

VALESCA CAMARGOS SILVA

GRUPOS DE SOCIEDADES E RESPONSABILIDADE INTRAGRUPAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Nova Lima

2014

VALESCA CAMARGOS SILVA

GRUPOS DE SOCIEDADES E RESPONSABILIDADE INTRAGRUPAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

PROF. DOUTOR RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR (ORIENTADOR)

PROF. DOUTOR VINÍCIUS JOSÉ MARQUES GONTIJO

PROF. DOUTOR MARCELO ANDRADE FÉRES (UFMG)

(SUPLENTE)

Nova Lima, _____, _____, 2014

Aos meus sócios, Janir, Eduardo, Alessandra e Gustavo, pela paciência e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Ao terminar este projeto que tanto da minha dedicação exigiu, não posso deixar de agradecer, em primeiro lugar, aos meus colegas e sócios Janir, Eduardo, Alessandra e Gustavo. Tenho convicção que jamais seria capaz de conciliar a advocacia e o curso de mestrado, não fosse pelo apoio de vocês que tantas vezes me fizeram substituir para que eu pudesse cumprir algum compromisso acadêmico. Eu só posso lhes agradecer da forma mais sincera possível, prometendo utilizar o conhecimento adquirido em favor do sucesso da nossa sociedade.

Agradeço também aos meus pais que me ofereceram a base necessária para que eu pudesse dar início a este projeto e o apoio indispensável para concluí-lo com êxito. Vocês foram especialmente relevantes em um momento da minha vida em que o chão me faltou e que prosseguir na caminhada se mostrou ainda mais desafiador. Eu não teria chegado aqui sem o carinho e o apoio de vocês.

Aos meus irmãos, Carol e Waltinho, que torceram pela minha vitória como se fosse deles e que não me deixaram esquecer que, aconteça o que acontecer, estarão sempre ao meu lado. Eu não tenho dúvida que o nosso amor é maior que tudo.

Ao George, que tanto me motivou a assumir este desafio. Mesmo não estando mais juntos não posso deixar de reconhecer que esta conquista também é sua, meu principal incentivador.

E por último, mas não menos importante, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, que me aceitou como sua orientanda no meio do curso e apoiou a minha decisão de mudar de tema, compreendendo as minhas limitações, mas sempre demonstrando confiar no meu potencial. A sua forma de ensinar, mostrando a direção, mas deixando que o aluno caminhe sozinho, é um exemplo que me inspira.

“The Law enjoys as much authority as the chances of its own implementation permits: the most elegant legal rights are totally useless for the dependent company, its minority associates and creditors, when they are not and they cannot be realized in practice” (LUTTER apud ANTUNES, 1994, p. 395)

RESUMO

A presente dissertação trata da responsabilidade entre as sociedades membros dos grupos de sociedades. Buscou-se verificar com tal estudo se o sistema regulatório brasileiro em matéria de responsabilidade intragrupal e as soluções jurisprudenciais oferecidas para os litígios daí decorrentes estão adequados à realidade econômica dos grupos de sociedades. O desenvolvimento do trabalho se deu da seguinte forma: Na seção 2 foi traçado um breve histórico da transformação da empresa individual à empresa de grupo, mostrando com base em dados estatísticos a relevância que os grupos de sociedades possuem atualmente no cenário econômico mundial, bem como a interferência que a adoção deste tipo de estrutura societária acarreta na eficiência econômica da atividade empresarial. Na seção 3 os princípios da autonomia e do controle societário foram estudados a fim de melhor compreender a tensão existente entre unidade econômica e diversidade jurídica nos grupos. Na seção 4 foram expostas as principais estratégias regulatórias adotadas ao redor do mundo para os grupos de sociedades e, em seguida, identificadas na literatura jurídica estrangeira algumas críticas traçadas a cada um dos modelos estudados. Ainda na seção 4, abordou-se a solução legislativa proposta pelo autor português José Q. L. Engrácia Antunes para transpor as falhas identificadas em cada um dos modelos regulatórios estudados. Na seção 5, por sua vez, analisou-se como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina os grupos de sociedades, com foco na verificação da responsabilidade intragrupal prevista pela legislação empresarial, em especial Lei de Sociedades Anônimas (LSA) e Código Civil Brasileiro (CC/02). Na seção 6, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi analisada a fim de se verificar em que elementos fáticos têm-se baseado os julgadores para transpor a regra da autonomia jurídica entre as sociedades do grupo e atribuir responsabilidade à sociedade-mãe pelas obrigações contraídas pelas suas filiadas, e vice-versa. Concluiu-se, ao final, que a solução extremamente simplista adotada pelo regramento brasileiro em matéria de responsabilidade intragrupal, que pressupõe a completa autonomia entre as sociedades-membros, mostra-se insuficiente, assim como inadequadas são as soluções jurisprudenciais que tentam reprimir a existência do controle societário nos grupos, que é a regra, com remédios destinados a corrigir desvios temporários.

Palavras-Chave: Grupos de sociedades. Autonomia e Controle Societário. Responsabilidade Intragrupal. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

This dissertation deals with the intragroup liability of Groups of Companies. We attempted to verify if the Brazilian regulatory system relating to intragroup liability and jurisprudential solutions offered by the ensuing litigation, is appropriate to the economic reality of corporate groups. The development work is given as follows: The section 2 outlined a brief history of the transformation of the individual company and group company, demonstrating statistical data based on the relevance of groups of companies currently have in the global economy as well as the interference of the adoption of this type of structure on economic efficiency of business activity. In the section 3 the principles of autonomy and corporate control were studied in order to better understand the tension between economic and legal unity in diversity groups. In the section 4 was exposed the main regulatory strategies adopted around the world for corporate groups and then identified the foreign doctrine the main criticisms drawn to each of the models studied. Even in the section 4, addressed the legislative solution proposed by Portuguese author José Q. L. Engracia Antunes to bridge the gaps identified in each of the studied regulatory models. The section 5, in turn, was devoted to analyzing how the Brazilian legal discipline groups of companies, focusing on the verification of intragroup liability under the company law, in particular the Corporations Act (LSA) and the Civil Code (CC / 02). In the section 6, the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) was analyzed in order to verify that factual elements have been based on the judges to implement the rule of the legal autonomy among the companies in the group and assign responsibility to the parent company the obligations undertaken by its affiliates, and vice versa. It was concluded in the end that the extremely simplistic solution adopted by the Brazilian ruling regarding intragroup liability which presupposes the complete autonomy among member companies, has proved insufficient, as are inadequate the jurisprudential solutions that attempt to suppress the existence of the corporate control groups, being the rule, with remedies for correcting temporary deviations.

Keywords: Corporate Groups. Autonomy and Corporate Control. Intragroup Liability. Disregard Doctrine.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Comércio bruto global por tipo de envolvimento com empresas transnacionais, 2010

FIGURA 2 – Ranking das maiores economias do mundo, 2000

FIGURA 3 - Correlação entre o crescimento do PIB e a participação em CGVs

LISTA DE ANEXOS

Anexo I – Ranking dos 200 maiores grupos que atuam no Brasil

Anexo II – Estatística levantada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação demonstrando o número de empresas registradas no Brasil por natureza jurídica

LISTA DE SIGLAS

AEG - *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft* (multinacional alemã)
AktG – *Aktiengesetz* (Lei de Sociedades Anônimas Alemã)
BHCA - *Bank Holding Company Act*
CC/02 – Código Civil de 2002
CEE - Comunidade Econômica Europeia
CERCLA - *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*
CGV - Cadeias Globais de Valor
DJ – Diário da Justiça
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
EFTA - *European Free Trade Association*
ERISA - *Employee Retirement Income Security Act*
FMI - Fundo Monetário Internacional
GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*
GVC - *Global Value Chain*
IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação
IDE - Investimento Direto Externo
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
LSA – Lei de Sociedades Anônimas – Lei 10.406/76
NLRB - *National Labor Relations Act*
OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico
PIB – Produto Interno Bruto
PND – Plano Nacional de Desenvolvimento
SME - *Small and Medium-sized Enterprises*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
UNCTAD - *United Nations Conference on Trade and Development*
WIR – *World Investment Report*

LISTA DE ABREVIATURAS

ampl. - ampliada

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

atual. – atualizada

coord. - coordenador

Dr. – Doutor

Ed. - Editor

Etc – *Et cetera*

Ex. – exemplo

f. - folha

f. – folha

n. – número

Org. – organizador

p. – página

Prof. – Professor

rev. – revista

t. - tomo

v. - volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	DA EMPRESA INDIVIDUAL À EMPRESA DE GRUPO	17
2.1	A relevância dos grupos de sociedades no cenário econômico	18
2.2	Grupos de sociedades e eficiência econômica	21
3	AUTONOMIA E CONTROLE SOCIETÁRIO	24
3.1	Identificação da relação de controle	26
3.1.1	<i>Controle Interno</i>	27
3.1.2	<i>Controle externo</i>	29
3.2	A legitimação do controle. A nova feição da legislação societária	29
3.3	Abuso do poder de controle	32
3.4	Autonomia e Controle nos Grupos de sociedades	35
3.4.1	<i>A tensão entre Unidade e Diversidade</i>	36
3.4.2	<i>Grupos centralizados x grupos descentralizados</i>	39
4	MODELOS REGULATÓRIOS PARA OS GRUPOS DE SOCIEDADES	45
4.1	Teoria Clássica. Modelo Americano	46
4.2	Teoria Revolucionária: Modelo orgânico	50
4.2.1	<i>Regulamento Proposto pela Comunidade Econômica Europeia</i>	51
4.2.2	<i>Regulamento Proposto pela Nona Diretiva da Comissão da União Europeia</i>	52
4.2.3	<i>Regulamento proposto pela ONU</i>	52
4.2.4	<i>Regulamentos propostos pela França e pela Espanha</i>	53
4.2.5	<i>A previsão italiana</i>	54
4.3	Estratégia Intermediária: Modelo Alemão	55
4.3.1	<i>Sistema Regulatório Alemão</i>	55
4.3.2	<i>Sistema Regulatório Português</i>	60
4.4	Inadequação dos regulamentos propostos na visão de José Antunes	60
4.4.1	<i>Críticas ao modelo americano</i>	60
4.4.2	<i>Críticas ao modelo proposto pela União Europeia</i>	63
4.4.3	<i>Críticas ao sistema regulatório alemão</i>	66
4.5	Solução legislativa proposta por José Engrácia Antunes	71
4.6	A contribuição de Gunther Teubner	78
5	OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	83

5.1 Os Grupos de sociedades na Lei de Sociedades por Ações.....	83
<i>5.1.1 Grupos de Direito</i>	<i>84</i>
<i>5.1.2 Grupos de Fato</i>	<i>87</i>
5.2 O Código Civil de 2002 e os grupos de sociedades	89
<i>5.2.1 Relação de Controle</i>	<i>90</i>
<i>5.2.2 Coligação em sentido estrito ou filiação</i>	<i>91</i>
5.3 Responsabilidade intragrupal no sistema jurídico brasileiro.	95
5.4 Críticas ao sistema regulatório brasileiro	98
6 OS GRUPOS DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR	
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	104
6.1 Análise da jurisprudência do STJ	104
6.2 Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.	109
6.3 Teoria da Aparência	117
6.4 Teoria da Simulação	119
6.5 Fraude Contra Credores	120
7 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	125
ANEXOS	130

1 INTRODUÇÃO

A análise do regramento brasileiro em matéria de grupo não deixa margem de dúvida: a personalidade de cada sociedade do grupo é autônoma e a controladora não pode ser responsabilizada por obrigação assumida por sua(s) subsidiária(s) e vice-versa. A jurisprudência, por sua vez, tem procurado, casuisticamente, reprimir as situações em que se vislumbra abuso na utilização da forma de estruturação da empresa em grupo, utilizando-se das mais diversas técnicas para atribuição de responsabilidade intragrupal, dentre as quais se destaca a Desconsideração da Personalidade Jurídica e as teorias da Aparência, Simulação e Fraude contra Credores. Não há como negar, contudo, que a solução legislativa ofertada tem-se mostrado insuficiente para regular a nova realidade societária das empresas de grupos. Prova disso é o grande número de processos questionando a ficção da autonomia entre as sociedades do grupo. Aliás, foi exatamente esta constatação preliminar que motivou e tornou relevante o estudo do tema.

Este trabalho se dedica a estudar o fenômeno dos Grupos de sociedades, tendo por objetivo investigar na legislação e na jurisprudência brasileira, em que circunstâncias a autonomia jurídica das sociedades tem sido afastada ou ignorada para fins de se atribuir responsabilidade às demais sociedades do grupo. Procurou-se verificar se existe uma base para imposição de responsabilidade intragrupal e se as teorias evocadas pelo Judiciário para tal fim têm sido aplicadas de forma adequada. O estudo perpassa pela contradição paradoxal entre situação de direito (pluralidade jurídica de entes societários autônomos) e situação de fato (unidade econômica e diretiva). Para um melhor desenvolvimento do trabalho e uma conclusão mais fiel possível da verdade, as seções foram organizadas da seguinte forma:

Na seção 2 foi traçado um breve histórico evolutivo das formas de organização empresarial, buscando-se compreender em que contexto econômico surgiram os grupos de sociedades e quais as suas características basilares. Em seguida, foram apresentados dados estatísticos extraídos, sobretudo, dos relatórios divulgados anualmente pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) para apurar a relevância dos grupos de sociedades na economia global. Os relatórios divulgados pela ONU foram utilizados, ainda, para demonstrar como a participação das sociedades membros dos grupos em cadeias de produção transnacionais pode significar maior eficiência econômica, além de aumentar os níveis de renda dos países sede.

Na seção 3 o princípio do controle societário foi estudado com enfoque na sua legitimação pela legislação empresarial brasileira. Buscou-se identificar, também, qual a relação do fenômeno grupal com a diminuição da autonomia societária, bem como qual é a linha limítrofe que permite classificar um grupo como centralizado ou descentralizado.

Na seção 4 foram expostos os principais modelos regulatórios para os grupos de sociedades, organizando as teorias que os fundamentam em três categorias distintas: (i) teoria clássica; (ii) teoria revolucionária; e (iii) teoria intermediária. Após a exposição dos principais modelos regulatórios já existentes em matéria de grupo, o ponto de vista do autor português José Q. L. Engrácia Antunes foi revelado, tanto apontando as falhas verificadas em cada um dos modelos, quanto expondo as principais características de um novo sistema regulatório idealizado por ele para os grupos de sociedades.

