos da unidade econômica por ele formada.

O segundo modelo estratégico legal do tema da responsabilidade perante os grupos é aquele chamado por Engrácia Antunes de “*enterprise approach*”, fundado nas normativas *de lege ferenda* do direito da Comunidade Européia, acerca da Sociedade Anônima Européia⁶⁴⁷ e do direito dos grupos societários tratado pelo projeto da IX Diretiva Comunitária⁶⁴⁸.

Diferentemente do “*entity law approach*”, que prega a independência e autonomia jurídica das entidades componentes de um grupo societário e cuja responsabilidade da sociedade principal pelos débitos da subsidiária somente ocorre nos casos extremos de desconsideração da personalidade jurídica, o “*enterprise approach*” funda-se no conceito da responsabilidade pelo *controle* exercido por uma sociedade sobre a outra, na forma dos já tratados *influência dominante* e *direção unitária* (vide Parte 3, Capítulo 1, Subseção 1.2.3 e 1.2.4). Assim, a autonomia jurídica não é elemento suficiente para a definição da

commentators still most often approach the problem as primarily one of corporate law to be determined by traditional entity law and <<piercing the veil jurisprudence>>”.

⁶⁴⁶ Tal expressão foi utilizada por José Engrácia Antunes (**Liability of Corporate Groups**, p. 476) ao parafrasear Philip Blumberg (**The Law of corporate groups**) e se refere aos casos da jurisprudência norte-americana que se utiliza de metáforas, como “alter ego”, “sócio tirano” (do direito italiano), “agent” e “sham” (direito inglês), para definir os casos em que deve ser responsabilizada a pessoa que se utiliza de outra para a realização de algum ato.

⁶⁴⁷ Sobre o tema, vide nota 324, retro.

⁶⁴⁸ Conforme sustenta António Moreira Cordeiro (**Direito Europeu das Sociedades**, p. 773), o projeto da IX Diretiva Comunitária relativa aos grupos de sociedades “na sua forma atual, ele não tem hipóteses de se realizar.”

responsabilidade, mas sim o exercício do controle da sociedade principal sobre a subsidiária, pois, juntos, esses formam uma entidade econômica única.⁶⁴⁹

Tal forma de responsabilização pode ser verificada pela leitura do artigo 9º do Projeto da IX Diretiva Comunitária, que dispõe o seguinte:

Artigo 9º (Responsabilidade por controlo de facto)

1. A empresa que se comporte, perante uma sociedade, como um gerente efectivo, responde perante esta por todos os danos causados através dessa influência, provenientes, provenientes de um erro de gestão e isso nos mesmos pressupostos em que o faria se a empresa fosse membro do órgão de direcção da sociedade e devesse agir com todo o cuidado requerido pelo interesse dessa sociedade.
2. Considera-se como gerente efectivo da sociedade, para efeitos do nº 1. toda a empresa que, mediata ou imediatamente, exerça uma influência determinante no processo de decisão do órgão de direcção dessa sociedade.
3. a) Quem for juridicamente responsável pela empresa sob cujo domínio aquela empresa se encontrar, responde conjunta e ilimitadamente com ela. O visado pode todavia liberar-se da sua responsabilidade quando prove que o evento danoso não lhe é imputável.
- b) Quando a responsabilidade se estenda aos membros do órgão de direcção da sociedade, estes respondem conjuntamente com a empresa e com a pessoa responsável nos termos da alínea a).⁶⁵⁰

No mesmo sentido é o teor dos artigos 233 e 239 do Projeto da Sociedade Anônima Européia, pelos quais se define que a sociedade dominante de um grupo é responsável por todas as dívidas da sociedades dependentes do grupo.⁶⁵¹

Tal critério de responsabilização, reconhecido pela doutrina como *modelo orgânico*, leva a um alargamento das hipóteses de reconhecimento de responsabilidade da sociedade dominante pelos débitos de suas dominadas, sem que a autonomia jurídica dessas últimas venha representar um obstáculo. Porém, ao assim proceder, cria-se um ambiente de *insegurança e indefinição* dos motivos pelos quais possa ser imputada a responsabilidade à sociedade dominante. No mesmo sentido, torna-se simplesmente *automática* a

⁶⁴⁹ Na redação original, no inglês: “the parent corporation shall be liable for all the unpaid debts and acts of its subsidiaries for the reason that the former controls the latter, forming thereby a unitary economic enterprise” (ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 479).

⁶⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 757.

⁶⁵¹ Sobre o projeto de sociedade anônima européia, destaca Rafael Mariano Manóvil (**Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado**, p. 631) que “el artículo 223, inciso 1º, (...) establece que ‘una empresa dominante y una o más sociedades dependientes de ella, constituyen un grupo en el sentido de este Estatuto cuando todas ellas se encuentran bajo la dirección unificada de la empresa dominante y una de ellas es una sociedad europea. Cada una de las empresas que integran el grupo será considerada empresa grupal’. (...) En lo que hace a la responsabilidad frente a terceros, el artículo 239, inciso 1º, con ligeras variantes en sus diferentes versiones, establece que ‘la empresa dominante de un grupo es responsable por todas las deudas de las sociedades dependientes del grupo’.”

responsabilidade da sociedade controladora sem que se verifique se, realmente, a sua subsidiária agiu em razão de eventual controle exercido pela dominadora, ou se o controle exercido foi bom ou ruim à sociedade subsidiária.

Desse modo, o modelo orgânico peca ao não considerar um dos elementos mais característicos dos grupos de sociedade que é a flexibilidade das relações por ele mantidas. Essas são dotadas da mais ampla complexidade e delas não se pode simplesmente presumir que se decorra a responsabilidade da sociedade principal pelo ato praticado pela subsidiária. Exemplo disso é a necessária distinção que se deve fazer entre os grupos centralizados e os descentralizados. No primeiro, há o controle da atividade desenvolvida pela sociedade dominada, enquanto no segundo as sociedades participantes do grupo atuam de forma distinta, mas em benefício conjunto (sociedades-irmãs) ou em benefício de uma sociedade principal. Observe-se, que nesse último caso, em havendo uma sociedade principal, essa pode apenas gerenciar a atividades de suas subordinadas, sem exercer efetivo controle.

Ou seja, levando-se à risca os pressupostos do “*enterprise approach*”, mesmo no caso citado dos grupos descentralizados, haveria a responsabilização da sociedade principal ou das sociedades-irmãs apesar de não se exercer o controle de uma sociedade sobre a outra. Novamente ofende-se o binômio básico do poder/responsabilidade, pois se cria uma hipótese de responsabilidade sem o exercício do poder.

Quanto ao terceiro modelo estratégico legal de responsabilidade nos grupos societários, destaca Engrácia Antunes o chamado “*dualistic approach*”, representado pelo dualismo alemão no tratamento dos grupos societários. Trata-se da separação dos grupos de sociedades em duas principais hipóteses, os grupos contratuais ou grupos de direito e os grupos de fato (os quais foram analisados na Parte 2, Capítulo 2, Subseção 2.2) e que formaram os modelos dos grupos de sociedades no Brasil e em Portugal.

Com o tratamento dualista dos grupos societários pretendeu-se alcançar uma maior efetividade na tutela do fenômeno flexível e complexo formado pelos grupos. Num ambiente em que presentes dois princípios de naturezas opostas (o do controle de uma sociedade sobre a outra e o da autonomia das sociedades componentes do grupo), almejou-se com os grupos contratuais albergar as hipóteses do controle intersocietário e com grupos de fato os casos dos grupos descentralizados, onde mantidas íntegras as sociedades componentes da relação grupal.