Na seção 5 foram estudados os grupos de sociedades no sistema regulatório brasileiro. Ressaltou-se que a Lei de Sociedades Anônimas (LSA) se inspirou no modelo dual alemão para separar os grupos de sociedades entre *grupos de fato* e *grupos de direito*. As disposições contidas no Código Civil Brasileiro (CC/02) sobre os grupos de sociedades também foram estudadas na seção 5, com foco, sobretudo, naquilo em que se afasta do regime idealizado pela LSA. Após colacionar a opinião crítica de diversos juristas sobre o sistema legislativo brasileiro em matéria de grupos de sociedades, chegou-se a conclusão que o mesmo se mostra hoje insuficiente, eis que excessivamente simplista e desconexo com a realidade econômica dos grupos.

Na seção 6, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi analisada a fim de se identificar como a questão da responsabilidade intragrupal evoluiu no direito brasileiro desde a edição da LSA, inobstante tenha o regramento permanecido praticamente intocado. Foram estudados, ainda, os delineamentos e consequências jurídicas dos principais remédios utilizados pelos julgadores nos casos em que consideram inadequado o tratamento das sociedades do grupo como entidades autônomas e independentes entre si.

Concluiu-se, ao final, serem quase sempre inadequadas as soluções jurisprudenciais em matéria de responsabilidade intragrupal, eis que tentam reprimir a existência do controle societário nos grupos, que é a regra, com remédios destinados a corrigir desvios temporários.

Deixam de observar com frequência, ainda, que a autonomia jurídica, patrimonial e organizativa da sociedade-membro, apenas pode ser superada em situações extremas, sendo impensável, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a atribuição de responsabilidade por mera verificação da existência de relação de controle. Daí que, embora bastante instrutivas, as tentativas do STJ de se adotar jurisprudencialmente um parâmetro para imposição de responsabilidade intragrupal, longe de esclarecer, tem dissipado ainda mais a sua imprecisão.

2 DA EMPRESA INDIVIDUAL À EMPRESA DE GRUPO

José Engrácia Q. L. Antunes (1994, p. 18-19) narra que quando as primeiras legislações comerciais foram editadas, a sociedade independente se sobressaía no campo ideológico. O liberalismo supervalorizava a liberdade e pregava a concorrência perfeita baseada na existência de um infinito número de empresas de dimensão similar, o que justificava a existência de sociedades autônomas e independentes entre si. O legislador, então, deu continuidade ao arquétipo individualista que prevalecia no imaginário político tendo baseado a legislação comercial exclusivamente no paradigma das sociedades empresárias individuais.

O modelo de concorrência perfeita, contudo, não passou de ideologia e a realidade é que as empresas a partir da industrialização e, sobretudo, com a globalização da economia, tenderam a crescer cada vez mais, concentrando poder. Inicialmente, as sociedades responderam a tal imperativo de crescimento por meio da *expansão interna*. Por meio de fusões as empresas se permitiam crescer sem perder a individualidade jurídica. Logo foram percebidas, no entanto, limitações financeiras, administrativas e legais que demonstravam não ser o modelo de expansão interna o ideal.

As limitações financeiras referiam-se ao fato de que as sociedades não podiam garantir indefinidamente os meios financeiros suficientes para assegurar o seu próprio crescimento. As limitações administrativas ocorriam em virtude do gigantismo das sociedades impedir uma gestão eficiente do todo econômico. As limitações legais, por sua vez, decorriam do fato de que os custos fiscais das operações de fusão e surgimento de leis antitrustes barravam de forma incisiva a formação de grandes corporações tendentes ao monopólio.

Passou-se a adotar, então, a estratégia de *expansão externa* com a formação de Grupos de sociedades¹. Neste novo modelo, as sociedades mantêm a sua autonomia jurídica, patrimonial e organizativa, sujeitando-se, contudo, a uma unidade econômica com estratégias e interesses comuns.

¹ Pode-se citar como exemplos de grandes grupos conglomerados que eclodiram no cenário mundial entre 1920 e 1930: AEG na Alemanha, Mattei Group na Itália, Peugeot ou Boussac na França, Unilever e Shell na Inglaterra e Holanda e as gigantes japonesas Mitsubishi, Mitsui, Sumitomo.

É possível identificar duas principais fases no movimento concentracionista. A primeira, classificada por Champaud, como de tipo primário, consiste num crescimento de dimensão da empresa, pela absorção das unidades, reduzindo-se o seu número. A partir do momento em que o gigantismo ameaçou suplantir os benefícios dessa expansão, desenvolveu-se um outro tipo de concentração, através das coligações, aquisições de controle de outras sociedades e acordos entre concorrentes. Esta segunda fase caracteriza-se pela integração das sociedades num agrupamento, subordinado à mesma direção econômica (WALD, 2011, p. 339).

Adolf A. Berle (1947, p. 343) inclui, ainda, como razão para a formação dos grupos a distribuição de responsabilidade entre gerências. O autor ressalta que muitos administradores que estão preparados para aceitar a responsabilidade por um determinado trabalho em um empreendimento não iriam aceitar a responsabilidade geral por todo o seu funcionamento. Na verdade, em um empreendimento com produção em larga escala, poucos indivíduos aceitariam a inteira responsabilidade pela sua administração, passando-se a adotar a estratégia de incorporar de forma separada os departamentos dos empreendimentos empresariais que passaram a operar como unidades jurídicas independentes.

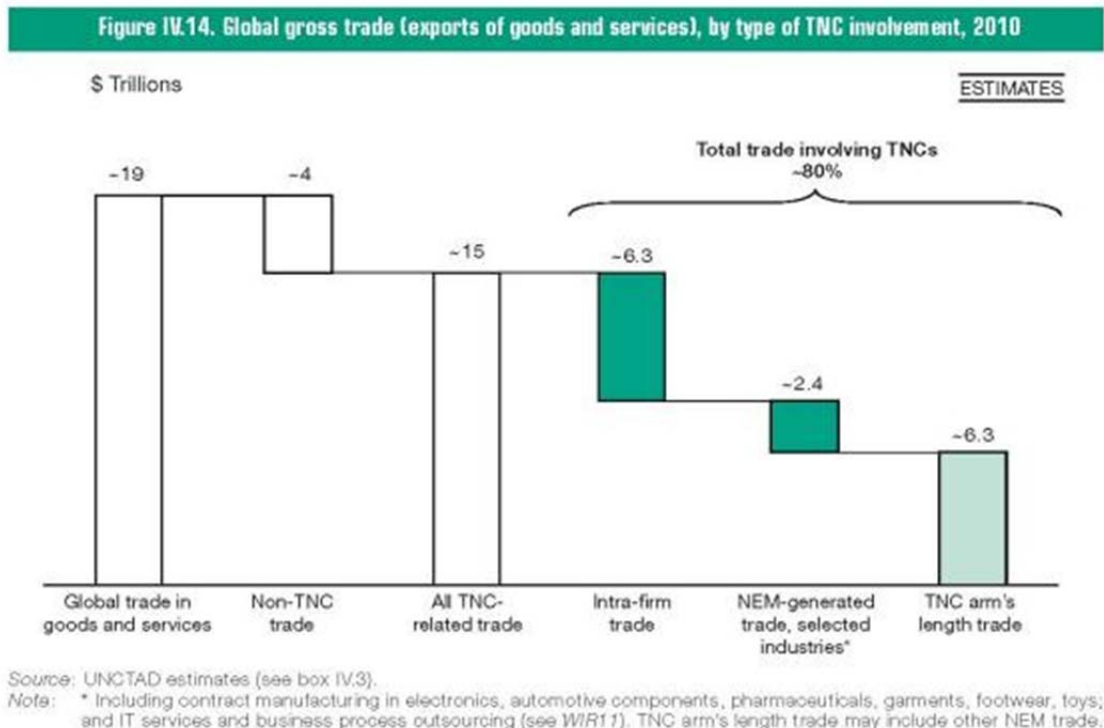
2.1 A relevância dos grupos de sociedades no cenário econômico

O modelo de exploração da atividade empresarial por meio da formação de grupos de sociedades expandiu-se rapidamente, assumindo grande relevância econômica para o cenário econômico mundial. A ONU levantou dados na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)² de 2013 que demonstram que cerca de 80% (oitenta por cento) do comércio global em 2010 estava ligado a redes de produção de grupos transnacionais (Figura 1). Os resultados desta pesquisa foram divulgados no Relatório sobre Investimentos Mundiais (WIR) de 2013.

Os números levantados são impressionantes, sobretudo se considerar-se que a pesquisa foi feita tomando-se apenas as sociedades que possuem participação societária em outra, não levando em consideração as infinitas formas de associação que os empreendimentos empresariais se utilizam, como contratos particulares, franquias, administração interligada etc., o que fariam os números ainda mais relevantes.

² No inglês, *United Nations Conference on Trade and Development*.

Figura 1 - Comércio bruto global por tipo de envolvimento com empreendimentos transnacionais, 2010



Fonte: WIR 2013

Relatórios divulgados pela ONU na UNCTAD de 2008 dão conta que até o final de 2007 havia cerca de 79.000 empreendimentos transnacionais envolvidos na produção internacional, com cerca de 790 mil sociedades afiliadas no exterior. O Investimento Direto Externo (IDE) chegou a mais de 15 trilhões de dólares americanos em 2007. O valor adicionado por empreendimentos transnacionais foi estimado em US\$ 6 trilhões e as vendas totais em US\$ 31,2 trilhões, enquanto a exportação mundial ficou na casa dos US\$ 17 trilhões. Filiais estrangeiras foram responsáveis por aproximadamente 11% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial em 2007, em comparação com 7% em 1990 (UNCTAD, 2008).

Alguns números ilustram a crescente importância das atividades das transnacionais sobre as duas últimas décadas:

- Estima-se que o número de trabalhadores em filiais estrangeiras em todo o mundo foi de 81,6 milhões em 2007, em comparação com 21,5 milhões em 1982;

- Sociedades afiliadas estrangeiras geraram um produto bruto de cerca de 6,1 trilhões de dólares americanos em 2007, contra US\$ 0,6 trilhões em 1982;
- As vendas totais de filiais estrangeiras estavam perto de US\$ 31,2 trilhões em 2007, em comparação com US\$ 2,7 trilhões em 1982;
- As exportações realizadas por filiais estrangeiras em 2007 foram estimadas em US\$ 5,7 trilhões, em comparação com US\$ 0,7 trilhões em 1982;
- Sociedades afiliadas estrangeiras detinham ativos totais de cerca de US\$ 68,7 trilhões em 2007, contra US\$ 2,2 trilhões em 1982.

Figura 2 – Ranking das maiores economias do mundo, 2000

Box table IV.1.1. How large are the top TNCs vis-à-vis economies in 2000?
(Billions of dollars)

Rank	Name of TNC/economy	Value ^a added	Rank	Name of TNC/economy	Value ^a added	Rank	Name of TNC/economy	Value ^a added
1	United States	9 810	34	Greece	113	67	Libyan Arab Jamahiriya	31
2	Japan	4 765	35	Israel	110	68	BP	30
3	Germany	1 866	36	Portugal	106	69	Wal-Mart Stores	30 ^c
4	United Kingdom	1 427	37	Iran, Islamic Republic of	105	70	IBM	27 ^b
5	France	1 294	38	Egypt	99	71	Volkswagen	24
6	China	1 080	39	Ireland	95	72	Cuba	24
7	Italy	1 074	40	Singapore	92	73	Hitachi	24 ^b
8	Canada	701	41	Malaysia	90	74	TotalFinaElf	23
9	Brazil	595	42	Colombia	81	75	Verizon Communications	23 ^d
10	Mexico	575	43	Philippines	75	76	Matsushita Electric Industrial	22 ^b
11	Spain	561	44	Chile	71	77	Mitsui & Company	20 ^c
12	Korea, Republic of	457	45	ExxonMobil	63 ^b	78	E.On	20
13	India	457	46	Pakistan	62	79	Oman	20
14	Australia	388	47	General Motors	56 ^b	80	Sony	20 ^b
15	Netherlands	370	48	Peru	53	81	Mitsubishi	20 ^c
16	Taiwan Province of China	309	49	Algeria	53	82	Uruguay	20
17	Argentina	285	50	New Zealand	51	83	Dominican Republic	20
18	Russian Federation	251	51	Czech Republic	51	84	Tunisia	19
19	Switzerland	239	52	United Arab Emirates	48	85	Philip Morris	19 ^b
20	Sweden	229	53	Bangladesh	47	86	Slovakia	19
21	Belgium	229	54	Hungary	46	87	Croatia	19
22	Turkey	200	55	Ford Motor	44	88	Guatemala	19
23	Austria	189	56	DaimlerChrysler	42	89	Luxembourg	19
24	Saudi Arabia	173	57	Nigeria	41	90	SBC Communications	19 ^d
25	Denmark	163	58	General Electric	39 ^b	91	Itochu	18 ^c
26	Hong Kong, China	163	59	Toyota Motor	38 ^b	92	Kazakhstan	18
27	Norway	162	60	Kuwait	38	93	Slovenia	18
28	Poland	158	61	Romania	37	94	Honda Motor	18 ^b
29	Indonesia	153	62	Royal Dutch/Shell	36	95	Eni	18
30	South Africa	126	63	Morocco	33	96	Nissan Motor	18 ^b
31	Thailand	122	64	Ukraine	32	97	Toshiba	17 ^b
32	Finland	121	65	Siemens	32	98	Syrian Arab Republic	17
33	Venezuela	120	66	Viet Nam	31	99	GlaxoSmithKline	17
						100	BT	17

Source: UNCTAD.

^a GDP for countries and value added for TNCs. Value added is defined as the sum of salaries, pre-tax profits and depreciation and amortisation.

^b Value added is estimated by applying the 30 per-cent share of value added in the total sales, 2000, of 66 manufacturers for which the data were available.

^c Value added is estimated by applying the 16 per-cent share of value added in the total sales, 2000, of 7 trading companies for which the data on value added were available.

^d Value added is estimated by applying the 37 per-cent share of value added in the total sales, 2000, of 22 other tertiary companies for which the data on value added were available.

Fonte: WIR 2002

Strasser, Nicholas e Gouvin (2007, p. 4) narram que um aspecto notável do tamanho dos principais grupos transnacionais é como eles podem até mesmo ultrapassar o tamanho de economias nacionais. Os autores informam que a ONU comparou a receita total dos empreendimentos transnacionais com o PIB dos países e concluiu que, em 1999, as vendas das 200 maiores corporações foram responsáveis por 27,5% por cento do PIB mundial. Das 50 maiores economias, 14 eram multinacionais e 36 eram países³. O tamanho da *ExxonMobil*⁴, por exemplo, com um valor agregado estimado em 63 bilhões de dólares, era em 1999 aproximadamente o mesmo das economias nacionais do Chile ou do Paquistão (Figura 2).

Em âmbito nacional, os números não impressionam menos. Conforme dados extraídos do anuário “Grandes Grupos” publicado pela Valor Econômico em 2013, os 200 maiores grupos que atuam no Brasil (Anexo I) auferiram, juntos, R\$ 3 trilhões de receita em 2012, contra R\$ 2,7 trilhões no ano anterior. Tal receita equivale a 64% do PIB nacional. A rentabilidade destes grupos foi de 5,4%, enquanto o PIB brasileiro cresceu apenas 0,9%. Mesmo diante da conjuntura adversa e indicadores em queda, os maiores conglomerados do país obtiveram resultados que superam de longe o desempenho fraco da economia do país como um todo.

Diante destes números, não há como negar a relevância dos grupos de sociedades na economia global atual, sendo o desenvolvimento da atividade empresarial por grandes conglomerados uma realidade sem volta.

2.2 Grupos de sociedades e eficiência econômica

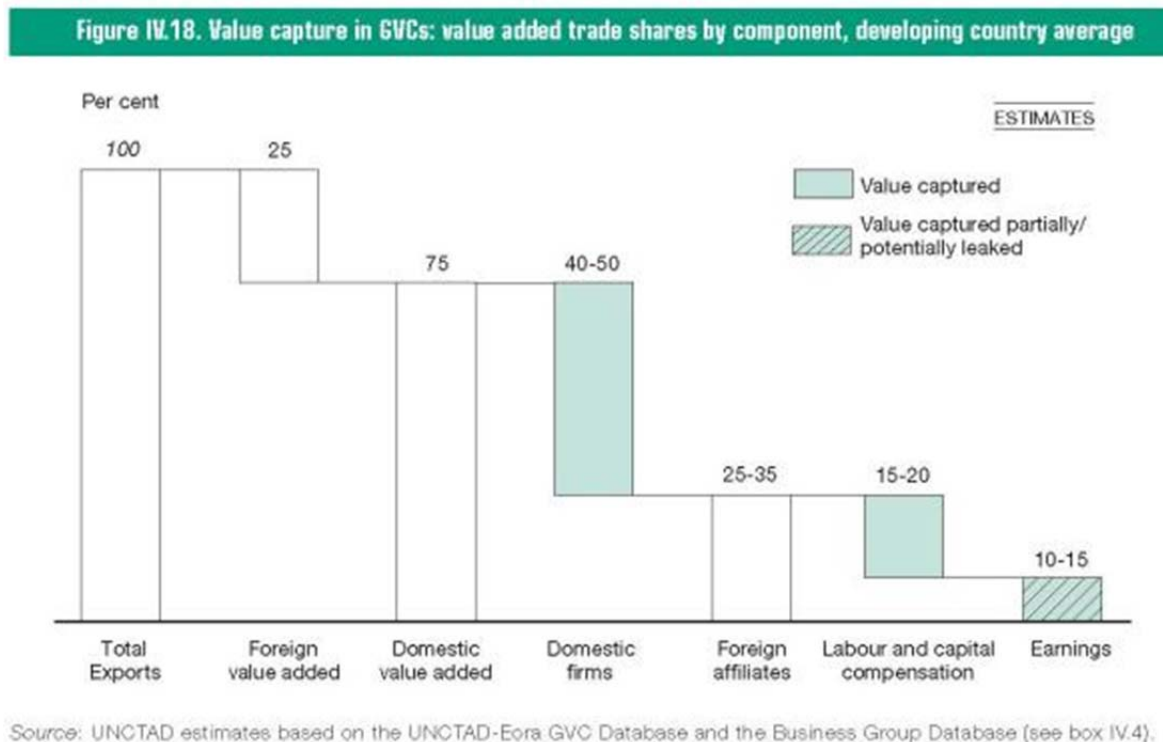
A fragmentação dos processos de produção e dispersão internacional de tarefas e atividades levou ao surgimento da produção sem fronteiras por redes complexas em cadeia ou sequenciais com atuação global ou regional. Estes sistemas são referidos como Cadeias Globais de Valor (CGV)⁵. As CGV são normalmente coordenadas por grandes grupos transnacionais com o comércio transfronteiriço de insumos de produção e saídas que ocorrem dentro de suas redes de afiliados, parceiros contratuais e fornecedores de curta distância.

³ Os dados apontados pelos autores foram extraídos do WIR 2002, publicado pela UNCTAD.

⁴ A *ExxonMobil* foi a maior empresa da lista das cem maiores.

⁵ No inglês *global value chain* (GVC)

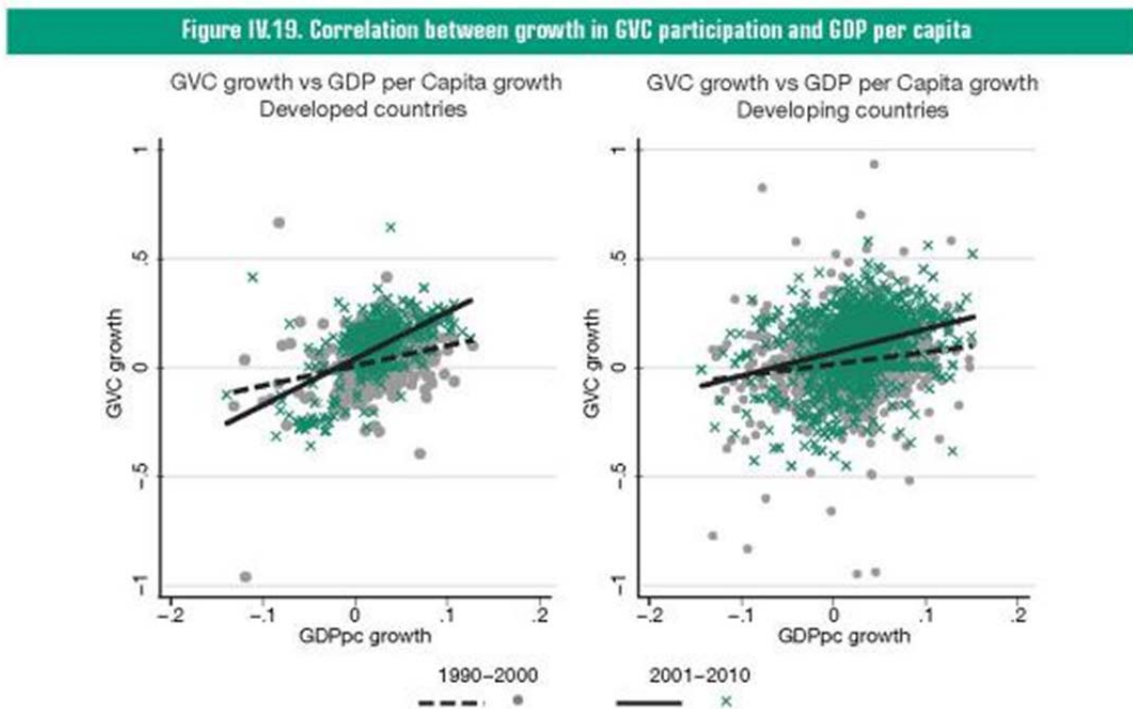
Figura 3 - Correlação entre o crescimento do PIB e a participação em CGV



Fonte: WIR, 2013

Pesquisas realizadas pela ONU correlacionando a participação dos empreendimentos em CGV e taxas de crescimento per capita do PIB mostram uma relação significativa e positiva, tanto para as economias desenvolvidas como em desenvolvimento (Figura 3). As economias com maior participação em CGV têm taxas de crescimento do PIB *per capita* de cerca de 2 pontos percentuais acima da média. Além disso, a participação em CGV tende a levar à criação de empregos nos países em desenvolvimento (figura 4).

Figura 4 - Taxa de crescimento do PIB *per capita* de crescimento na participação em CGVs apenas em economias em desenvolvimento no período entre 1990 e 2010



Source: UNCTAD-Eora GVC Database, UNCTAD analysis.

Note: The regression of the annual real GDP per capita growth on the annual GVC participation growth yields a positive and significant correlation (at the 5 per cent level) both for developed and developing countries ($R^2 = 0.43$ and 0.30 , respectively). The correlation remains significant considering the two time periods 1990 - 2000 and 2001 - 2010 separately. To avoid picking-up a compositional effect resulting from the correlation between a country's domestic value added (affecting the GVC participation) and its per capita GDP, all regressions use lagged (one year) GVC participation growth rates. Regressions include country and year fixed effects to account for unobserved heterogeneity.

Fonte: WIR, 2013

Não há como negar, portanto, que a participação da sociedade empresarial em uma cadeia de produção global pode significar maior eficiência econômica, aumentando os níveis de renda dos países sede.

3 AUTONOMIA E CONTROLE SOCIETÁRIO

Observa-se, inicialmente, que quando as primeiras legislações societárias foram editadas a imagem básica de uma sociedade era a de uma sociedade anônima de grande porte, composta por múltiplos sócios com ínfima força individual e governada por administradores profissionais, possuindo a sociedade um interesse próprio. A tarefa dos legisladores era, portanto, conferir força a um ente político, econômico e juridicamente independente.

Com base neste modelo de sociedade em que a vontade social não se confunde propriamente com a vontade de cada um dos sócios, mas se apura pela atuação de seus órgãos, foi atribuída *personalidade jurídica* à sociedade.

A atribuição de *responsabilidade limitada* aos sócios pelos atos praticados pela sociedade, por sua vez, também se mostrou necessária à época, eis que nas sociedades anônimas com capital pulverizado e administração profissional o poder decisório não está na mão dos sócios, que são vistos como meros investidores.⁶ Sempre se pregou que, da mesma forma que não se deve admitir poder sem responsabilidade, o princípio inverso da não responsabilidade sem força, também deve ser verdadeiro⁷.

⁶ Do ponto de vista econômico, a responsabilidade limitada também foi vista como o sistema mais eficiente de distribuição de riscos e custos societários, sem o qual a sociedade anônima moderna não poderia existir. Pregava-se que a responsabilidade limitada traria benefícios econômicos tanto do ponto de vista dos sócios e dos credores, quanto da própria sociedade. Para os sócios, a atribuição de responsabilidade ilimitada implicaria em altos custos com a fiscalização da gestão, além de dificultar e encarecer a transferência das ações, haja vista que o valor da ação não variaria de acordo com o valor da empresa, mas sim da saúde financeira dos seus sócios. Para os credores, por sua vez, emprestar dinheiro para uma sociedade implicaria no estudo não apenas dos riscos de inadimplência levando em consideração a sociedade, mas de todos os sócios, dificultando o crédito. Já para a sociedade, a responsabilidade limitada permitiria a entrada de um número maior de sócios, permitindo o exercício de atividades complexas que dependem de um alto investimento, as quais não poderiam ser desenvolvidas com o capital de um único investidor. Por outro lado, impediria a existência de um mercado de capitais organizado, haja vista que o preço das ações seria variável de acordo com a saúde financeira de cada um dos sócios. Ademais, sem a limitação da responsabilidade, investidores e administradores não se aventurariam a desenvolver atividades de alto risco, mas socialmente desejáveis.

⁷ A responsabilidade dos sócios sempre esteve atrelada ao poder de gestão que estes possuíam na sociedade. Na sociedade em nome coletivo, por exemplo, a firma social é utilizada por todos os sócios que, por conseguinte, possuem responsabilidade ilimitada. Para a sociedade em comandita, por sua vez, previu-se a responsabilidade ilimitada apenas dos comanditários, sendo estes os únicos sócios autorizados a exercer função de gestão na sociedade. Já na sociedade anônima, estipulou-se a limitação da responsabilidade dos sócios ao montante investido justamente como consequência da inovação da forma de gestão da sociedade que passou a ser exercida por um órgão distinto e independente dos sócios.

Em suma, a legislação societária foi pressuposta num modelo em que os sócios eram meros investidores sem poder de administração, de forma que os regramentos afetos à constituição, organização, administração, financiamento e dissolução societária partiram do pressuposto da sociedade como um ente individual e autônomo.

Conforme assevera José Engrácia Q. L. Antunes (1994), no entanto, se ao tempo em que as primeiras legislações societárias foram editadas os empreendimentos plurissocietários (grupos de sociedades) não existiam, ou pelo menos não possuíam condições de validade, algumas alterações legislativas acabaram por abrir a possibilidade das sociedades serem controladas por um poder externo⁸ e, conseqüentemente, agir em interesse alheio, o que provocou uma crise no dogma da autonomia societária.

The consecration of these intercorporate control mechanisms or devices in the framework of classical Corporation law had a major importance for this branch of law – they brought about the fallacy of the dogma of corporate autonomy.

By making way for the replacement of the single incorporated enterprise by large blocks of polycorporately organized economic power, it rendered visible the typical mutation of the classical private law institutions from devices of protection of private autonomy to devices for the ready destruction of such autonomy (the freedom paradox) as well as all the equivoques proceeding from the ‘compulsory solidarity’ between powerless individual and powerful business organizations entailed by the uncritical assimilation of diametrically different realities in the shadow of the neutral institutional concept of legal personality. But above all it came to introduce a paradox at the heart of corporation law, which since then has turned into in a true and inevitable dilemma: on the one side, it conceived of and designed the model of the corporation as an autonomous, closed and sovereign legal entity; but on the other, paradoxically, it gradually admitted and legitimated a number of institutional devices of intercorporate control that are likely to destroy a such autonomy, to pierce such closure, and subvert such sovereignty (ANTUNES, 1994, p. 121-122) .

Autonomia e controle societário passaram a ser, então, dois vetores brigando entre si pela primazia dentro do ordenamento societário. Regular uma sociedade como uma entidade autônoma e independente e, ao mesmo tempo, considerá-la controlada e dependente, sempre soou no mínimo contraditório, o que de certa forma explica porque os operadores do direito se

⁸ José Engrácia Q. L. Antunes (1994) ressalta que os mecanismos de controle interssocietário são basicamente de 5 tipos: (i) Admissão de participação interssocietária e novas formas legais de concentração de direito de voto (ações preferenciais); (ii) contratos atribuindo o direito de exploração de uma sociedade por outra – arrendamento; (iii) possibilidade de uma mesma pessoa atuar como administrador em duas ou mais sociedades diferentes; (iv) criação do voto de qualidade – voto múltiplo, ações sem direito de voto, ações sem valor nominal, delegação de mandatos, ações intransferíveis, acordo de acionistas, *golden-shares* etc; (v) ajuste contratual - celebração de contratos de exclusividade de fornecimento, empréstimos entre sociedades, transferência de tecnologia; agência, franquia, cooperação temporária etc.

esquivam de enfrentar o tema. É exatamente essa tensão entre controle (unidade econômica) e autonomia (diversidade jurídica) que será estudada nesta seção.