Mas, apesar da pretensa flexibilidade de tais hipóteses legais, o que se verificou foi a falência do modelo legal previsto. Os grupos de direito, dada a artificialidade de sua

constituição, da forma do exercício do controle e de definição prévia das formas de compensação pelas perdas geradas aos minoritários, não restaram constituídos na prática, fenômeno esse também verificado no caso brasileiro⁶⁵². Já os grupos de fato, que deveriam albergar os casos de grupos descentralizados, passaram, ao contrário, a ser objeto de grupos centralizados que não optaram pelo modelo contratual. Nesse sentido e como forma de correção do desvio do direito dos grupos verificado na prática, a jurisprudência alemã tendeu a aproximar os grupos de fato das regras previstas aos grupos de direito⁶⁵³, o que se verificou nos célebres casos “Autokran”⁶⁵⁴, “Tiefbau”⁶⁵⁵ e “Video”⁶⁵⁶.

⁶⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 1998, p. 169.

⁶⁵³ Nesse sentido, sustenta também Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 1998, p. 177) que “é na Alemanha – não por acaso o berço do direito dos grupos – onde a temática da responsabilidade grupal tem sido mais discutida recentemente. A tendência é aproximar a regra de responsabilidade dos *qualifizierte faktische Konzern* – grupos de fato com grande concentração de poderes – da disciplina dos grupos de direito”.

⁶⁵⁴ “A autora e uma sociedade irmã concluíram, desde 1974 e até meados de 1976, com sete sociedades de responsabilidade limitada, cujas participações se encontravam essencialmente nas mais dos Réus, contratos de locação financeira, através dos quais lhes cederam 39 guas móveis (*Autokräne*), de um fabricante japonês. Durante anos, os alugueres acordados foram pagos sem problema. Em 1977, ocorreram discordâncias entre as partes: as sociedades locatárias vieram invocar vícios nas guas e recusaram o cumprimento dos *leasing*. Nessa sequência, a autora rescindiu, por escrito de 5-Out.-1978, sem aviso prévio, todos os contratos e recuperou as guas. No início de 1979, ela obteve, por via dos alugueres em mora, sentenças transitadas contra as diversas sociedades, num total superior da 700.000 DM. Porém, a subsequente execução apenas permitiu recuperar 44.000 DM. Todas as sociedades locatárias ficaram sem qualquer patrimônio. A autora vem agora demandar os Réus, como sócios das sete sociedades, invocando, sobretudo, o levantamento da personalidade. (...) O *Laundgericht* deu provimento à acção, salvo numa pequena parcela quanto a juros. O Tribunal de Apelação rejeitou a acção. (...) No essencial, o BGH veio considerar que poderia, aqui, ser vista uma relação de grupo entre intervenientes. (...) Embora sem decidir, em definitivo, este caso, o BGH lançou duas importantes linhas: a da aplicação, por analogia, às sociedades por quotas, em situação de grupo fáctico, das regras sobre grupos de sociedades” (de direito). (CORDEIRO, António Menezes. **O Levantamento da Personalidade Colectiva**, p. 137-139)

⁶⁵⁵ Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 1998, p. 182) denomina a responsabilidade ocorrente nesse caso como sendo uma “responsabilidade estrutural”, ou seja, privativa dos grupos e posteriores à decisão ocorrida no caso *Autokran*, cuja responsabilidade foi por ele definida como “subjética”, pois presume-se a existência de um comportamento fraudulento, por isso a aplicação do direito dos grupos de direito a alguns grupos de fato. Sobre o caso *Tiefbau*, o referido autor sustenta que: “Sucessivamente ao caso *Autokran* o BGH teve de enfrentar o problema da responsabilidade nos *qualifizierte faktische Konzern* no caso *Tiefbau*, decidido em 20 de fevereiro de 1989. Tratava-se de demanda proposta pelo síndico de uma massa falida em face de seu principal financiador, um banco, que tinha exercido na prática, durante longo tempo, a direção dos negócios da sociedade através de fiduciários, transformados em sócios majoritários da sociedade. Um deles havia exercido também a administração financeira da sociedade. Ainda que (...) essa decisão representasse uma decorrência lógica da decisão do caso *Autokran*, pode-se notar um menor fervor pragmático e um maior empenho dogmático por parte do BGH em relação àquela decisão. Pode-se dizer que a decisão no caso *Tiefbau* aplica os princípios que em *Autokran* tinha-se declarado o objetivo de aplicar. Enquanto em *Autokran* tinha-se declarado o objetivo de aplicar uma disciplina semelhante à *konzernspezifische Haftung* mas, ao final, acabou-se por aplicar uma disciplina semelhante à da responsabilidade delitual, no caso *Tiefbau* procura-se discutir os pressupostos da responsabilidade grupal prevista na lei e determinar os efeitos e limites de sua aplicação aos grupos de fato.”

⁶⁵⁶ “A autora, que se ocupa da reprodução de filmes em vídeo, esteve em relações comerciais com a GW V. (...) Em 1988, ela obteve, contra esta, uma sentença transitada de condenação num crédito de 1.396.255,44 DM, mais juros e de 36.675,25 DM de despesas judiciais, mais juros. A execução não foi possível. Os sócios que, em 1980, fundaram a GW foram, em partes iguais, o 1º Réu (...) a mulher deste e mais duas pessoas.

Conforme afirma Calixto Salomão Filho⁶⁵⁷, tais casos do direito alemão representam três formas distintas de se tratar da responsabilidade nos grupos societários de fato, a subjetiva, a estrutural e a setorial.

No caso *Autokran*, a jurisprudência alemã julgou o caso com fundamento em critérios de uma responsabilidade grupal subjetiva. A responsabilidade da sociedade controladora quanto aos débitos da controlada foi reconhecida em razão de ter sido demonstrada a culpa do administrador da primeira no comando das atividades da segunda. O elemento subjetivo, nesse caso, foi importante para a definição da responsabilidade.

No caso *Tiefbau*, tal responsabilidade da controladora se deu em razão da própria estrutura de controle havida entre as sociedades do grupo, independentemente da verificação da culpa ou de outros critérios subjetivos. A responsabilidade nesse caso é estrutural, pois definida de acordo com a própria estrutura grupal. Em razão de críticas sofridas pela comparação da responsabilidade estrutura com a objetiva, o Tribunal alemão, no caso chamado *TBB Urteil*, de 29.03.1993, aplicou a responsabilidade não apenas em razão da estrutura, mas pela comprovação do autor de que uma sociedade foi utilizada no interesse da outra.

Já no caso *Vídeo*, a responsabilidade foi setorial, ou seja, não se pretende responsabilizar todas as sociedades do grupo, mas apenas aqueles setores que foram efetivamente beneficiados com a atuação do grupo, o que geralmente desemboca na sociedade *holding*, que não desempenha atividades comerciais, mas apenas se beneficia com as atividades de suas controladas.⁶⁵⁸

Posteriormente, ambos estes últimos sócios transmitiram as suas quotas ao Réu, vindo a própria sociedade a adquirir a quota da mulher do Réu. Este, no período de 31-Ago.-1983 a 30-Mai.-1986, foi o único gerente da sociedade. No último dia, W. foi designado gerente; este adquiriu, através de contrato de 20-Out.-1986, todas as partes da sociedade. A GW foi considerada extinta, no registro comercial, por falta de patrimônio. O Réu, que também era empresário individual, participava ainda noutras sociedades por quotas. Ele era, entre outras, sócio único e gerente da 2ª Ré, que no fim de 1985, assumiu o estabelecimento da GW e que veio a abrir falência. A autora, que fez penhorar e executar, contra o Réu, a GW, por causa de pretensões de compensação e de indemnização, baseadas na aplicação analógica do § 302 *AktG*, demandou os dois Réus pelo cumprimento dos créditos não satisfeitos pela GW: em primeira linha ao Réu e subsidiariamente à GW. (...) O *Landgericht* rejeitou o pedido principal e aceitou o subsidiário. O Tribunal de Apelação rejeitou o apelo do Réu, condenando-o, por via do recurso subordinado da autora. (...) No essencial, considerou-se que o Réu era uma empresa, no sentido dos §§ 15ss. Do *AktG*, porque ele, além da sua participação na GW, não só tem outra empresa a título de comerciante individual, como, também, participa noutra sociedade por quotas.” (CORDEIRO, António Menezes. **O Levantamento da Personalidade Colectiva**, p. 141-142)

⁶⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, 1998, p. 178-197.