3.1 Identificação da relação de controle

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), na clássica obra “O poder de Controle na Sociedade Anônima”, esclarecem que a estrutura de poder na sociedade contemporânea pode ocorrer em três níveis: (i) o da participação no capital ou investimento acionário, (ii) o da direção; e (iii) o do controle. Não se pode confundir controle, portanto, nem com o poder de direção nem com a propriedade das ações.

A própria LSA distinguiu direção unitária e controle quando classificou as sociedades coligadas (art. 243) como aquelas em que a sociedade investidora exerce influência significativa na investida, sem controlá-la, num claro reconhecimento de que a investidora pode em alguns casos não exercer posição de domínio sobre a investida.

O controle da investidora sobre a investida pode ser direto ou indireto. Num contexto de grupo, o *controle direto* é geralmente exercido pela intervenção direta da sociedade controladora nas operações cotidianas das subsidiárias. Faz-se isso, comumente, por meio da reserva de matérias cuja deliberação depende da aprovação das controladoras ou subsidiárias mais qualificadas ou por diretrizes estabelecidas por um código de condutas que descreve minuciosamente a forma como as decisões devem ser tomadas pelos órgãos diretivos das sociedades controladas em cada situação específica e em que outros casos a controladora deve ser previamente consultada. O *controle indireto*, por sua vez, é exercido com base na edição de objetivos gerais do grupo expostos em reuniões anuais ou por meio de um serviço contábil consolidado. Pode-se dar, ainda, por meio da centralização de departamentos estratégicos do empreendimento empresarial, como o departamento de pesquisas e o departamento de patentes⁹.

Ressalte-se que o controle nem sempre ocorre por meio da participação acionária, sendo possível identificar casos em que a existência de controle se dá por dependência externa por

⁹ O domínio da tecnologia e das marcas são atualmente elementos ainda mais importantes para a competitividade das empresas do que o próprio preço.

meio do estabelecimento de relações negociais. É o que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade é extremamente dependente da outra no suprimento de matéria-prima ou no escoamento de produção, ou mesmo em virtude da existência de administradores comuns, laços familiares, entre outros. Daí a diferenciação teórica entre *controle interno* e *controle externo*, os quais serão mais bem estudados nos itens seguintes.

3.1.1 Controle Interno

Com amparo na pesquisa de Berle e Means nos Estados Unidos, Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) dividem o *controle interno* em 4 tipos principais: controle *totalitário*, controle *majoritário*, controle *minoritário* e controle *gerencial*¹⁰.

(i) *Controle totalitário*: Trata-se da hipótese em que o acionista controlador possui quase a totalidade das ações da controlada. Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) ressaltam, contudo, que é necessária a existência de pelo menos dois sócios para que se cogite em conflitos de interesses, sendo errônea a compreensão de que as sociedades unipessoais ou subsidiárias integrais, tratadas na Seção V do Capítulo XX da LSA, estejam incluídas nesta classificação¹¹.

(ii) *Controle majoritário*: Ocorre quando um único sócio detém a maioria do capital votante (mais de 50%), suficiente para aprovar qualquer matéria na sociedade anônima. É necessário atentar-se para o fato, no entanto, de que por vezes a lei atribui a uma minoria o direito de restringir o poder de controle, seja pela possibilidade de convocar assembleia (art. 123), eleger um dos membros do conselho de administração pelo processo do voto múltiplo ou votação separada (art. 141), propor ação de dissolução da companhia que não preencher o seu fim (art. 206, II, 'b'), propor ação de perdas e danos contra a sociedade controladora pelos danos causados a companhia controlada por abuso de poder (art. 246, §1º 'a') etc. Nestes

¹⁰ Berle e Means incluem, ainda, um quinto tipo de controle referente ao controle obtido mediante expedientes legais, que ocorreria, por exemplo, através do controle piramidal ou em cadeia num grupo de sociedades, pela emissão de ações sem direito de voto, pela emissão de ações com voto limitado e pelo *voting trust*. Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), no entanto, acreditam que somente este último exemplo poderia distinguir-se das demais espécies de controle, sendo o *voting trust* próprio, no entanto, do direito americano, razão pela qual optaram por não incluí-lo entre os principais tipos de controle interno.

¹¹ De qualquer forma, os autores admitem ser possível o conflito de interesses em sentido próprio (entre o sócio e a sociedade) nas sociedades unipessoais, razão pela qual permaneceria aplicável a elas o disposto no art. 115 da LSA, que considera abusivo o voto exercido com a intenção de causar dano à companhia. Pelo mesmo motivo, permanece a necessidade de realização de assembleia geral em tais companhias.

casos, estar-se-á diante de um controle majoritário simples, e não mais absoluto. Deve-se ater, também, para a possibilidade de controle majoritário conjunto ou por associação, pela composição de um bloco acionário. Neste caso, o controle é exercido não por um único acionista, mas por um grupo de acionistas que se associam em virtude de interesses comuns.

(iii) *Controle minoritário*: É aquele fundado em número de ações inferior à metade do capital votante. Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) ressaltam que pode prevalecer o voto da minoria caso a maioria esteja ausente (baixa presença dos acionistas na assembleia geral). Tal situação é comum ocorrer nos casos em que se verifica uma alta dispersão acionária e um alto número de acionistas capitalistas (investidores). A lei brasileira de sociedades por ações admite, implicitamente, a existência do controle minoritário ao autorizar a instalação da assembleia geral com qualquer quórum em segunda convocação. Apenas não se pode dizer que o controle minoritário atua com a mesma eficiência que o controle majoritário, em virtude do art. 136 da LSA impor para a aprovação de certas deliberações o concurso de metade, no mínimo, do capital com direito de voto¹².

(iv) *Controle administrativo ou gerencial*: É o controle exercido exclusivamente pelas prerrogativas diretoriais. Ocorre principalmente em situações de alta dispersão acionária que permite que os administradores assumam o controle empresarial de fato e se perpetuem no poder através da utilização de complexos mecanismos de representação dos acionistas na assembleia.¹³ Constitui o único tipo de controle interno totalmente desligado da titularidade das ações.

¹² Calixto Salomão Filho (2014) observa, em nota, que o reconhecimento do controle minoritário é suficiente para aplicação da matéria afeta à responsabilidade do controlador, não ocorrendo o mesmo quando se fala em alienação de controle, hipótese em que o controle majoritário deve ser verificado para incidência das regras atinentes.

¹³ Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) observam, contudo, que este tipo de controle administrativo é ainda estranho à realidade brasileira, haja vista que no Brasil a concentração acionária é extrema, mas visualizam outras duas hipóteses de controle administrativo, estas sim verificáveis em âmbito nacional. A primeira se refere às companhias controladas por fundações. “Se uma fundação é acionista controladora de sociedade anônima, o titular do controle, em última análise, é o conjunto dos administradores da fundação” (COMPARATO, SALOMÃO FILHO, 2014, p. 62). A segunda ocorre pela emissão de Golden Shares com poder de veto das alterações estatutárias e com poder de eleger a maioria dos membros do Conselho e transferidas aos administradores, mecanismo este frequentemente utilizado pelas empresas em crise. Os autores explicam, também, que “esse instrumento é e tem sido recentemente utilizado como eficaz meio de recuperação de empresas em dificuldades. Nesses casos, frequentemente a imagem do controlador encontra-se tão desgastada que para a obtenção de crédito é fundamental não apenas uma mudança na administração, mas uma mudança de controle” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 66).

3.1.2 *Controle externo*

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2014) estudam, também, o chamado *controle externo*, que se refere ao controle exercido na sociedade independente da propriedade acionária.

Os autores reconhecem hipóteses em que uma situação de endividamento da sociedade dá origem a um domínio por parte do credor: (i) quando o credor caucionário¹⁴ fixa no contrato de caução uma série de situações em que o acionista depende da sua aprovação para votar; (ii) quando os maiores credores de um empreendimento em crise impõem como condição para a renovação dos empréstimos ou reforma da dívida a reorganização empresarial ou o remanejamento da administração social; (iii) quando o empreendimento empresarial, neste caso instituição bancária, concentra o recebimento de depósitos de um só ou alguns correntistas, passando a depender da manutenção destes depósitos para continuar exercendo a sua atividade econômica; (iv) quando o debenturista é credor de um montante elevado e o empreendimento empresarial está em crise.

Strasser, Nicholas e Gouvin (2007, p. 4) acrescentam que o controle que flui automaticamente da propriedade das ações pode ser alcançado de forma quase tão eficaz por meio de relações contratuais de franquia, licença e outros acordos que refletem o desproporcional poder de barganha da sociedade-mãe do grupo.

3.2 **A legitimação do controle. A nova feição da legislação societária**

Por oportunidade da edição da LSA, o legislador brasileiro houve por bem disciplinar a relação de controle dentro da sociedade a fim de aproximar a norma jurídica da realidade econômica subjacente. O acionista controlador foi, então, definido no art. 116 da LSA, *verbis*:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

¹⁴ Hipótese em que as ações do bloco de controle são oferecidas como garantia da dívida.

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (BRASIL, 1976).

A sociedade controladora, por sua vez, foi definida no §2º do art. 243 da LSA como sendo a “titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores” (BRASIL, 1976).

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) fazem as seguintes ponderações quanto à aplicação dos artigos 116 e 243 supra transcritos que vieram legitimar a relação de controle na sociedade anônima brasileira:

(i) A LSA quis autorizar a ocorrência de controle conjunto quando se refere a *grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum* (art. 116 LSA). Tal acordo de votos, para ser reconhecido como elemento integrante do controle, não precisa ser arquivado na companhia, podendo consistir em acordo tácito. Os autores observam, ainda, que a expressão “sob controle comum” utilizada pelo art. 116 faz crer que o controlador em comum, neste caso, será sempre uma pessoa física, haja vista que, se fosse outra sociedade, estar-se-ia diante de um grupo de sociedades. Nos grupos, no entanto, apenas a sociedade do cume da pirâmide é chamada controladora, todas as demais sociedades-membros são denominadas controladas, ainda que tenham outras sociedades subordinadas a si. Ou seja, num contexto de grupo, seria impróprio admitir que uma sociedade possa ser ao mesmo tempo controladora e controlada em relação a outra sociedade;

(ii) Ao utilizar nos artigos 116 e 243, §2º da LSA a expressão *titular de direitos de sócio* o legislador definiu que, nas hipóteses em que o direito de sócio é dissociado da propriedade (usufruto ou alienação fiduciária), considera-se controlador o titular do direito e não o proprietário das ações;

(iii) Por preponderância de *modo permanente* deve-se entender que a preponderância nas deliberações sociais depende apenas da vontade do titular dos direitos de sócio, excluindo as hipóteses em que o controle decorre de acontecimentos fortuitos. É equivocada, portanto, a interpretação de que tal preponderância deve ser prolongada no tempo;

(iv) Ao utilizar a expressão *preponderância nas deliberações sociais* no art. 243, §2º da LSA para definir a sociedade controladora nos grupos, não tendo repetido a expressão

“maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral” utilizada no art. 116 para definir poder de controle, o legislador previu que a sociedade controladora do grupo pode constituir-se sobre outros tipos societários que não a sociedade anônima, as quais impõem quórum superior a 50% do capital para as deliberações sociais.

(v) O *uso efetivo do poder* previsto no art. 116 da LSA apenas tem relevância como elemento integrante da definição de controlador nos casos em que o minoritário tem o potencial controle da companhia. De fato, se este sócio minoritário não comparecer na assembleia, o controle não se consumará. Nos casos de controle majoritário, no entanto, o desuso ou mau uso do poder não altera o *status* de controlador, sendo o acionista majoritário responsável até mesmo pela sua negligência.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) destacam que o legislador brasileiro excluiu do conceito de controle, *a priori*, a previsão de controle externo e controle interno administrativo ou gerencial. Observam, no entanto, que o direito comercial brasileiro tem aos poucos reconhecido o controle externo por endividamento e lembram que o sócio oculto é reconhecido há muito pelo direito empresarial como responsável solidário do sócio ostensivo em virtude do domínio que exerce sobre este.

O direito comercial, na verdade, possui, desde as origens, um instituto próprio para configurar essa responsabilidade solidária do credor de um comerciante, pessoa física ou sociedade, que passa a dominar a empresa, seja para tentar cobrar de modo mais efetivo e rápido o seu credo; seja para apurar um lucro adicional ao estipulado pagamento do crédito: é a figura do sócio oculto. [...] A figura do sócio oculto, no direito brasileiro, é a de alguém que exerce, sem contrato ou vínculo social oficialmente reconhecido, uma autêntica atividade empresarial, em colaboração com um comerciante ostensivo, pessoa física ou jurídica. Tal colaboração empresarial, em se tratando, sobretudo, de um credor do comerciante ostensivo, costuma, frequentemente, transformar-se em autêntica dominação, ou controle externo (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 81).

Os autores visualizam, também, hipóteses em que o controle externo se dá, não em virtude de endividamento, mas de interligações negociais e citam como exemplo o controle exercido pelo sócio oculto numa sociedade em conta de participação, quando este não se limita a contribuir com capital, mas também empresta o seu *know how* ou cede o direito de utilização de invenção, acabando por gerar um estado de dependência do sócio ostensivo.

O mesmo se verifica quando a sociedade celebra um contrato de concessão de venda com exclusividade ou de *franchising* em que a sociedade concedente estipula quota periódica de

produtos que o concessionário é obrigado a comprar, bem como define o preço de revenda, método de venda e de publicidade, capital mínimo e formas de organização jurídica do empreendimento franqueado¹⁵.

Ressalte-se, por derradeiro, que inobstante o controle externo seja mais comumente uma situação de fato do que de direito, Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) visualizam alguns casos em que o próprio direito brasileiro o reconheceu. É o caso, por exemplo, do Decreto 7.212/2010 (BRASIL, 2010) que regulamenta o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o qual expressamente reconhece a existência de “firmas interdependentes” para fins da fixação do valor tributável. É o caso também do controle do Estado sobre empreendimentos empresariais privados em situações de liquidação (liquidação judicial ou falência), em que o juiz indica um administrador com amplos poderes para administrar e liquidar a sociedade¹⁶.

3.3 Abuso do poder de controle

Antes de se compreender o abuso do poder de controle deve-se primeiro entender qual a finalidade ou objetivo da norma que legitima o exercício deste poder. Para tanto, entende-se válido consultar a justificativa apresentada pelo então Ministro da Fazenda, Mario Henrique Simonsen, para a inclusão do referido art. 116 na LSA.

Com efeito, é de todos sabido que as pessoas jurídicas têm o comportamento e a idoneidade de quem as controla, mas nem sempre o exercício desse poder é responsável, ou atingível pela lei, porque se oculta atrás do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade. Ocorre que a empresa, sobretudo na escala que lhe impõe a economia moderna, tem poder e importância social de tal maneira relevantes na comunidade que os que a dirigem devem assumir a primeira cena na vida econômica, seja para fruir do justo reconhecimento pelos benefícios que geram, seja para responder pelos agravos a que dão causa. O tema cresce em importância quando se considera que o controlador, muitas vezes, é sociedade ou grupo estrangeiro, que fica, por força de sua origem, excluído até mesmo das sanções morais da comunidade.

O princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa - os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os

¹⁵ Tal controle em virtude da concessão do uso da marca encontra-se, inclusive, expressamente autorizado pelo Código de Propriedade Intelectual (art. 139 da Lei 9279 de 14 de maio de 1996).

¹⁶ Nestes casos, inclusive, os autores entendem incidir a responsabilidade do Estado pela gestão empresarial, embora não haja regra específica neste sentido.

investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua (BRASIL, Ministério da Fazenda, 1976).

Como visto, apenas se reconhece por legítimo o exercício do controle dentro dos limites da função social da empresa e desde que se preserve os interesses de todos aqueles que com ela se relacione.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) entendem que tais interesses ressaltados pelo Ministro da Fazenda podem ser de duas ordens: (i) *interesses intraempresariais*, correspondente aos interesses dos sócios, empregados e administradores; e (ii) *interesses extraempresariais*, que dizem respeito aos interesses da comunidade local, regional ou nacional em que se insere o empreendimento. Sendo que, na opinião dos autores, quando houver conflito entre o interesse intra e extrapatrimonial, este último deve sempre prevalecer.

Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em um órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve-se ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 322).

O artigo 115 da LSA previu haver abuso de poder quando o acionista exerce o seu direito de voto “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” (BRASIL, 1976).

Nos grupos societários é comum que o controlador exerça o seu voto em favor do grupo como um todo, não observando os interesses da companhia. Dessa forma, o artigo 115 LSA previu haver abuso de poder não apenas nas hipóteses em que o acionista controlador exercer o seu direito de voto em favor de interesse próprio, mas também nos casos em que o voto guia-se por interesses de outrem em conflito com o da companhia, entendendo como “outrem” inclusive o interesse do grupo como um todo.

O artigo 117 da LSA, por sua vez, enumera em seu §1º as formas de abuso de poder passíveis de cominar na sanção de perdas e danos¹⁷.

Art. 117. [...]

§ 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;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

[...] (BRASIL, 1976).

Na exposição de motivos do projeto de lei que originou a LSA consta expressamente o caráter meramente exemplificativo do rol previsto no artigo 117 como modalidades de exercício abusivo de poder ao ressaltar que “o Projeto não exclui outras hipóteses, que a vida e a aplicação da lei se incumbirão de evidenciar” (BRASIL, Ministério da Fazenda, 1976).

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) alertam, contudo, que, embora tal rol não seja taxativo, há que se reconhecer pelo menos um elemento nuclear entre a incidência definida em lei e o caso real assemelhado para se aplicar a técnica da analogia. Dessa forma, casos típicos de excesso de poder não podem cominar na aplicação da sanção, quando não se assemelham a nenhum dos exemplos da norma. Da mesma forma, atos abusivos por omissão

¹⁷ Note que o CC/02, indiretamente, também previu o abuso de influência sobre o acionista controlador como ato ilícito ao tratar do “abuso de direito” em seu art. 187, *verbis*: “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo” (BRASIL, 2002).

ou praticados sem dolo também não encontram qualquer identidade com os casos previstos no §1º do art. 117 da LSA.

No que tange à expressão “interesse da companhia” utilizada pelo legislador nos artigos 115 e 117, §1º ‘e’ da LSA, os autores esclarecem que tal interesse não representa qualquer interesse que os sócios possam ter, mas somente o interesse comum dos sócios relativo à realização do escopo social. O interesse comum, por sua vez, é composto tanto pelo objetivo final (repartição de lucros) quanto pelo modo de sua realização.

Em suma, o desvio do poder de controle estará sempre ligado à opressão dos minoritários (não controladores), cuja consequência, segundo o artigo 117 da LSA, é a conversão em perdas e danos e, caso tal abuso tenha se dado mediante voto em assembleia, a anulação desta última (inteligência dos art. 115, §4º e 286 da LSA).

3.4 Autonomia e Controle nos Grupos de sociedades

Conforme observam Viviane Prado e Maria Troncoso (2008), se não houver um mínimo de unidade não é grupo. A simples existência do grupo pressupõe um certo controle econômico, sendo este o elemento comum a todos os grupos.

A diversidade de estruturas dos grupos de empresas impede a redução da concentração empresarial a um único modelo ou a uma única distribuição de poder possível. Constata-se que os grupos configuram-se como um fenômeno difícil de ser reduzido a um denominador comum. Dentro da perspectiva societária, entretanto, o elemento comum a todos é o poder de controle, independente da intensidade e do grau de autonomia que se dá às sociedades controladas. O poder de controle societário implica no poder de tomar as decisões sobre a condução dos negócios sociais, seja dentro da assembleia geral, seja com o exercício de influência nos órgãos de administração. Importa, assim, em um poder sobre toda a empresa, abrangendo também o patrimônio de contribuição dos acionistas ou sócios minoritários. A concepção de grupo de empresas está ligada à noção de controle, pois o fenômeno grupal pressupõe que uma mesma empresa tenha 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 sociedades (PRADO; TRANCOSO, 2008, p. 99).

Eduardo Munhoz (2004), por sua vez, aponta como característica dos grupos de sociedades a possibilidade de prevalência dos interesses globais do grupo em detrimento do interesse das sociedades consideradas individualmente. Em busca de uma maior eficiência econômica é

comum que no âmbito das sociedades subsidiárias haja a restrição ou mesmo supressão, não apenas na distribuição dos lucros, como também na própria produção destes lucros¹⁸.

Realmente, o princípio dos vasos comunicantes pode ser aplicado à perfeição, quando se trata de examinar a realidade patrimonial dos grupos de sociedades, pois a transferência de recursos financeiros entre seus membros se dá em nível elevado e com grande frequência, a ponto de serem considerados como autênticas organizações de mercado interno. É que os grupos, ao promoverem a separação entre unidade econômica e diversidade jurídica, procuram a alocação ideal dos recursos financeiros, tecnológicos e humanos entre as diversas sociedades que os compõem, sempre no contexto de uma estratégia empresarial comum. Afinal, uma das funções econômicas primordiais dos grupos é propiciar maior eficiência, em razão da sinergia criada pela transferência de recursos entre seus membros (MUNHOZ, 2004, p. 41-42).

Por outro lado, não se concebe a existência de um grupo em que as sociedades não possuam qualquer autonomia, eis que a estrutura administrativa organizacional das subsidiárias é sempre preservada na medida em que a personalidade jurídica de cada uma delas também é preservada (art. 266 LSA). Não obstante, esta autonomia patrimonial conferida por lei às sociedades do grupo pode ser prejudicada pela adoção de diversas práticas, tais como a transferência de ativos, transferência de capital (capital de giro, empréstimo, fluxo de caixa), transferência de empregados, transferência de tecnologia, transferência de negócios, transferência de lucros, entre outros.

Pode-se dizer, portanto, que as estruturas grupais estarão sempre organizadas em algum ponto entre a *autonomia total* e o *controle absoluto*, sendo estes apenas os dois polos extremos e ao mesmo tempo indispensáveis à formação do grupo. Diante desta evidente contradição, não há dúvidas de que a crise no dogma da autonomia societária tornou-se mais evidente com o advento do controle interssocietário.

3.4.1 A tensão entre *Unidade e Diversidade*

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) ressalta que a tensão entre *unidade* (unidade econômica) e *diversidade* (pluralidade de pessoas jurídicas) é reconhecida atualmente como sendo o problema crucial dos grupos de sociedades. Deve-se notar, no entanto, que a diversidade só

¹⁸ Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) ressaltam que a estrutura de grupo muitas vezes é utilizada não apenas como forma de opressão dos acionistas minoritários, mas também para a consumação de fraude a disposições legais imperativas, como o princípio da intangibilidade do capital social. Daí a necessidade de se regulamentar o fenômeno dos grupos.

existe em decorrência da autonomia atribuída às pessoas jurídicas. É justamente tal autonomia que justifica e torna interessante a formação de grupos de sociedades. Não fosse por esse elemento, os grupos de sociedades seriam simplesmente impensáveis, e a única forma de crescimento dos empreendimentos empresariais seria por meio de fusões (crescimento interno ou monopolístico).

A unidade econômica, por sua vez, apenas é possível porque existe um suporte jurídico que permite o exercício do controle de uma sociedade por outra, sem o qual os grupos seriam considerados ilegais e o crescimento interno prevaleceria sempre. Dessa forma, falar da tensão entre unidade e diversidade nos Grupos de sociedades é, em outras palavras, tratar da tensão entre *autonomia* e *controle*.

Vale ressaltar, que enquanto o controle era individual a confusão patrimonial era tida como ato de fraude. No caso dos grupos de sociedades, no entanto, a transferência dos ativos de uma sociedade para outra dentro do mesmo grupo é considerada como uma consequência natural.

Especialmente nos grupos de direito passa a ser legítimo com a edição da LSA o enriquecimento da controladora à custa das subsidiárias. Nos casos em que a lei não autoriza a transferência dos ativos, porém, é comum que isto aconteça de forma disfarçada, por meio da celebração de contratos de licença e cessão de tecnologia com fixação de *royalties* fixados com base no faturamento, fixação de honorários para as atividades de marketing, contábeis e jurídicas exercidas pelas controladoras, contratos de exclusividade de fornecimento com outras subsidiárias, ou unicamente por meio da distribuição de mercado geográfico.

O princípio da formação e manutenção de um capital social em que a autonomia patrimonial se estrutura também é objeto de significantes distorções nos grupos de sociedades. A constituição de uma subsidiária com capital insuficiente, por exemplo, pode ser estratégico, principalmente se a atividade exercida por esta subsidiária for considerada de alto risco. De fato, enquanto o controle era individual o fracasso da sociedade implicava automaticamente no fracasso do seu controlador. O grupo de sociedades, no entanto, permitiu que o exercício de determinadas atividades tidas como “más” pudessem ser exercidas por uma das sociedades do grupo sem que isso comprometesse a saúde financeira do grupo como um todo.

A proibição legal de distribuição de lucros sem que tenha havido um resultado positivo, configurando distribuição ilícita de capital social integralizado, também é facilmente transposta pelas sociedades de grupo¹⁹. Destarte, o princípio da manutenção do capital social que dá suporte à limitação de responsabilidade dos sócios é praticamente fictício ou falsificado no contexto de grupo.

Não é difícil concluir que os maiores prejudicados dessa distorção observada no dogma da autonomia societária são justamente os credores e os sócios minoritários, eis que estes, inobstante mantenham relacionamento com as subsidiárias, não possuem qualquer relação com o grupo como um todo.

Ficam comprometidos os direitos básicos de todo sócio minoritário de (i) participar dos dividendos, uma vez que a decisão de realocar recursos fica na mão da controladora; (ii) intervir na administração por meio do voto, eis que as decisões são previamente definidas pela controladora; (iii) direito de informação, já que a extrema complexidade do grupo impede os sócios de terem uma real noção das suas atividades; e (iv) direito de ceder suas ações, haja vista que as ações minoritárias ficam extremamente desvalorizadas.

No que tange aos credores, eles são prejudicados por três motivos básicos: (i) o princípio da intangibilidade do capital social pode ser facilmente contornado pelos grupos; (ii) a livre transferência entre os ativos das sociedades dos grupos pode esvaziá-las por completo, e (iii) um mesmo bem às vezes é dado em garantia para várias operações do grupo.

Vale lembrar, ainda, que num contexto de grupo a autonomia da estrutura organizacional das sociedades também fica comprometida. A assembleia de sócios se torna um órgão fantasma sem qualquer relevância, haja vista que as decisões estratégicas estão concentradas nas mãos de outra sociedade, externa. A existência de uma gestão central praticamente absorve as competências da Assembleia Geral.

Eduardo Munhoz (2004) lembra que também a soberania dos diretores ficou enfraquecida com o novo modelo de gestão em que as principais decisões são tomadas por um conselho de

¹⁹ No caso das sociedades de direito, no Brasil, a subsidiária pode trabalhar sempre no negativo desde que preservado o interesse do grupo.

diretores, de forma que o administrador da sociedade está sempre adstrito a decidir de acordo com as ordens de uma gerência superior. Observa-se, então, uma situação paradoxal, totalmente inexplicável do ponto de vista do modelo jurídico clássico. O poder de governança de uma sociedade não pode ser encontrado em qualquer um dos seus órgãos ou na sua própria estrutura de organização.

No tocante aos órgãos de administração, o fenômeno dos grupos também acarreta uma ruptura do modelo clássico. No plano das sociedades dependentes, observa-se a transferência de competências dos seus administradores, que pode ocorrer em maior ou menor grau (grupos centralizados/descentralizados), para os administradores da sociedade dominante ou comuns do grupo. Em algumas situações, a direção do dia a dia da sociedade controlada passa aos administradores externos (intervenção direta), podendo ocorrer também que estes fixem apenas as diretrizes (políticas administrativa, financeira, de desenvolvimento e pesquisa etc.) que devem ser seguidas reservando-se o poder de veto ou de prévia aprovação em relação a algumas matérias (intervenção indireta). Seja qual for, porém, o grau de centralização administrativa observada no grupo, as competências dos administradores das sociedades dependentes serão sempre de segundo grau. No plano das sociedades dominantes, a concentração de poderes dos administradores decorre do já esvaziamento da assembléia geral, na medida em que cabe àqueles a expressão da vontade desta sociedade em relação às dependentes (MUNHOZ, 2004, p. 43).

Não há dúvidas, portanto, que o surgimento dos grupos de sociedades no cenário econômico atual literalmente vira de cabeça para baixo o equilíbrio interno da sociedade idealizado pelo modelo jurídico clássico. Fica prejudicado não apenas o postulado da separação de poderes, mas o próprio postulado da soberania administrativa em que se baseou todo o modelo clássico de sociedade.