⁶⁵⁸ Calixto Salomão Filho (**O Novo Direito Societário**, 1998, p. 193) sustenta que o direito brasileiro é adepto da responsabilidade grupal subjetiva, pois a aplicação da regra do art. 117, da Lei 6.404/76, é eminentemente subjetiva, dependendo da demonstração do dolo e da culpa, o que se tem demonstrado “absolutamente insuficiente para sancionar todos os casos de abuso”. Por isso, o referido autor sugere a aplicação de critérios de responsabilização mais rígidos, como a responsabilidade setorial, “que visem a

Afora essa discussão, para José Engrácia Antunes, a falha do modelo dualista alemão, foi manter separados, artificialmente, a autonomia das sociedades do grupo e o controle entre essas naturalmente existente.⁶⁵⁹ Assim, a lei germânica separou, *ex ante*, os principais elementos caracterizadores dos grupos e que são conjuntamente verificados na complexa e flexível relação intersocietária grupal.

Tal indevida separação suscitada pelo autor mencionado é, aliás, o principal fundamento da posição do referido autor para o tratamento das responsabilidades nos grupos societários. Apesar de não apresentar uma proposta efetiva, *de lege ferenda*, de como tal responsabilização deva ocorrer, funda sua posição no reconhecimento da natureza dos grupos societários como um ente no qual hibridamente misturados a *autonomia* das sociedades componentes do grupo e o *controle* que entre elas possa ser existente.

Refuta a definição rígida e automática que os modelos formais legalmente previstos tratam os grupos de sociedade sem que seja reconhecida a natureza *híbrida e flexível* de seus principais elementos constitutivos. De consequência, também deve ser *híbrida e flexível* a imputação de responsabilidade nos grupos societários, vinculando-se, nos casos concretos, a responsabilidade pelos débitos da sociedade afiliada ao grupo àquele que exercer o efetivo poder de decisão e de comando da sociedade causadora de um dano.⁶⁶⁰

Tal proposta de responsabilização não permite que o sujeito dominante, que exerceu o poder efetivo de controle da sociedade dominada, esconda-se sob formalismos jurídicos e evita que a apuração da responsabilidade ocorra de forma automática, independentemente de quem efetivamente exerceu o referido controle⁶⁶¹. Assim, nos termos da proposta de José

perseguir o patrimônio social em caso de comprovado prejuízo à sociedade e desde que isso seja necessário para proteger os interesses dos credores prejudicados.”

⁶⁵⁹ Nos dizeres do referido autor: “(...) *one could say that the German legislator actually saw both the unity and diversity but tried to keep these elements artificially separated.*” (**Liability of Corporate Groups**, p. 493).

⁶⁶⁰ Nas palavras do mencionado autor: “(...) *a flexible and hybrid system of liability imputation, wich would link liability for each concrete affiliate debt to the decision-making power responsible for it.*” (**Liability of Corporate Groups**, p. 495).

⁶⁶¹ Rafael Mariano Manóvil (**Os grupos de sociedades nel derecho comparado**, p. 650), apesar de reconhecer o grande avanço da proposta de Engrácia Antunes, critica-a sob o argumento de que ela “*no es, en cambio, satisfactoria como para ser cristalizada como criterio o standart legal único conforme al cual imputar repensabilidad frente a terceros en el marco de relaciones de dominio. Toda pauta legal que se establezca implica que, al mismo tiempo, queden legalizadas áreas y formas de conducta en el grupo, que quedarán fuera del marco de la responsabilidad establecida. Aun admitiendo como hipótesis que esto fuera posible, esa legalización de conductas insusceptibles de generar responsabilidadse produciría desde una única perspectiva, la de los terceros que se vinculan con uma sociedad parte de um agrupamiento. Pero dejaría sin resolver la cuestión de la conducta debida frente a los socios o accionistas externos, frente al mercado de capitales, frente a normas en que está comprometido el interés público, como la defensa de la competencia, el derecho fiscal, etcétera. En otras palabras, la propuesta del sistema flexible de responsabilidad no contribuye a generar la seguridad de una conducta debida en elmarco de los grupos de*

Engrácia Antunes, ganha relevo e importância o ônus probatório para se verificar, no caso concreto, a quem poderá ser imputada a responsabilidade, sendo admissível, inclusive, a inversão do ônus *probandi*.⁶⁶²

Subseção 3.2.2.2 – A Proposta *de Lege Ferenda* de Eduardo Secchi Munhoz

Eduardo Secchi Munhoz, ao final de sua obra⁶⁶³ e na esteira das conclusões alcançadas por José Engrácia Antunes sobre o tema da responsabilização nos grupos societários, dá um passo adiante do trabalho desenvolvido pelo referido jurista lusitano e sugere a elaboração de um novo direito dos grupos de sociedades, especificamente quanto ao tema da responsabilização. Busca dar uma maior efetividade ao binômio poder/responsabilidade, mediante a definição das mais variadas formas de grupos societários, de acordo como o exercício do poder de controle que neles se possam verificar.

Após refutar a manutenção do sistema dualista brasileiro, dos grupos de direito e grupos de fato, originários no direito alemão, o autor sugere a definição de seis principais formas de grupo de sociedades: (i) o grupo totalitário; (ii) o grupo majoritário individual absoluto e minoritário individual absoluto; (iii) grupos majoritários individual simples e minoritário individual absoluto; (iv) grupos majoritário conjunto absoluto e minoritário conjunto absoluto; (v) grupos majoritário conjunto simples e minoritário conjunto simples e (vi) grupo externo.

No grupo totalitário, o controle é exercido por apenas um sócio, como no caso da subsidiária integral, pelo qual é possível se presumir o comando pela sociedade controlante das atividades da sociedade controlada. Nesse caso, aos credores dessa sociedade controlada seria imposta a responsabilidade subsidiária, ilimitada e automática da controladora por todas as obrigações da controlada.

sociedades. Esa seguridad sólo podría darla el ajuste de la actuación a los principios del derecho societario tradicional: el respeto de la individualidad de cada sociedad como entidad con un interés propio y dotada de los elementos materiales adecuados para su normal desenvolvimiento, y la actuación en ese bien entendido interés.”

⁶⁶² ANTUNES, José Engrácia. **Liability of Corporate Groups**, p. 401. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (**O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, p. 362): “inclinamo-nos, no entanto, em favor da adoção do sistema unificado do projeto de lei de sociedade anônima européia, também nessa matéria. Com ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a responsabilidade subsidiária da controladora. Incumbiria a esta o ônus de provar, não havendo convenção, a inexistência de um poder de controle, constituindo o grupo societário de subordinação.”

⁶⁶³ **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**, p. 287-312.

No caso do grupo majoritário individual absoluto e grupo minoritário individual absoluto, o controle exercido pela sociedade dominante se dá por presunção relativa, pois se deve admitir a possibilidade de grupos com estrutura organizacional descentralizada. O direito dos credores seria tutelado, nesse caso, pela responsabilidade subsidiária da controladora pelos débitos da controlada, o que, porém, poderia ser afastado caso (i) inexistisse a subordinação de interesses, atuando a controlada como uma sociedade independente (grupo descentralizado) e (ii) não houvesse nexo de causalidade entre a obrigação para com o credor e os atos da controladora em que configurem abuso de controle. Nesses casos, ganha relevância o exercício do ônus da prova para se demonstrar a ocorrência ou não de subordinação de interesses ou a ausência do aludido nexo de causalidade.

Quanto ao grupo majoritário individual simples e grupo minoritário individual simples, o exercício do controle se daria de acordo com a posição de *influência relevante*, nos termos em que estudada anteriormente. À controladora, seria imputada a responsabilidade subsidiária pelos atos das controladas, aplicando-se as duas excludentes previstas no parágrafo anterior.