3.4.2 Grupos centralizados x grupos descentralizados

De forma sintética, um grupo de sociedades gira em torno de políticas unitárias de negócios em vários setores da atividade empresarial (marketing, financeira, trabalhista, patentes, produção, vendas, dividendos e investimento)²⁰, podendo assumir diferentes graus de

²⁰ José Engrácia Q. L. Antunes (1994) entende que uma política de marketing unitária constitui uma condição mínima de existência do grupo de sociedades, uma vez que traz repercussões em todas as outras áreas da empresa ao definir que tipo de produto será produzido e lançado no mercado pelas sociedades subsidiárias, e de que forma, atingindo frontalmente a autonomia das filiadas. Tal prática tem sido cada vez mais visualizada com a internacionalização dos consumidores. Uma política financeira unificada também traz grandes repercussões para o grupo de sociedades. Do ponto de vista econômico, uma política financeira unificada é pré-requisito para o retorno do investimento, garantindo a estabilidade do capital e uniformidade contábil. Deve-se considerar como relevante, ainda, a adoção de uma política de gestão unificada consiste alternativamente ou

intensidade desde a total centralização até a total descentralização. Pode-se dizer que quanto maior a autonomia das sociedades, mais *descentralizado* o grupo é. Enquanto a *centralização* decorre sempre de um maior controle por parte da administração do grupo.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) narra que na literatura jurídica os teóricos se empenham em definir um limite geral entre grupos centralizados e descentralizados. Para tanto, vários critérios foram propostos nas últimas décadas:

- a) *Forma de exercício do controle*: para os defensores de tal proposta, um grupo centralizado existe quando os interesses da subsidiária são frequentemente prejudicados em consequência do total controle exercido pela sociedade-mãe. Para José Engrácia Q. L. Antunes (1994), no entanto, este critério é insuficiente, haja vista que os interesses das subsidiárias são diferentes para os diversos atores que com ela se relacionam (credores, administradores, sócios minoritários), sendo insuscetível de uma definição geral. Ademais, por diversas vezes, nem mesmo se pode dizer que a subsidiária possui algum interesse individual num contexto de grupo. Em outros casos, tal interesse individual é impossível de ser identificado;
- b) *Administração da subsidiária como mera filial*: por este critério, o grupo seria considerado centralizado toda vez que a subsidiária fosse administrada como mera filial da sociedade-mãe. José Engrácia Q. L. Antunes (1994) ressalta, entretanto, que a administração pode ser descentralizada conferindo alto grau de autonomia para as subsidiárias, subsistindo, contudo, a centralização de poder no empreendimento empresarial como um todo.
- c) *Distinção entre Grupos de Fato e Grupos de Direito*²¹: para os legisladores que adotaram esta técnica a formalização de um grupo de direito por meio de um contrato levado á registro seria ideal para os grupos altamente centralizados. Para José Engrácia Q. L. Antunes (1994), no entanto, tal técnica é falha

simultaneamente na existência de um controle, direto ou indireto, pela sociedade controladora na estrutura administrativa das sociedades subsidiárias.

²¹ Conforme será visto na seção seguinte, tal proposta foi adotada total ou parcialmente por países como Alemanha, Portugal e Brasil.

principalmente porque podem existir grupos centralizados em que a administração unificada não é baseada em nenhum tipo de contrato, mas resulta exclusivamente de acordos interssocietários (financeiros, pessoais e econômicos). Ademais, tal modelo despreza totalmente a existência de grupos de fato centralizados;

- d) *Imensurabilidade dos efeitos do controle da sociedade-mãe*: para os defensores desta posição, um grupo centralizado existe sempre que a intensidade e frequência do controle exercido pela sociedade-mãe torna inoperável o sistema compensatório previsto pelo §311 e seguintes da AktG (Lei de Sociedades por Ações Alemã), mostrando-se permanente, imensurável e então irreparável o controle prejudicial da sociedade subsidiária. Ressalte-se que tal dispositivo, conforme será estudado na seção seguinte desta dissertação, prevê a compensação financeira da sociedade filha sempre que num *grupo de fato* se verificar alguma atitude prejudicial à subsidiária. José Engrácia Q. L. Antunes (1994) também critica este critério, ressaltando que até mesmo grupos extremamente descentralizados podem exercer um tipo de influência nas subsidiárias cujo prejuízo seja indeterminável e inquantificável, tornando inoperante o sistema compensatório. Ou seja, o sistema compensatório pode ser inoperável tanto nos grupos centralizados quanto nos descentralizados. Para o autor português, se a distinção entre grupos centralizados e descentralizados reside no único critério de operabilidade do sistema de compensação criado para os grupos de fato no regime jurídico alemão, seria inevitável a conclusão de que uma gerência unificada fora do âmbito de um contrato de controle é inadmissível e, dessa forma, os grupos de fato também o são.

A distribuição do poder no grupo, por sua vez, depende de inúmeros fatores internos e externos. José Engrácia Q. L. Antunes (1994) fez o levantamento de diversos estudos que demonstram a relação de fatores *internos* e *externos* com o grau de autonomia/controlado verificado nos grupos de sociedades.

Cita como exemplos de *fatores internos* que podem interferir no grau de autonomia das sociedades membros dos grupos (p. 194-205):

- a) *Características do grupo*: pesquisas apontam que os grupos do setor industrial tendem a ter um maior nível de autonomia. Os grupos mais internacionalizados, por sua vez, tendem a conferir uma maior autonomia às sociedades do grupo, pelo menos no que tange à área de *marketing*. Há relação, também, entre o tamanho do grupo e o nível de centralização (José Engrácia Q. L. Antunes (1994) aponta estudos com conclusões opostas neste sentido, inclusive); a centralização/descentralização tende a alterar-se, ainda, de acordo com a estrutura organizacional adotada pelo grupo (se o grupo divide as atividades entre as sociedades por área territorial, linha de produção, produtos etc.);
- b) *Características da sociedade controladora*: estudos referidos pelo autor português concluem que a nacionalidade da sociedade-mãe influi no nível de autonomia conferida às suas subsidiárias. Os grupos americanos, por exemplo, tendem a conservar um maior nível de controle quando comparado com as multinacionais japonesas ou alemãs. Lado outro, os empreendimentos empresariais pautados em planos de crescimento conferem uma maior autonomia às subsidiárias na área de recursos humanos do que aquelas com planos de reestruturação.
- c) *Características do vínculo jurídico e econômico entre as sociedades*: dependendo da natureza jurídica do vínculo estabelecido entre as sociedades do grupo pode-se visualizar um maior ou menor exercício de controle. Os empreendimentos que investem por *greenfield*²², por exemplo, costumam centralizar mais o poder do que aquelas que adquirem uma sociedade já em funcionamento, por meio de incorporação. As subsidiárias integrais, por sua vez, tendem a ter menos autonomia do que as *joint-ventures*. A natureza econômica do vínculo existente entre as sociedades também é importante. É possível identificar que quanto mais dependente economicamente a subsidiária for da controladora (alto nível de circulação de mercadorias, serviços e capital), menor o nível de autonomia.

²² Os investimentos *greenfield* são aqueles que envolvem projetos ainda no papel, que não começaram a operar no mercado.

- d) *Características da sociedade subsidiária*: vários fatores incidentes sobre a subsidiária também influem no grau de centralização do grupo. Quanto maior o risco político, social, econômico e jurídico a que a subsidiária está sujeita menor a autonomia a ela concedida. O tamanho da subsidiária também é um fator levante, embora existam opiniões opostas quanto aos seus efeitos. O desempenho e a idade da subsidiária também influenciam no grau de controle do grupo. Tende-se a atribuir às sociedades mais antigas um maior nível de autonomia.
- e) *Características da área funcional controlada*: estudos apresentados por José Engrácia Q. L. Antunes (1994) concluem que em organizações complexas o processo decisório é geralmente dividido em duas grandes áreas funcionais: estratégica e operacional. A assertiva clássica é que as controladoras mantêm a decisão nas áreas estratégicas e as subsidiárias se encarregam das decisões operacionais. A prática, no entanto, demonstra a existência de formas variadas de distribuição de poder dentro de uma mesma área funcional ou mesmo variando de caso para caso, de forma que apenas se pode concretamente falar em autonomia e controle considerando-se decisões empresariais específicas. O autor acrescenta que se deve considerar também que decisões tomadas nas áreas estratégicas da sociedade irão sempre refletir na área funcional, não se podendo dizer de uma completa independência entre estas áreas. O processo decisório será, portanto, dinâmico e interativo, sendo impossível precisar qual o nível de relevância uma decisão estratégica da controladora teve em uma decisão funcional da controlada, por exemplo.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) aponta pesquisas que concluem que diversos *fatores externos* também podem influir no grau de centralização/descentralização do grupo:

- a) *As condições do ambiente econômico e social*: a depender das condições do ambiente econômico e social em que se insere o grupo pode-se verificar alterações na divisão interna de poder decisório e na tendência de centralização dos grupos. Tal como a mudança na economia global na década de 70 gerou a necessidade de internacionalização do mercado, novas mudanças no cenário

econômico local das subsidiárias podem resultar numa maior necessidade de centralização/descentralização.

- b) *Concorrência*: se a concorrente direta da subsidiária é um empreendimento local, tende-se a conferir maior autonomia, ao passo que, se a concorrente direta é um empreendimento de nível global, a sociedade controladora tende a interferir mais.
- c) *Regras locais do país anfitrião*: alguns países possuem leis que dificultam ou limitam o investimento externo, excluem as sociedades estrangeiras do exercício de determinadas atividades-chaves etc., o que impõe uma administração mais descentralizada.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) conclui, então, que a real distribuição de poder decisório no complexo plurissocietário não pode ser quantificada em termos gerais, mas apenas se verifica caso a caso.

Following this, the enquiry into the concrete balance between autonomy and control and the distinction between centralization and decentralization can only be objectively and meaningfully made regarding a concrete parent-subsiary relationship (and not in general for the whole group and for all parent-subsiary relations) and a concrete act or business decision (and not regarding all business operations of functional areas of the subsidiary) (ANTUNES, 1994, fl. 208).

Entende-se ser impossível, portanto, oferecer um conceito único que diferencie os grupos centralizados dos descentralizados, na medida em que o que vale para um grupo pode não valer para o outro; dentro de um mesmo grupo, o que ocorre com uma subsidiária pode não ocorrer com a outra; dentro de uma mesma subsidiária, o que se aplica a um departamento pode não se aplicar a outro; e dentro de um mesmo departamento podem coexistir decisões advindas de ordens da controladora e outras tomadas internamente.

4 MODELOS REGULATÓRIOS PARA OS GRUPOS DE SOCIEDADES

Inobstante seja inconteste o relevo dos grupos de sociedades atualmente no mercado mundial, conforme ressaltado na seção 2, os únicos países que adotaram legislação específica sobre o tema foram: Alemanha (1965), Brasil (1976), Portugal (1986), Hungria (1988) e mais recentemente a Itália (2003).

A solução legislativa adotada pioneiramente pela Alemanha e parcialmente seguida por Brasil, Portugal e Hungria tentou integrar o fenômeno dos grupos com a legislação já existente para as sociedades individuais e fez isso legitimando o poder diretivo da sociedade controladora e criando um mecanismo de proteção para as subsidiárias, sócios minoritários e credores.

Buscou-se tal proteção por meio da divisão artificial entre *grupos de fato* e *grupos de direito*, que gravita em torno da autonomia da vontade retratada numa convenção de grupo, razão pela qual é apontado pela literatura jurídica como um *modelo contratual*. Tal modelo opera basicamente como um modelo regulatório opcional. Uma vez que se opta pela constituição formal do grupo, as regras atinentes à proteção das subsidiárias passam a ser aplicadas.

Os demais países que optaram por não regulamentar o fenômeno dos grupos, por sua vez, tendem a tratá-los como mera união de unidades autônomas, conservando a personalidade jurídica das sociedades membros e apenas admitindo a responsabilização da controladora por atos da subsidiária nos casos de fraude comprovada, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalva-se aqui apenas a Índia que, embora não possua regulação específica sobre o tema, tem, desde 1987, entendimento jurisprudencial²³ no sentido de que a sociedade controladora é responsável pelos débitos da subsidiária nos casos em que esta desempenhe atividade potencialmente perigosa.

²³ Segundo informa Meredith Deaborn (2009), a jurisprudência indiana em matéria de responsabilidade intragrupal teve origem inicialmente por ocasião do julgamento das ações envolvendo o desastre de Bophal, quando 40 toneladas de gases tóxicos vazaram na fábrica de pesticidas da empresa norte-americana Union Carbide através de sua filial indiana e foi posteriormente consolidada no julgamento do caso *M. C. Mehta v. Shriram Food and Fertilizer Industries* um caso que envolveu um vazamento de gás oleum em Nova Deli.

4.1 Teoria Clássica. Modelo Americano

Os Estados Unidos, embora não seja o único, são notadamente o país sem regulação grupal que mais tem aplicado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua concepção tradicional para solução dos casos de responsabilidade.

O sistema legal americano baseia-se no princípio fundamental de que um membro de um grupo de sociedades, em especial a sociedade-mãe, não pode ser responsabilizada pelas obrigações assumidas pelas suas filiadadas pela simples razão de que são pessoas jurídicas distintas. A imposição de responsabilidade, portanto, apenas poderá ocorrer em circunstâncias excepcionais, por meio da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*disregard doctrine, piercing the corporate veil, lifting the corporate veil*).

Conforme asseveram Strasser, Nicholas e Gouvin (2007), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito americano subdivide-se em duas subteorias: “*Instrumentality doctrine*” e “*alter ego doctrine*”.

A *Instrumentality Doctrine* foi proposta por Frederick Powell em 1931 e aplicada pela primeira vez no caso “*Lowendal v. Baltimore e Ohio Railroad*”, julgado em 1935. Tal teoria tem sido, até hoje, amplamente utilizada pelos tribunais americanos e pauta-se em três requisitos para se atribuir responsabilidade à controladora: (i) exercício de controle excessivo, (ii) conduta ilegal ou injusta, e (iii) nexo de causalidade com o dano que se busca reparação. Vale lembrar que o ônus da prova é do requerente, ou seja, cabe a quem sofreu o dano provar a existência de cada um dos requisitos no caso concreto.

Quanto aos requisitos para aplicação da *Instrumentality Doctrine*, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) esclarece:

1- Control, not merely majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances, but of policy and business practices with respect to the transaction attacked so that the corporate entity had at the time no separate mind, will or existence of its own; 2- Such control must have been used by the defendant to commit fraud or wrong, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of the plaintiff's legal rights; 3- The aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of (ANTUNES, 2005, fl. 243).

A chamada *Alter Ego Doctrine*, por sua vez, tem sido adotada por alguns tribunais americanos em substituição à *Instrumentality Doctrine*, embora não existam diferenças relevantes entre elas. Foi utilizada pela primeira vez no caso *Automotriz v. Resnick*, julgado em 1957, e ampara-se em duas verificações: (i) se existe uma unidade entre interesse e propriedade passível de tornar nula a separação entre a personalidade da sociedade e dos sócios; (ii) se o resultado injusto ocorreria mesmo se os atos fossem praticados no âmbito de uma única sociedade.

Strasser, Nicholas e Gouvin (2007) concluem, no entanto, que embora tenham nomes diferentes e se apoiem em diferentes metáforas, a *Instrumentality Doctrine* e a *Alter-Ego Doctrine* são teorias equivalentes, demandando a demonstração dos mesmos elementos para sua aplicação.

Although bearing different names and formulated with different metaphors, the instrumentality and alter-ego doctrines are virtually indistinguishable and should be regarded as doctrinal equivalents. Each requires proof of each of the same elements that are applied in substantially the same manner. They represent the classic American doctrine of piercing the corporate veil (STRASSER; NICHOLAS, GOUVIN, 2007, p. 25 do capítulo 11).

Os tribunais americanos geralmente adotam dois elementos principais capazes de provocar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade subsidiária: (i) *Elemento objetivo ou formal*: são criadas listas de situações pelo Judiciário que demonstram o extremo controle da subsidiária. A verificação do elemento objetivo, portanto, ocorre pelo enquadramento do caso em uma dessas situações previstas.²⁴; e (ii) *Elemento subjetivo ou de equidade*: refere-se à identificação de onde o controle exercido pela sociedade-mãe é considerado abusivo, injusto, ilegal, desonesto, fraudulento.

²⁴ José Engrácia Q. L. Antunes (1994) ressalta que, embora cada tribunal adote um parâmetro diferente, a jurisprudência americana tem admitido os seguintes atos como exercício de controle excessivo: a capitalização inadequada da subsidiária, a existência de declarações unificadas; o pagamento do salário dos empregados da subsidiária pela controladora; a utilização da propriedade da subsidiária pela controladora como se fosse sua; o apontamento da subsidiária nos documentos da controladora como uma de suas divisões; a inexistência de negócio próprio da subsidiária, independente da controladora; a existência de transações que beneficiam a controladora à custa da subsidiária; entre outros. O autor português ressalta, no entanto, ressalta que este critério é insuficiente por quatro motivos: (i) as formas e graus de controle são insistemizáveis; (ii) os critérios listados geralmente indicam a existência de controle, mas não entram no mérito do grau de controle, que é o que realmente interessa; (iii) o fato de se identificar que existe controle em uma área da sociedade não quer dizer que exista em outras; (iv) a controladora estando ciente desta lista, pode facilmente evitar a ocorrência destes requisitos formais, sem contudo deixar de exercer o controle.

O autor californiano Meredith Dearborn (2009) explica que a limitação da responsabilidade entre as sociedades do grupo tem influenciado o direito societário de todos os 50 estados americanos e que, de um modo geral, estudiosos, legisladores e juízes americanos têm evitado atribuir responsabilidade às sociedades do grupo por qualquer outro meio que não a desconsideração da personalidade jurídica.

Limited liability extends to situations in which a corporation, rather than a natural person, is the owner of another corporation, regardless of how much stock that corporation owns or how much control that corporation exerts. This governing principle of the parent-subsidiary relationship has influenced corporate Law throughout the fifty states, and most practitioners, judges and commentators take it for granted.

Piercing the corporate veil is the single exception to the limited liability principle. It is singular in its ability to penetrate corporate formalities and state-granted limited liability shields to reach an owner's assets, and it is singularly questioned, litigated, and outright scorned by practitioners and commentators. Yet, despite a wealth of academic literature on the topic, many commentators and legislators, and some judges, have shied away from either adopting or endorsing some enterprise liability – an alternative formulation for parent-subsidiary liability sharing that would operate in a more predictable albeit a more wide-ranging fashion (DEARBORN, 2009, p. 199).

Meredith Dearborn (2009), no entanto, identifica algumas exceções a essa regra. Destaca que a jurisprudência americana tem se desenvolvido no sentido de se atribuir responsabilidade à sociedade-mãe pelos débitos das subsidiárias, independentemente da desconsideração da personalidade jurídica, em demandas envolvendo a aplicação da lei antitruste americana (*Sherman Act*), demandas tributárias e alguns casos envolvendo delitos em massa e direitos humanos.

Em demandas que envolvem a aplicação da Lei Abrangente de Reação Ambiental, Compensação e Responsabilidade Civil (CERCLA, da sigla em inglês)²⁵, Regulamentos Federais²⁶ ou do Código de Falências²⁷, o autor também identifica decisões em que o

²⁵ Meredith Dearborn (2009) explica que o Congresso americano aprovou a CERCLA em 1980 para acelerar medidas corretivas e impor responsabilidade pela liberação de substâncias perigosas no meio ambiente. A jurisprudência distinguiu no regulamento as expressões 'owner' e 'operator'. A atribuição de responsabilidade ao "owner", de acordo com o tribunal, exigiria a desconsideração da personalidade jurídica, mas a responsabilidade do 'operator' decorria da simples conduta da empresa-mãe em ditar as ações da subsidiária. No julgamento do caso *United States v. Bestfoods*, no entanto, a Suprema Corte americana considerou que a empresa-mãe só poderia ser responsabilizada nos termos comuns da desconsideração da personalidade jurídica.

²⁶ Na aplicação de regulamentos federais, de que são exemplo *Federal Water Pollution Prevention and Control Act*, *Robinson-Patman Act*, *Federal Trade Commission Act*, *Packers and Stockyards Acts*, *Clayton Act* e *Commodity Exchange Act*, os tribunais americanos optaram por não aplicar a desconsideração da personalidade

princípio da autonomia societária tem sido excepcionado ou a desconsideração da personalidade jurídica aplicada de forma mais branda. Nestes casos, porém, a jurisprudência ainda é vacilante.

Nas relações trabalhistas, a própria Lei Nacional das Relações do Trabalho (NLRB, da sigla em inglês) expressamente trata as sociedades do grupo como única empregadora quando estão “suficientemente integradas”. Para avaliar se as sociedades são integradas, por sua vez, a NLRB propõe a verificação de quatro fatores: (i) inter-relação nas operações das sociedades; (ii) controle centralizado nas relações trabalhistas; (iii) administração comum; e (iv) propriedade comum ou controle financeiro²⁸.

Também a Lei de Proteção da Renda de Aposentadoria dos Assalariados Americanos (ERISA, da sigla em inglês) e o *Bank Holding Company Act* trouxeram previsão específica sobre o tema, atribuindo responsabilidade às sociedades membros do grupo independentemente de se verificar os elementos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica.

Meredith Dearborn (2009) entende que estas formas alternativas de atribuição de responsabilidade intragrupal desvinculadas da desconsideração da personalidade jurídica, representam uma reação positiva do Legislativo e do Judiciário americano na tentativa de buscar um padrão mais adequado de aplicação de responsabilidade intragrupal em áreas que envolvem um interesse público particularmente forte ou que sejam regulamentadas. Para o autor, no entanto, a relação é ainda sutil e inconsistente, sendo necessária a adoção de um padrão mais amplo e unificado pelos tribunais.

These departures from entity liability represent legislatures' and courts' fumbling to find a more appropriate standard for applying liability across corporate groups in areas that involve a particularly strong public interest or regulatory issue. To varying degrees, both courts and legislatures are identifying areas where corporations are using separate corporate personalities to escape liability. This subtle drift and refusal

jurídica de forma típica, através da rigorosa comprovação de fraude ou injustiça, mas optaram por determinar a responsabilidade pela mera constatação de relação de controle.

²⁷ Em demandas envolvendo falência, os tribunais americanos tendem a aplicar uma versão mais branda da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

²⁸ A Suprema Corte americana já se manifestou favoravelmente à aplicação da técnica sugerida pela legislação para verificação da integração das sociedades e consequente atribuição de responsabilidade intragrupal, mas alguns julgadores ainda são relutantes em aplicá-la, apenas admitindo a atribuição de responsabilidade por meio da desconsideração da personalidade jurídica aplicada de forma clássica.

to favor corporate interests over the public interest, is nonetheless inconsistently applied, and thus highlights the need for a more unified and overt standard (DEABORN, 2009, p. 246).

Meredith Dearborn (2009) manifesta-se no sentido de que uma previsão clara na legislação evitaria imprecisões e inconsistências nas decisões e ressalta que os casos de aplicação de responsabilidade intragrupal que tiveram mais sucesso nos Estados Unidos foram aqueles em que existe legislação federal regulando o tema de forma expressa e detalhada, tal como se verifica na ERISA e no *Bank Holding Company Act*.

4.2 Teoria Revolucionária: Modelo orgânico

A Comunidade Econômica Europeia (CEE), atual União Europeia, de forma revolucionária, abandonou por completo o modelo americano que sempre esteve fortemente amparado no princípio da total autonomia societária para propor um sistema regulatório alternativo baseado na concepção de que todos os grupos são altamente centralizados e com controle vertical.

O regime inicialmente previsto nos Estatutos da Sociedade Europeia, e que não chegou a ser aderido por nenhum país, pautava-se *no modelo orgânico*, de forma que a sua aplicação dependia somente da existência de fato do grupo, sendo indiferente que o mesmo houvesse sido constituído por um instrumento escrito.

Outros países, como França e Espanha, também propuseram um sistema regulatório pautado no modelo orgânico, mas igualmente em tais países a legislação proposta não foi efetivamente promulgada, permanecendo puramente de *lege ferenda*.

Embora nenhuma das propostas regulatórias acima explicitadas tenha efetivamente sido promulgada, não há dúvidas de que elas simbolizam a mais forte reação à teoria clássica.

4.2.1 *Regulamento Proposto pela Comunidade Econômica Europeia*

A estratégia regulatória pautada no *modelo orgânico* foi proposta pela primeira vez em 1970 no âmbito dos Estatutos da Sociedade Europeia²⁹. A ideia da Comunidade Econômica Europeia (CEE) era regular um tipo específico de sociedade internacional que não estaria sujeita à regulação de cada país, mas todas as sociedades do grupo, independentemente de onde se fixassem, estariam sujeitas a um regulamento único (*Societas Europea*).

A CEE propôs, naquela oportunidade, uma solução revolucionária para os problemas de responsabilidade intragrupal, em que a sociedade-mãe seria considerada responsável por todos os débitos não pagos das suas subsidiárias partindo do pressuposto de que a primeira controla a segunda como um centro econômico único. A responsabilidade da controladora pelos débitos de suas subsidiárias seria, então, sempre direta e ilimitada.

A existência do grupo seria presumida sempre que se verificasse uma relação de controle entre duas sociedades. A existência de controle, por sua vez, seria presumida de forma absoluta sempre que uma sociedade possuísse a maioria do capital social de outra e de forma relativa sempre que uma sociedade controlasse a maioria das ações votantes ou exercesse influência dominante por via de contratos sobre outra.

Destacam-se três características principais no regime proposto pela CEE:

- (i) A controladora apenas poderia esquivar-se ao pagamento se provasse que não exercia efetivamente administração unitária e influência dominante sobre a subsidiária, afastando as presunções legais.
- (ii) Os Estatutos previam a responsabilidade subsidiária e não solidária da controladora. No Estatuto de 1970 previu-se que a controladora apenas deveria ser acionada após frustrada a tentativa de executar a controlada (principal devedora) por insuficiência de bens (responsabilidade residual). No Estatuto de 1975, no

²⁹ O presente estudo baseia-se nos Estatutos de 1970 e 1975, eis que as versões posteriores dos Estatutos não repetiram na íntegra tal modelo, sobretudo a partir de 1989. O Regulamento (CE) n.º 2157/2001, atualmente vigente, não prevê qualquer regime específico para os grupos de sociedades.

entanto, a responsabilidade continuou sendo subsidiária, porém bastaria a comprovação pelo credor de que houve a cobrança da devedora principal, por qualquer meio, e que esta não cumpriu com a obrigação.

- (iii) O modelo previa a responsabilidade intragrupal ilimitada, o que quer dizer que abrangia, além da responsabilidade contratual, também a responsabilidade civil e penal. Em outras palavras, o patrimônio do grupo como um todo responderia pela reparação dos credores da sociedade subsidiária.

4.2.2 Regulamento Proposto pela Nona Diretiva da Comissão da União Europeia

A *Nona Diretiva*, editada pela primeira vez em 1974/1975 pela Comissão da União Europeia, também tratava da responsabilidade intragrupal. O regime adotado pela Nona Diretiva se assemelhava muito com o previsto no Estatuto da Sociedade Europeia, com a diferença de que este último configurava um regulamento pronto para ser aplicado, enquanto que a adoção do regime previsto pela Nona Diretiva era opcional, de acordo com a discricionariedade do legislador de cada país.

Tal como no Estatuto da Sociedade Europeia, a responsabilidade da controladora pelos débitos das subsidiárias era direta, ilimitada e subsidiária, baseado numa cascata de presunções. Dessa forma, a responsabilidade da sociedade controladora apenas não seria aplicada se esta lograsse provar que, apesar de possuir influência dominante sobre a subsidiária, inexistia gestão unificada.

4.2.3 Regulamento proposto pela ONU

Em agosto de 2003, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou as *Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outras Empresas com relação aos Direitos Humanos* (Normas), a qual propunha a inclusão de princípios empresariais como parte de um esquema maior de regulação do comportamento corporativo, adotando altos padrões de responsabilidade para os grupos transnacionais.

Em termos gerais, as Normas propõem uma maior responsabilidade corporativa, regulando áreas que vão desde as relações de trabalho, proteção do meio ambiente, direitos humanos e

transferência de tecnologia, impondo responsabilidade a todos os grupos empresariais que violem essas regras de responsabilidade social.

As Normas qualificam o empreendimento transnacional como uma entidade econômica operando em mais de um país ou um conjunto de entidades econômicas que operam em dois ou mais países independentemente da sua forma jurídica, quer no país de origem ou no país que desenvolve a atividade. Esta definição, embora livre, aparentemente abrange uma ampla gama de relacionamentos intersocietários, independentemente da participação acionária ou outros fatores de controle.

Tal regulamento, igualmente, não chegou a ser aderido por nenhum dos Estados membros da ONU.

4.2.4 Regulamentos propostos pela França e pela Espanha

Fora do sistema da União Europeia, outros países da Europa também propuseram regulamentos pautados no modelo orgânico. Uma destas propostas ocorreu na França, em 1970, com a *Proposition Cousté*, que oferecia o conceito de grupo baseado em dois elementos: (i) *influência dominante*; e (ii) *gestão unificada*.

Como inovação em relação aos sistemas propostos pela União Europeia, contudo, o sistema francês presumia a existência de influência dominante sempre que uma sociedade detivesse 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do capital votante e não estabeleceu qualquer critério para a configuração da gestão unificada.