Nos grupos majoritários conjunto absolutos e grupos minoritários conjunto absolutos, o controle seria dotado de uma instabilidade, pois estaria disposto à união de pessoas com interesses potencialmente divergentes. À controladora seria imputada a responsabilidade subsidiária, aplicando-se as mesmas excludentes mencionadas anteriormente, sendo que as pessoas que compusessem o bloco de controle conjunto seriam responsáveis solidárias pelo pagamento das dívidas causadas pelas sociedades controladas.

Já nos grupos majoritários conjunto simples e grupos minoritários conjunto simples, haveria a associação de pessoas diversas para a formação do bloco de controle, o qual se daria mediante o exercício de uma influência dominante. A sociedade controladora também responde solidariamente e são aplicáveis as excludentes anteriormente mencionadas.

Por fim, no caso dos grupos externos, a união das sociedades se daria pelas mais variadas formas que possa tomar o controle externo. Nessa hipótese, não haveria, necessariamente, a assunção de responsabilidade subsidiária da controladora pelos débitos das controladas, o que apenas se daria no caso da comprovação (i) da existência de ato de abuso de controle externo ou (ii) do nexo de causalidade entre tal ato abusivo e a obrigação assumida, analogamente àquilo que ocorre na ação de reparação de danos por abuso do controlador, prevista no art. 246, da Lei 6.404/76.

Como se vê, as hipóteses tratadas por Eduardo Secchi Munhoz vinculam-se à responsabilização da sociedade controladora quando verificada alguma forma de subordinação de interesses, mediante o exercício do controle, sendo que quando tal subordinação não é verificada, inexistente a responsabilidade.

Por fim, sustenta o referido autor, que acaso a sugestão da disciplina dos grupos por ele apresentada não pareça adequada, servirá, ao menos, para refutar a manutenção do atual direito dos grupos societários no Brasil, pois reflete um dos mais evidentes abismos entre o direito e a realidade.

Seja como for, analisando-se a proposta feita por Eduardo Secchi Munhoz, logo vem à mente a idéia de que a regulamentação dos grupos de sociedade representaria um verdadeiro “colete de forças” sobre um fenômeno efêmero, camaleônico e devastador de toda e qualquer definição que lhe queiram impor, parecendo mais salutar a definição que menos lhe traga conceitos e mais dependa de seu reconhecimento mediante a análise dos casos concretos, pelos quais se possa mais facilmente verificar as constantes mutações que o fenômeno grupal é capaz de sofrer.

Subseção 3.2.2.3 – O Novo Modelo Legal dos Grupos no Direito Italiano

Passados mais de 60 anos da promulgação do Código Civil italiano, recebeu esse diploma legal uma nova definição sobre o tema dos grupos de sociedades e das responsabilidades que a eles podem ser imputadas⁶⁶⁴. Como destaca Giuliana Scognamiglio, pela primeira vez foi codificada no ordenamento italiano, em termos gerais, a responsabilidade do exercício e da atividade de direção e coordenação de sociedades, introduzindo um novo conceito de ilícito, qual seja, aquele relacionado com tal atividade de direção e coordenação de forma contrária ao princípio da correta gestão societária e empresarial.⁶⁶⁵

Dispõe o novel artigo 2.497 do Código Civil italiano, que

⁶⁶⁴ A nova previsão dos grupos societários prevista no Direito italiano foi a disposição legal de caráter genérico mais recente verificado na pesquisa objeto do presente trabalho, motivo, também, de seu destaque na parte final deste trabalho, considerando, ainda, que referida previsão não fora objeto de apreciação pelo trabalho desenvolvido por José Engrácia Antunes (**Liability of Corporate Groups**), pois sua elaboração se deu no ano de 1994, ao passo que a nova previsão do Direito italiano se deu em decreto legislativo nº 6 de 2003.

⁶⁶⁵ SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento. In: **Il Nuovo Diritto Delle Società**. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, n. 3, Torino: UTET Giuridica, 2007. p. 947-948.

a sociedade ou os entes que, exercendo atividade de direção e coordenação de sociedades, agirem no interesse empresarial próprio ou de outros em violação dos princípios de correta gestão societária e empresarial das mesmas sociedades, são diretamente responsáveis perante os sócios destas sociedades pelos prejuízos acarretados à rentabilidade e ao valor da participação social, e também perante os credores sociais pelas lesões causadas à integridade do patrimônio da sociedade.⁶⁶⁶

Dessa redação destacam-se, pelo menos, três elementos principais que se coadunam, em parte, com as previsões e propostas feitas pelos autores tratados nas subseções anteriores, razão pela qual merece destaque nesta parte final do presente trabalho a recente previsão legal do direito italiano.

Primeiro, é o fato de que a responsabilidade de uma sociedade ou de um ente somente é verificada no caso do exercício da direção e de coordenação sobre outras sociedades. Tais elementos levam ao conceito de *direção unitária* previsto pela doutrina italiana, que consiste na coligação da direção de todas as empresas⁶⁶⁷ formadoras do grupo, de maneira a harmonizar os fins e as operações de cada empresa para se alcançar um resultado final no interesse do grupo.⁶⁶⁸ Assim, pode-se afirmar que a responsabilização prevista pelo referido artigo 2.497, do Código Civil italiano, é fundada no efetivo exercício do *controle* das sociedades ou das empresas componentes do grupo.

Segundo, há expressa previsão de que a sociedade que exerça a direção e coordenação de outras sociedades é responsável direta pelos prejuízos ocasionados à rentabilidade e ao valor da participação social, e também perante os credores sociais pelas lesões causadas à integridade do patrimônio da sociedade. Porém, no terceiro parágrafo do

⁶⁶⁶ No original: “Art. 2.497. (Responsabilità). Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. (...)”. O referido artigo no total de sua redação, possui sete parágrafos. O primeiro (“2.497”), refere-se à “*reponsabilità*”; o segundo (“2.497-bis”), à “*pubblicità*”; o terceiro (“2.497-ter”), à “*Motivazione delle decisioni*”; o quarto (“2.497-quarter”), ao “*Diritto di recesso*”; o quinto (“2.497-quinqies”), ao “*Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*”; o sexto (“2.497-sexies”), à “*Presunzioni*” de direção unitária e o sétimo (“2.497-septies”), à “*Coordinamento fra società*”.

⁶⁶⁷ Na Itália, como na Alemanha, admite-se a formação de grupos de empresas e não somente dos grupos de sociedades. Tanto é verdade, que a própria redação do artigo 2.497 do Código Civil prevê as expressões “sociedade” e “ente” como passíveis de sujeição da regra nele prevista.

⁶⁶⁸ SALAFIA, Vincenzo. La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate. In: **Le Società. Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria e Fiscale**, n. 1, ano XXII, Milão: Ipsos Scuola D'Impresa, 2004, p. 6.

aludido artigo 2.497⁶⁶⁹, há previsão de que o sócio e o credor social podem acionar a sociedade ou o ente que exerce a atividade de direção e coordenação somente se não forem satisfeitos pela sociedade dominada, impondo, portanto, a responsabilidade subsidiária no caso dos grupos no Direito italiano.

Terceiro, a responsabilização da sociedade ou do ente controlante somente se dará se esses agirem “no interesse empresarial próprio ou de outros em violação dos princípios de correta gestão societária e empresarial das mesmas sociedades”. Porém a lei não indica quais seriam os princípios ou a noção do que se entende pela violação a tais princípios de gestão.

A doutrina, por sua vez, indica que tais princípios seriam aqueles já previstos no artigo 2.403⁶⁷⁰ do Código Civil, acerca dos deveres a serem seguidos pelos administradores da sociedade anônima⁶⁷¹, assim como no encontro do ponto de equilíbrio entre os interesses da controladora e da controlada no desenvolvimento da atividade empreendedora do grupo. Por outro lado, o desrespeito aos princípios da correta gestão também é verificado pela prática de um ato ilícito, pelo qual se ocasiona um dano injusto a terceiros (no caso os sócios e os credores das sociedades do grupo) e surge a obrigação da sua reparação, nos termos do artigo 2.043⁶⁷² do Código Civil italiano. Esse é o posicionamento de Francesco Galgano, o qual

⁶⁶⁹ No original: “Art. 2.497. (...) Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.”

⁶⁷⁰ “Art. 2403. bis Collaboratori del sindaco. Il collegio sindacale deve controllare l'amministrazione della società, vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo ed accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2426 per la valutazione del patrimonio sociale. Il collegio sindacale deve altresì accertare almeno ogni trimestre la consistenza di cassa e l'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà sociale o ricevuti dalla società in pegno, cauzione o custodia. I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti d'ispezione e di controllo. Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Degli accertamenti eseguiti deve farsi constare nel libro indicato nel n. 5 dell'art. 2421 (att. 209) Nell'espletamento di specifiche operazioni attinenti al controllo della regolare tenuta della contabilità e della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili, i sindaci possono avvalersi, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, di dipendenti e ausiliari che non si trovino in una delle condizioni previste dall'art. 2399. La società può rifiutare agli ausiliari l'accesso a informazioni riservate.”

⁶⁷¹ Como é o posicionamento de Vincenzo Salafia (La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate, p. 9) ao aduzir que “relativamente ai gruppi e con riferimento alla società capogruppo e all'attività dei suoi amministratori, pertanto, la regolarità della sua condotta nei confronti delle società controllate, da lei dirette e coordinate, consista non solo nella correttezza delle istruzioni impartite, in tema di gestione dell'impresa, ma anche nella correttezza della individuazione dei punti di equilibrio fra l'interesse proprio e quello delle controllate. I principi di corretta gestione dell'impresa riguardano la preventiva raccolta delle informazioni di mercato prima dell'avvio di nuove operazioni, la valutazione dell'entità e della natura dei rischi connessi, le possibilità di finanziamento dell'operazione e previsione del rapporto fra rischi, costi e benefici immediati e futuri. In termini più semplici uno studio approfondito delle difficoltà dell'operazione e dell'esito sul mercato di essa.”

⁶⁷² “Art. 2043 - Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo [1176], che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”

ainda sustenta que a responsabilidade da sociedade controladora, nesse caso, é aquiliana e somente se verifica quando ocorrida a sua *mala gestio*. No entanto, sua comprovação somente ocorre mediante a demonstração do nexo de causalidade entre a culpa (má gestão) e o dano efetivamente causado.⁶⁷³

Prevê, também, o artigo 2.497 do Código Civil italiano, ainda em seu *caput*, que não há responsabilidade da sociedade ou do ente controlante se o dano não se configurar no resultado global da atividade de direção e coordenação do grupo ou seja integralmente eliminado por operações subsequentes.⁶⁷⁴

Já na redação do artigo “2.497-bis”⁶⁷⁵, a sociedade que exerce a direção e a coordenação de outras sociedades deve indicar quais são essas sociedades ou entes que se submetem ao seu comando. Tal indicação deve ser realizada no próprio órgão de registro de empresas, sendo que os administradores que omitirem tal informação ou que também não informem a extinção de uma relação de direção e coordenação entre sociedades, são responsáveis perante os sócios ou terceiros pelos danos que vierem a ser ocasionados pela falha ou falta do devido registro da informação.

Releva, também, do modelo italiano, a redação do artigo “2.497-sexies”⁶⁷⁶, pelo qual há a presunção, salvo prova em contrário, de que a atividade de direção e coordenação seja

⁶⁷³ No original, o posicionamento de Francesco Galgano (**I gruppi nella riforma delle società di capitali**, p. 1.040) resta assim disposto: “La lesione dei sopra menzionati diritti dei soci e dei creditori della controllata è fonte di responsabilità aquiliana della controllante solo se conseguente alla mala gestione di questa, la quale abbia violato, secondo la formula usata dall’art. 2497, comma 1°, i principi di <<corretta gestione societaria e imprenditoriale>>. Trattandosi di responsabilità da fatto illecito, incomberà su danneggiati l’onere di provare la colpa della holding danneggiante ed il rapporto di causalità fra la colpa e il lamentato danno, ossia che questo non è dovuto ad una avversa congiuntura economica, bensì a specifiche violazioni dei principi di correttezza gestionale.”

⁶⁷⁴ Na redação original do artigo 2.497: “Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.”

⁶⁷⁵ “Art. 2497-bis. La società deve indicare la società o l’ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. È istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. Gli amministratori che omettono l’indicazione di cui al comma primo ovvero l’iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi. La società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell’ultimo bilancio della società o dell’ente che esercita su di essa l’attività di direzione e coordinamento. Parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l’attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l’effetto che tale attività ha avuto sull’esercizio dell’impresa sociale e sui suoi risultati.

⁶⁷⁶ “Art. 2497-sexies. Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell’articolo 2359.”

realizada pela sociedade que promova a apresentação de balanço consolidado entre tais sociedades e aquela que disponha de participação acionária suficiente para controlar a sociedade dominada ou com ela estar coligada, nos termos do artigo 2.359⁶⁷⁷ do Código Civil italiano.

Como se vê, o modelo legal italiano, aqui breve e parcialmente tratado, não sendo o objetivo do presente trabalho defini-lo como um todo, dá um tratamento interessante ao tema da responsabilidade nos grupos de sociedades, pois se desprende dos modelos do “*entity law approach*”, do “*enterprise approach*” e do “*dualistic approach*”.

Difere-se do modelo norte-americano, pois reconhece que nos grupos há a perda natural da autonomia das sociedades deles componentes, sem, contudo, afastá-la completamente, pois àquelas sociedades que sofrem a direção e a coordenação de uma outra sociedade ou de um outro ente deve-se apenas promover o registro, perante o órgão competente, da ocorrência de tal sujeição, sem que a sociedade deixe efetivamente de existir pelo fato de participar do grupo societário.

Por outro lado, descola-se do “*enterprise approach*”, apesar de estar mais próximo dele do que dos demais outros dois modelos tratados, pois apesar de reconhecer a unidade formada pelo grupo, condiciona a responsabilidade da sociedade principal apenas se essa exercer a atividade de direção e coordenação da sociedade afiliada e que assim proceda em violação dos princípios da correta gestão societária e empresarial. Não basta, apenas, o exercício do controle, mas que esse se dê de forma prejudicial e ilícita, obrigando-se, assim, pelo ressarcimento dos danos.

Também se distingue do modelo dualista alemão, pois não oferta critérios para uma dúplice composição dos grupos (contratuais ou de fato), mas permite que esses sejam constituídos de acordo com a relação específica e concreta mantida entre as sociedades ou os entes participantes.

Mas dado o caráter ainda recente da reforma societária italiana, não se sabe ao certo se as previsões contidas no artigo 2.497 do Código Civil foram capazes de se aproximar do

⁶⁷⁷ “Art. 2359. Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.”

modelo de responsabilidade flexível dos grupos societários, onde hibridamente relacionados os princípios da autonomia societária e do seu respectivo controle.

O que é certo, porém, é que o sistema legal dos grupos brasileiro está muito longe da proposta mais realista e flexível que se apresentou o referido artigo do Código Civil italiano.

Subseção 3.2.2 – Os Grupos Societários na Jurisprudência Brasileira

Feita essa breve análise do tema da responsabilidade dos grupos societários na doutrina nacional ou estrangeira, estudando-se as principais formas em que tal responsabilização se apresenta, vale traçar um rápido e interessante panorama de como esse tema vem sendo tratado perante a jurisprudência nacional.

A análise comparativa das discussões doutrinárias e jurisprudenciais tem a finalidade de se verificar se a prática dos julgamentos judiciais tem se aproximado ou distanciado das conclusões alcançadas pelo estudo doutrinário, servindo, desse modo, para se aferir se as discussões doutrinárias se mantêm apegadas à realidade do objeto de estudo ou se a jurisprudência, tratando dos casos concretos, se vale das construções doutrinárias para o adequado embasamento dos julgados e com isso estabelecer critérios para a decisão das questões postas em Juízo.

Porém, a análise da jurisprudência nacional sobre o tema dos grupos societários e de sua responsabilização leva à conclusão da completa dissociação entre as conclusões e discussões havidas no estudo doutrinário e a forma e os fundamentos contidos nas decisões jurisprudenciais sobre o referido tema.

Viviane Muller Prado⁶⁷⁸ e Maria Clara Troncoso⁶⁷⁹, elaboraram importante pesquisa⁶⁸⁰ acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema dos grupos de

⁶⁷⁸ Professora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP e autora de duas importantes obras citadas no presente trabalho, quais sejam: **Pessoa Jurídica Dependente**. In: Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra. Organização de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005 e **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁶⁷⁹ Pesquisadora júnior da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

⁶⁸⁰ Os Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ. In: **Artigos Direito GV, working papers**, n. 01, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/WP1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2008, às 10:34h. Como o trabalho mencionado ainda não havia sido publicado quando de seu acesso por este autor, foi solicitada autorização pessoal à Dra. Viviane Muller Prado para que a referida pesquisa fosse objeto de divulgação neste estudo, o que foi por ela acolhido.

sociedades, indicando se existem critérios para o reconhecimento do ente grupal nas decisões judiciais e como se vem decidindo a responsabilização aqui já tão debatida.

No trabalho realizado por referidas pesquisadoras, foram analisadas 106 decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre os grupos societários, das quais se pôde retirar algumas conclusões acerca do tema na jurisprudência de referida Corte de Justiça, as quais em muito pouco se coadunam com aquelas alcançadas ao longo da pesquisa doutrinária que ora se realizou.

Inicialmente, referidas pesquisadoras verificaram que não há uma unidade terminológica na definição dos grupos de sociedades pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, de consequência, da jurisprudência nacional. As expressões mais verificadas nos arestos analisados foram “grupos econômicos”, simplesmente “grupos” e “grupos financeiros”, ao invés de “grupos societários”, como disposto na legislação pátria, a qual apenas foi verificada em 07 vezes dentre os 106 casos analisados.

Por outro lado, o termo “empresas coligadas” foi utilizado como sinônimo de grupo de sociedades, apesar de que na legislação nacional (Lei 6.404/76, art. 243, § 1º) essa expressão refere-se apenas aos casos em que uma sociedade tenha participação acionária de até 10% em outra sociedade, mas sem controlá-la, como ocorre nos grupos de sociedades.

Verificou-se que na jurisprudência mencionada são ausentes critérios jurídicos e até de simples construção lógica para a definição dos grupos societário, sendo utilizadas expressões despidas de qualquer significado jurídico como, por exemplo, “empresas interligadas”.

Outra conclusão que se alcançou, foi a de que nos variados ramos do direito nacional em que há previsão legal dos grupos de sociedades, como o direito do trabalho, o societário e o consumidor, por exemplo, foi baixíssima a frequência do tema nas decisões jurisprudenciais analisadas, ao passo que noutros ramos onde os grupos não têm previsão legal, esses surgiram com maior frequência, conforme se vê pela tabela⁶⁸¹ abaixo:

⁶⁸¹ PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Os Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ, p. 19.

MATÉRIA	FREQÜÊNCIA	(%)
Processual	30	28.38
Títulos de Crédito	20	18.98
Responsabilidade Civil	12	11.28
Tributário	9	8.46
Falência	7	6.58
Criminal	6	5.64
Civil	5	4.70
Trabalhista	5	4.70
Consumidor	4	3.76
Societário	4	3.76
Fraude	3	1.88
Administrativo	1	0.94
Lei de imprensa	1	0.94
TOTAL	106	100

A pesquisa realizada também se preocupou em verificar quais foram os critérios para o reconhecimento, pela jurisprudência, da existência dos grupos societários, haja vista que a legislação nacional não os estabelece exatamente, mas reconhece a sua ocorrência relacionada com a noção de controle entre as sociedades pertencentes ao grupo.

Surpreendentemente, verificou-se que em 68 das 106 decisões analisadas, que correspondem a 64,2% do total dos casos, as expressões relacionadas aos grupos societários foram utilizadas sem a menor preocupação em se apontar quais foram os elementos que levaram os julgadores à identificação dos grupos societários. Em 03 decisões, que representaram 2,9% dos casos analisados, apesar não terem sido expressa ou claramente citados os elementos que caracterizam os grupos, levou-se a crer que os grupos estariam vinculados à noção de controle e, subsidiariamente, à noção de atuação conjunta ou vínculo de atividades entre sociedades.

Já em 35 outros casos, representativos de 33% do total, houve preocupação do julgador em mencionar as razões para decidir pela existência de grupo, conforme se vê pela tabela⁶⁸² abaixo:

⁶⁸² PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Os Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ, p. 21.

ELEMENTOS	FREQÜÊNCIA DE DEFINIÇÕES	QUANTIDADE DE DECISÕES
Relacionados ao controle ou ao poder de decisão nas companhias	22	25
Relacionados a questões patrimoniais das companhias	5	5
Relacionados às atividades e interesses comuns as companhias	2	6
Extraídas da definição dada pela Lei 6.404, de 1976	3	1
Outros	4	6
TOTAL	35	-

Dessas 35 decisões, apenas em 22 levou-se em consideração a existência de relação de controle societário, seja de controle comum, posição de controlada e de controladora ou de identidade de sócios e diretores. Tais decisões, porém, não fazem referência significativa à legislação societária para fundamentar a existência ou não de poder empresarial, o que ocorreu em apenas uma das decisões analisadas.

Em tais 35 decisões, somente 05 fizeram referência à idéia de unidade de gestão, de trabalho e de patrimônio para se alcançar a noção de grupo. Noutras decisões, a referência aos grupos se dá apenas por expressões vagas e sem sentido jurídico, como “complexo de atividades”, “organização de múltiplas atividades”, “uma unidade” e “empresas sócias”.

Desse modo, da análise dos 106 julgados por referidas pesquisadoras, verifica-se que não há uma judicialização do tema dos grupos de sociedade na jurisprudência do Brasil, o que talvez possa ser justificado, conforme se sustentou no referido trabalho, pela inexistência de uma definição legal precisa dos grupos em nossa legislação, bem como a não previsão específica dos grupos de fato na lei acionária.

Apesar de não se verificar um critério para a definição dos grupos na jurisprudência desses casos analisados perante o Superior Tribunal de Justiça, os grupos foram observados em todos os 106 julgados e disso advieram algumas conseqüências que foram observadas pelas referidas pesquisadoras, dentre as quais se destacam as seguintes.

Primeiro, pertencer ao mesmo grupo não foi determinante à imputação de responsabilidade entre empresas dele participante, apesar da legislação nacional prever expressamente a responsabilidade solidária às sociedades componentes de um grupo societário, conforme dispõe o artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 17 da Lei 8.884/94, e subsidiária, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Civil.

A responsabilização das componentes dos grupos apenas foi verificada, nos julgamentos analisados, quando aplicada a teoria da desconsideração da personalidade

jurídica, nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do artigo 50 do Código Civil brasileiro. Tal desconsideração foi aplicada sob o fundamento da teoria da aparência, discutindo-se se uma sociedade poderia ou não figurar como parte em processo em que se discutia a obrigação de uma outra empresa. Assim, no âmbito do direito civil, foi admitida a responsabilização de empresas pela extensão de danos morais e materiais a outras empresas do mesmo grupo.

No direito falimentar, verificou-se legítima a desconsideração das personalidades jurídica da sociedade falida para que os efeitos do decreto falencial alcançassem as demais sociedades do grupo, mormente quando evidenciados elementos que visavam a fraude à lei ou a terceiros, ocorrendo a responsabilidade solidária entre as componentes do grupo.⁶⁸³

Perante o direito processual civil, restou verificado, nos termos da aplicação da teoria da aparência, que uma sociedade componente de um grupo tem legitimidade para ser parte passiva em demandas movidas contra outra sociedade participante da relação grupal, mesmo que essas sejam relativas a questões exclusivas dessa última.

De um modo geral, a pesquisa realizada constatou que muitas das conclusões alcançadas pela jurisprudência acerca dos grupos de sociedades não encontram fundamento na doutrina e na legislação nacional, fazendo crer que o tema não é suficientemente compreendido e estudado pela jurisprudência, que extrai conclusões precipitadas e ainda fundadas na noção tradicional de que as sociedades comerciais “trabalham isoladamente no mercado”.

⁶⁸³ A este respeito, dispõe a lei concursal espanhola em seu artigo 3.5 LC, quanto aos grupos de sociedade, que “*el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando (...) siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad substancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.*” (VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 134, ano XLIII, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100)

CONCLUSÕES

Alcançar conclusões sobre tema tão complexo e que ainda não recebeu a devida atenção pela doutrina, jurisprudência e legislação nacionais é tarefa por demais árdua e que demanda os mais extremos cuidados. No entanto, a complexidade das discussões relativas aos grupos societários leva a uma primeira e mais evidente conclusão: não devem os grupos ser objeto de conclusões precipitadas e que sirvam apenas de um mero paliativo legal desvinculado da realidade da empresa plurissocietária.

O direito, pelo menos no caso brasileiro, não tem sido capaz de lidar com fenômeno dessa magnitude, pois ainda está fundado na idéia oitocentista da sociedade comercial isolada, dotada de autonomia, independência jurídica e de responsabilidade limitada, dogmas societários que se estremeceem frente à realidade da empresa plurissocietária.

Na contramão dos fatos, o direito societário tradicional tem dado ensejo a um mundo selvagem e sem leis dos grupos societários, sobre os quais não aderem sequer os princípios básicos da responsabilidade limitada e da própria personalização jurídica, conceitos esses já tanto discutidos, mas que não encontram a feição dos grupos.

A doutrina nacional, estranhamente, pouco discute sobre o tema, ao contrário do direito comparado, que há mais de um século se dedica a analisá-lo.

A jurisprudência brasileira, como se viu na última seção deste trabalho, é débil, desorientada e despida de quaisquer critérios na discussão dos grupos societários, a ponto de se reconhecer a não-judicialização do tema pelo Poder Judiciário nacional.

Mesmo diante desse cenário pouco promissor, algumas conclusões podem ser apresentadas sobre o tema e que venham a auxiliar na construção de um verdadeiro direito dos grupos societários.

A primeira e talvez a principal conclusão alcançada refere-se à completa falibilidade da regulação dualista dos grupos societários no Brasil. São verdadeiramente raros os exemplos de grupos societários na realidade brasileira, o que torna letra morta a previsão do artigo 265 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas (n. 6.404/76).

Os grupos de fato, por outro lado, representam a real expressão desse fenômeno societários. Mas, dada a ausência de regras jurídicas específicas que os alberguem, ainda vivem sob o arquétipo legal da sociedade comercial isoladamente considerada, o que leva, dentre outras consequências jurídicas, à irresponsabilidade dos responsáveis e à responsabilidade dos irresponsáveis.

A regulação legal *a priori* das possíveis formas dos grupos não parece ser o caminho mais adequado. O fenômeno é camaleônico, é efêmero, forma-se e se desconstitui de acordo com o momento empresarial existente. Por isso, se a própria previsão de seu tipo legal (grupos contratuais) não acompanha sua ocorrência prática, a personalização jurídica do grupo é completamente despropositada.

Os modelos orgânicos, por outro lado, apresentam-se como uma solução plausível. Não se trata de regular um fenômeno que possa tomar formas randômicas, mas de estabelecer consequências jurídicas ao preenchimento de certas circunstâncias previstas pela lei. O novo modelo jurídico italiano aproxima-se desse cenário.

Em qualquer hipótese, não deve a autonomia da sociedade comercial deve ser tratada como uma cápsula infalível. A dominação, o controle, a direção unitária e a influência dominante são acontecimentos triviais entre as participantes dos grupos e por isso não devem ser relegadas à excepcionalidade, mas reconhecidas e reguladas, prevendo-se, de outra via, situações para a adequada compensação dos acionistas prejudicados e de resguardo de terceiros credores.

Os próprios limites da personalidade jurídica não devem ser intransponíveis, pois as sociedades comerciais não são um fim em si mesmas, mas representam um campo de imputação dos mais variados interesses, como o dos sócios (minoritários ou não), dos fornecedores, dos investidores, dos consumidores, dos trabalhadores, dos credores, do meio ambiente, do Estado etc. A personalização jurídica não pode representar a identificação do ente coletivo com os interesses dos seus integrantes, ainda mais nas sociedades componentes dos grupos societários, que tratam, geralmente, de atividades empresariais de grande escala, com alcance a um inimaginável número de pessoas.

A definição da responsabilização nos grupos é também tarefa árdua. Depende-se da comprovação de situações desvantajosas, danosas, abusivas ou ilícitas de difícil verificação e comprovação, dadas as vantagens e desvantagens aos integrantes da relação grupal. As presunções ou a inversão do ônus probatório podem ser soluções, desde que possam ser elididas ou aplicadas em casos de verdadeira impossibilidade probante.

Uma jurisprudência de valores nesse caso ganha relevo, tendo o Poder Judiciário, mais uma vez, importância imprescindível nas questões não definidas ou mal elaboradas pelo direito legislado.

Seja como for, a transparência de participações, de comando, de controle, de administração e de direção das sociedades componentes dos grupos é de grande relevância,

pois apresenta ao ambiente empresarial e à sociedade humana em geral quem são os verdadeiros atores da empresa plurissocietária, o que evita riscos, resguarda direitos e previne responsabilidades.

Em suma, o direito dos grupos não deve ser enquadrado num modelo dotado de artificialidade, mas que estabeleça limites e conseqüências jurídicas à realidade mutante desse fenômeno, mas sem desviá-lo do princípio maior de uma justiça distributiva.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective**. Denver (Boston): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. 549 p.
- _____. **Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária**. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. 1.073p.
- _____. **Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários**. Universidade Católica Portuguesa, Ed. Porto, 1994.
- _____. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O moderno paradoxo regulatório. **Revista Direito GV**, v.1, n. 2, jun./dez. 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 29-68.
- _____. The Law of Affiliated Companies in Portugal. **Rivista Delle Società**: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995, v. 1, Milano: Giuffrè, 1996. p. 355-388.
- ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas no Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.
- _____. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Tradução de Fábio Konder Comparato, in *Saggi di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè. Nova Série, ano XXXVII, n. 114, abr./jun. 1999. São Paulo: Malheiros, p. 239).
- _____. Interesse Sociale e Interesse Comune nel voto. **Rivista delle Società**, 1958.
- BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 335.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3. ed. refor., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BLUMBERG, Phillips I. The law of Corporate Groups in the United States. **Rivista delle Società**. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Primo, Milano: Giuffrè, 1996, p. 421-472.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 279.273/SP. Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 04.12.2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2008.
- BULGARELLI, Waldírio. **O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas**. São Paulo: Universitária, 1975.
- _____. **Manual das Sociedades Anônimas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 335p.
- CASILLO, João. Desconsideração da Pessoa Jurídica. **Revista dos Tribunais**, n. 528, ano 1979, p. 24-40.
- CARLEIAL, Liana. **Uma reflexão inicial sobre as possibilidades e limites da ação institucional na preparação da força de trabalho industrial para o setor automotivo no Paraná (Brasil)**. Documento disponibilizado, no 1º Semestre do ano de 2007, pela Professora Doutora Liana Carleial na disciplina de Teorias Econômicas do Curso de Mestrado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná.
- _____. GOMES FILHA, Maria Lucia de Figueiredo; NEVES, Lafaiete Santos. **Firmas rede na indústria automotiva brasileira: características gerais da relação com fornecedores, dos modelos de logística e dos mecanismos de coordenação**. Apresentado no Congresso The Third Congress on Proximity, “New Growth and Territories”, Paris, 13 e 14 de dezembro de 2001, p. 3.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v.

_____. **A Nova Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. In: **Direito Empresarial**: estudos e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Malheiros, 1983.

_____.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 597p.

_____. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XV, n. 23, p. 91-107, 1976.

_____. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005. 1.123p.

_____. **O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial**. 8. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2003.

D'ALESSANDRO, Floriano. Il Diritto delle Società da << Battelli del Reno >> alle << Navi Vichinghe >>. In: **Il Gruppo d'impresa Nella Realtà Giuridica Italiana**. Atti del Convegno di Verona, 6-7 novembre. Padova: Cedam, 1990. p. 3-16.

DUARTE, Diogo Pereira Duarte. **Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio**: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2007.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ESTACA, José Nuno Marques. **O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais**. Coimbra: Almedina, 2003. 196 p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. A Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, n. 9, jan./mar. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27-61.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FAVA, Ilaria. I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria. **Le Società. Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria e Fiscale**, anno XXII, Milano: IPSOA Scuola d'impresa, settembre 2003.

FERRARA, Francisco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Espanha, Madrid: Reus, 1929. 1.035p.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Ottava edizione: a cura di Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino: UTET, 1991.

_____. Concetto di Controllo e di Gruppo. In: **Disciplina Giurudica del Gruppo di Imprese, Esperienza e Proposte**. Atti del Convegno di Studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 Giugno 1981. Milão: Giuffrè, 1982. p. 67-85.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. 571p.

GALGANO, Francesco. I gruppi nella riforma delle società di capitali. In: **Contratto e Impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, diretti da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 2002. p. 1.015-1.045.

_____. Globalizzazione e conglomerazione. In: **Contratto e Impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. v. 1, ventiduesimo anno, Padova: CEDAM, 2006. p. 73-92.

_____. L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo. In: **Contratto e Impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. v. 1, sesto anno, Padova: CEDAM, 1990. p. 401-522.

_____. **Qual è l'oggetto della società holding?** In: **Contratto e Impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. v. 1, Padova: CEDAM, 1986. p. 327-343.

_____. Il bilancio della capogruppo, il bilancio consolidato e la responsabilità degli amministratori della holding. In: **Contratto e Impresa**: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. v. 1, tredicesimo anno, Padova: CEDAM, 1997. p. 269-275.

GAMBINO, Agostinho. I gruppi in Itália allá luce del progetto di IX diretiva. **Giurisprudenza Commerciale**, ano XIV, primeira parte, p. 5, 1987.

_____. **La disciplina del conflitto di interessi del sócio. Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (Abuso di potere nel procedimento assembleare)**. Milão: Giuffrè, 1987.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de Direito Societário**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Direito de Empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. **Interpretação e Crítica**, n. 5, p. 26-27.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

IRUJO, José Miguel Embid. **Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades**. Granada: Editorial Comares, 2003.

JAEGER, Píer Justo. **L'Interesse Sociale**. Milano: Dott, A. Giuffrè Editore, 1964.

_____. L'interesse sociale rivisitato (quarent'anni dopo). In: **Giurisprudenza Commerciale**, anno XXVII, Parte Prima. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 795-812.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. Tese elaborada para concurso público de provas e títulos de professor titular de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed., rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard Doctrine*) e os Grupos de Empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walter Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, p. 199-223.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **La nationalité des Sociétés et le Droit International Privé Brésilien**. Université de Droit d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 08.11.1976, p. 301.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa Jurídica: Por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra hoje?. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). **Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. Curitiba: OAB, Seção Paraná, 2005.

_____. **As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Civil, 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 151-161.

LUTTER, Marcus. The Law of groups of companies in Europe: A challenge for jurisprudence. In: **Forum Internazionale**, v. 1, n. 1, 1983.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas; lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 3º volume: artigos 206 a 300, 635 p.

MARCELO, Paulo Lopes. **A Blindagem da Empresa Plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTALENTI, Paolo. Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. In: **Rivista delle Società**. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996. p. 1.626-1.649.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. **Revista de Direito Mercantil**, n. 134, p. 25-47.

LOBO, Jorge. **Contrato de “franchising”**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 91p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LUTTER, Marcus. The Law of groups of companies in Europe: A challenge for jurisprudence. In: **Forum Internazionale**, v. 1, 1983, n. 1, 34p.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 632p.

OLIVEIRA, Francisco de. **Os Direitos do Antivalor: a economia política da hegemonia imperfeita**. Petrópolis: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Conceito de pessoa jurídica**. Tese (Livre-docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962.

_____. Personalidade Jurídica da sociedade irregular. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, ano 10, n. 10, 1964-1967.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do Poder de Controle**. São Paulo: Saraiva, 1995. 310p.

PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes. Anotações sobre os Grupos de Sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 82, Nova Série, 1991, p. 30-38.

PEREZ, Carlota. Microelectronics, Long Waves and World Strucural Change: New Perspectivs For Deveolping Countries. In: **World Development**, v. 13, n. 3, p. 441-463, 1985.

_____. **Cambio Técnico, Restruturación Competitiva y Reforma Institucional em Los Países en Desarrollo**. Charla en el Foro de apertura de ciclo “La ciencia y la tecnologia em la construcción del futuro del país” organizado por el MCT, Caracas, Junho de 2000. Disponível em: <www.carlotaperez.org>. Acesso em: 10 maio 2007.

_____. **Cambio de Paradigma y rol de la tecnologia em el desarrollo**. Keynote speech in the series of seminars Science and Technology for the future of the country, organized by the Ministry of Science and Technology, June, 2000, Caracas, Venezuela. Disponível em: <www.carlotaperez.org>. Acesso em: 10 maio 2007.

PRADO, Viviane Muller. Pessoa Jurídica Dependente. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). **Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. Curitiba: OAB, Seção Paraná, 2005.

_____. **Conflitos de Interesses nos Grupos Societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. TRONCOSO, Maria Clara. Os Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ. In: **Artigos Direito GV, working papers**, n. 01, nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/App/Data/Publication/WP1.pdf>. Acesso em: 15 maio 2008, às 10:34h.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. II.

_____. **Aspectos Modernos do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 58, v. 410, dez. 1969.

SALAFIA, Vincenzo. La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate. In: **Le Società. Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria e Fiscale**, n. 1, ano XXII, Milão: Ipsoa Scuola D’Impresa, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Novo Direito Societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito Empresarial Público. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, Nova Série, ano XXXVI, n. 112, out./dez. 1998, p. 9-18.

_____. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação**: Objecto Social e Representação Plural. Coimbra: Almedina, 2000.

SANTOS, Fernando Muniz. Globalização Econômica, Estado e Mercado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 239-258.

SCOGNAMIGILIO, Giuliana. **Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

_____. Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento. In: **Il Nuovo Diritto Delle Società**. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, n. 3, Torino: UTET Giuridica, 2007, p. 947-948.

_____. **“Gruppo” e “controllo”**: tipologia dei gruppi di impresa. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Turim: Giappichelli, 1996.

_____. I gruppi di società. In: ALEGRI, V.; CALVOSA, L.; CERRAI, A.; D’ALESSANDRO, F. FORTUNATO, S.; GRIPPO, G.; MAFFEI ALBERTI, A.; MANGINI, V.; PARTESOTTI, G.; PIRAS, A.; SCONAMIGLIO, G.; VOLPE PUTZOLU, G.; ZANARONE, G. **Diritto commerciale**. 4. ed. Bologna: Monduzzi, 2004.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SUGARMAN, David. Corporate Groups in Europe: Governance, Industrial Organization, and Efficiency in a Post Modern Worl. In: **Regulating Corporate Groups in Europe**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1990. 547p.

VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 134, ano XLIII. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALOR GRANDES GRUPOS. **Valor Econômico**, n. 3, Rio de Janeiro, dez. 2004.

VELTZ, Pierre. **Le Nouveau Monde Industriel**. Paris: Éditions Gallimard, 2000.