Embora se pudesse imaginar ser o sistema francês menos efetivo para os sócios minoritários, empregados e credores, já que não era baseado na inversão do ônus da prova, este possuía regras específicas para estes sujeitos que não passava pelo conceito de grupo. Ou seja, não era necessário que restasse configurada a existência do grupo, mas apenas a existência de uma relação de controle entre duas sociedades para que tais regras protetivas fossem aplicadas, lembrando que havia presunção de controle sempre que uma sociedade detivesse 25% ou mais do capital social de outra.

Com relação aos credores da subsidiária, o sistema francês inovava ao estabelecer a responsabilidade *solidária* da controladora, e não meramente subsidiária, sempre que o débito não fosse pago até o terceiro mês após a aprovação das contas do exercício social seguinte. Existia, ainda, norma específica que previa o dever da controladora de cobrir os prejuízos anuais das subsidiárias.

Outra proposta veio da Espanha, em 1979, com o *Anteprojeto de Reforma das Sociedades Anônimas*, o qual copiou quase que literalmente os modelos propostos pela União Europeia, tendo definido, no entanto, a exemplo da França, a responsabilidade *solidária* e não apenas subsidiária da controladora.

4.2.5 A previsão italiana

No final de 2003, o artigo 2.497 do Código Civil italiano de 1942 recebeu reforma legislativa e passou a tratar das sociedades sujeitas à atividade de direção e coordenação de outras sociedades.

Segundo explica Pedro Hollanda, “o referido artigo não trata da definição legal dos ‘grupos de sociedades’, mas das consequências jurídicas do exercício da *attività di direzione e coordinamento* de uma sociedade ou de um ente sobre outra sociedade” (2008, p. 101). O autor esclarece, ainda, que

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. Diferença, 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 (HOLLANDA, 2008, p. 101).

Meredith Deaborn (2009) relata que, com a reforma legislativa, o Código Civil italiano passa a elencar situações em que estaria autorizada a propositura de ação direta pelos acionistas minoritários ou credores da subsidiária em face da sociedade-mãe para compensação dos danos advindos da relação de controle.

4.3 Estratégia Intermediária: Modelo Alemão

Entre as duas estratégias radicais estudadas anteriormente destaca-se a abordagem intermediária em que a sociedade controladora e suas subsidiárias são consideradas uma unidade econômica apenas dentro de certas circunstâncias.

Considerando que a Alemanha foi pioneira neste tipo de abordagem e muitos outros países seguiram o seu exemplo na criação de regimes similares, o sistema germânico será estudado primeiro.

4.3.1 Sistema Regulatório Alemão

A regulação dos grupos de sociedades na Alemanha originou-se de uma reforma legislativa na Lei de Sociedades por Ações, em 1965 (*Aktiengesetz* - AktG). A Alemanha, naquele momento, estava especialmente preocupada em resolver os problemas advindos da integração do fenômeno do controle e dos grupos de sociedades (*Konzerne*) dentro do direito societário clássico criado para as sociedades individuais.

Nesta perspectiva, sobressaíram, em primeiro plano, duas preocupações: (i) legitimar o poder de controle e domínio da sociedade-mãe sobre suas subsidiárias e a primazia do interesse do grupo em detrimento das sociedades consideradas individualmente, o que estava em flagrante contradição com o princípio da autonomia societária pensada no direito clássico; e (ii) definir mecanismos de proteção para a sociedade subsidiária, seus sócios minoritários e credores.

Enquanto o sistema americano baseia-se na presunção de completa autonomia entre os membros do grupo e o modelo proposto pela União Europeia parte da premissa de que existe sempre uma relação de controle entre as sociedades, o sistema alemão inova ao tentar compatibilizar ambas as características.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) relatam que a regulação dos grupos foi dividida pelo legislador alemão em dois grandes blocos:

O primeiro bloco de normas (§§15-22 AktG) previu uma definição geral das várias formas de relacionamento empresarial que poderiam ser de dependência ou de grupo. Pela regulação

alemã, considera-se haver *relação de dependência* quando a sociedade, denominada controladora, tem a possibilidade de exercer de forma direta ou indireta uma influência dominante sobre as outras sociedades tidas como controladas. Esta dependência é presumida toda vez que uma sociedade possui a maioria do capital votante de outra(s) sociedade(s). O *relacionamento de grupo*, por sua vez, ocorre quando uma sociedade controladora tenha se unido a outras sociedades estando todas sujeitas a uma gestão unificada, situação esta que deve ser presumida *de direito* nos casos em que houver um contrato de integração ou dominação entre elas e *de fato* quando a relação for de simples dependência.

O segundo bloco de normas, composto por quase 50 artigos (§§ 291-338 AktG) foi dividido em cinco partes. A primeira parte trata dos chamados contratos de domínio e outros contratos relacionados (constituição, modificação, registro, liquidação) apresentando os principais aspectos legais em matéria de poder de direção da controladora e as correspondentes medidas protetivas para as sociedades subsidiárias, seus sócios externos e credores. A segunda parte trata das situações de dependência e relacionamento grupal em que o contrato de domínio não existe, disciplinando, em particular, os estreitos limites de influência que a sociedade controladora pode exercer sobre as controladas. A terceira parte trata das chamadas subsidiárias integrais, regulando os termos e modalidades de sua constituição, o poder de direção da sociedade-mãe sobre a subsidiária e proteção dos credores desta. A quarta parte contém apenas um artigo disciplinando os casos de participação recíproca. E a quinta e última parte, que originalmente se destinava a tratar da contabilidade do grupo, foi substituída a fim de harmonizar suas regras com as 4ª e 7ª Diretivas da União Europeia, pela nova regulamentação contida no código comercial.

Com relação aos grupos de sociedades, portanto, o legislador alemão optou por adotar como princípio regulatório básico a distinção dos mesmos entre *grupos de direito* e *grupos de fato*. Enquanto a regulação para os grupos de fato repousa no princípio da autonomia societária, a regulação para os grupos de direito parte do pressuposto de existência de controle.

4.3.1.1 Grupos de Direito

O AktG especificou, de forma taxativa, cinco espécies de grupos de direito, também denominados “contratos de empresa”: (i) contrato de domínio; (ii) contrato de transferência de

lucros; (iii) contrato de comunhão de lucros; (iv) contrato de transferência parcial de lucros; e (v) contrato de arrendamento ou cessão de estabelecimento.

Pelo sistema alemão, apenas nos grupos de direito está autorizada a sobreposição do interesse geral do grupo em face do interesse particular de cada sociedade. Como contrapartida, no entanto, existe a obrigação de compensação dos prejuízos sofridos pela subsidiária ao final de cada exercício.

O sistema alemão previu também que, ao ser deliberada em assembleia geral a participação da sociedade em um grupo de direito, os acionistas minoritários da sociedade controlada podem exercer o direito de recesso, retirando-se da sociedade, ou, se preferir, permanecer no quadro social e receber uma indenização calculada de acordo com os lucros recebidos no passado e a estimativa de lucro futuro na data da formação do grupo.

Previu, ainda, que nos casos em que a subsidiária formada pela controladora possuísse parte significativa do acervo patrimonial do grupo, as decisões relativas à (i) venda do seu acervo total; (ii) incorporação em outra sociedade; (iii) eleição de administradores; (iv) reforma do estatuto; ou (v) dissolução da controlada, deveriam ser tomadas no âmbito da assembleia geral da controladora, evitando que tais decisões ficassem nas mãos exclusivamente do seu diretor.

No caso das *subsidiárias integrais* o legislador alemão definiu um sistema de proteção direta e automática, sendo que os credores desta poderão acionar diretamente a sociedade controladora.

4.3.1.2 Grupos de Fato

Diferentemente do que ocorre nos grupos de direito, nos grupos de fato o poder de domínio da controladora sobre a subsidiária independe de qualquer formalização. Se o tribunal reconhecer na relação de domínio um grupo de fato, a controladora não apenas estará obrigada a cumprir com as obrigações decorrentes da relação de domínio, correspondente a compensação dos prejuízos sofridos pelas subsidiárias em função de operações desvantajosas, como também estará obrigada a apresentar relatórios e demonstrações financeiras consolidados.

Ou seja, na ausência de um contrato de grupo a controladora não pode se utilizar da sua influência para impor à sociedade subsidiária a celebração de contratos desvantajosos ou omitir as medidas desta desvantagem, o que apenas não será considerado ilegal caso se faça a compensação de tais prejuízos ao final de cada exercício.

Para garantir o sucesso deste sistema de compensação, o sistema regulatório alemão impôs aos administradores das sociedades controladas o dever de apresentar anualmente um relatório contendo as transações entre controladora e controlada. Em adição, a controladora deve indenizar os prejuízos eventualmente sofridos pela sociedade e seus acionistas em virtude de tal intervenção, apenas estando dispensada de tal compensação caso comprove que a decisão seria tomada pela administração da subsidiária de qualquer forma, mesmo se a sociedade não estivesse em um contexto de grupo.

Em suma, a responsabilidade intragrupal no sistema alemão pode ser assim sistematizada:

Grupos de Direito: para os grupos de direito de uma maneira geral não foi prevista a responsabilidade solidária entre as sociedades membros, mas a sociedade de comando é obrigada a repor todo ano as perdas contábeis sofridas pela sociedade subordinada, além de constituir reservas de garantia adequadas nesta. Previu-se, ainda, que por ocasião da dissolução do grupo, a controladora é obrigada a prestar garantia aos credores da subordinada, desde que aqueles o requeiram no prazo de até seis meses após o registro da dissolução.

Grupos de Fato: o legislador alemão não previu qualquer regra de compensação para os grupos de fato. Haverá, no entanto, responsabilidade da sociedade controladora sempre que se constatar que a controlada sofreu danos em virtude de decisões tomadas por aquela. Permanece aplicável aos grupos de fato, portanto, o princípio clássico da autonomia societária, desde que a controladora exerça o seu poder dentro dos interesses autônomos da sociedade subsidiária, estando sujeita ainda às regras gerais de proteção ao capital social, responsabilidade por danos, anulação das deliberações tomadas em assembleia geral que beneficiem a sociedade controladora em detrimento dos interesses da própria sociedade e seus acionistas minoritários, entre outros.

Subsidiária integral: nas relações da controladora com suas subsidiárias integrais, o patrimônio da subsidiária fica totalmente à disposição da controladora, muito embora haja a

manutenção da personalidade jurídica da subsidiária (o que a difere da fusão). Neste tipo de grupo, previu-se a responsabilidade integral da sociedade de comando pelos débitos da subordinada.

A pretensão do legislador alemão foi criar um regramento que servisse tanto aos grupos centralizados quanto aos descentralizados, que seriam regulados pelas regras atinentes aos grupos de direito e aos grupos de fato, respectivamente.

Segundo informam Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), no entanto, os grupos de direito tiveram pouca aderência na Alemanha, sendo que a grande maioria dos empreendedores (70% a 80%³⁰) entendeu ser mais conveniente operar como grupo de fato, sem registro de uma convenção grupal, afastando com isto a responsabilidade pela compensação dos prejuízos sofridos pela controlada, bem como a possibilidade de saída em massa dos minoritários pelo exercício do direito de recesso. O que se verificou na prática, portanto, foi que muitos grupos altamente centralizados estão sujeitos ao regramento dos grupos de fato. Disso decorreu uma inevitável lacuna entre direito e realidade.

Diante de tal lacuna a literatura jurídica e jurisprudência alemã tentaram conceituar os chamados *grupos de fato qualificados*, como sendo aqueles que, inobstante não estejam sujeitos a qualquer convenção grupal, têm a sua administração altamente centralizada, com intervenção da controladora não apenas em nível estratégico, mas também operacional da controlada.

Para a identificação dos grupos de fato qualificados os estudiosos sugeriram uma série de critérios objetivos, como a coincidência de administradores, centralização de setores cruciais na sociedade etc. A jurisprudência, por sua vez, se negou a adotar critérios objetivos, tendo preferido solucionar caso a caso, tal como ocorre na técnica da desconsideração da personalidade jurídica utilizada pelo sistema americano.

³⁰ Vale ressaltar a extrema relevância que os grupos de sociedades possuem na economia alemã. Segundo informa Meredith Deaborn (2009, p. 216), no ano de 2004 estimava-se que 80% dos empreendimentos alemães faziam parte de um grupo de sociedades, fosse de fato ou de direito.

4.3.2 *Sistema Regulatório Português*

O legislador português seguiu praticamente os mesmos passos do sistema alemão. O Código Comercial de 1986 prevê para os grupos de direito três tipos contratuais básicos: (i) contrato de subordinação; (ii) contrato de grupo paritário; e (iii) domínio total.

Com relação aos grupos de direito o regulamento português possui dois aspectos principais. De um lado atribui à sociedade controladora o direito de domínio sobre a administração e negócios sociais das subsidiárias dentro de limites previamente estipulados em contrato e, de outro lado, cria um sistema de proteção direta e indireta para as subsidiárias e seus credores, o qual ainda não havia sido observado em nenhum sistema legal. Impõe à controladora, ao mesmo tempo, o dever de cobrir os prejuízos anuais da subsidiária e a responsabilidade direta face aos credores pelas dívidas não pagas.

4.4 Inadequação dos regulamentos propostos na visão de José Antunes

Em sua obra *Liability of Corporate Groups* o autor português José Engrácia Q. L. Antunes (1994), posiciona-se pela inadequação de todos os três modelos de regulação grupal estudados supra. Outros autores, de forma pontual e menos explícita, também apresentam críticas a cada um deles.

4.4.1 *Críticas ao modelo americano*

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) acredita que é errôneo que o direito societário americano construa a sua abordagem sobre responsabilidade intragrupal com base na desconsideração da personalidade jurídica, eis que a limitação da responsabilidade dos sócios pelos débitos sociais não é necessariamente consequência histórica, lógica ou jurídica do conceito de pessoa jurídica. Daí que não se pode pressupor que os membros do grupo possuem automática responsabilidade limitada pelo simples fato de lhes serem atribuída personalidades jurídicas distintas.

Para o autor, não se deve perder de vista que a limitação da responsabilidade no contexto histórico apenas se justificou pelo dogma de que apenas se deve atribuir responsabilidade a quem possui poder. De fato, nas sociedades anônimas com capital pulverizado, com base nas

quais o sistema societário clássico se desenvolveu, os sócios geralmente não exerciam qualquer poder nas decisões sociais. No caso dos grupos de sociedades, no entanto, em que as sociedades-mães efetivamente controlam as subsidiárias, não se verifica limitação de poder que justifique qualquer tipo de limitação de responsabilidade.

O autor observa, também, que a aplicação do modelo clássico para os grupos é inconsistente do ponto de vista de proteção dos credores e sócios minoritários. A permanente manipulação e realocação dos recursos financeiros entre as sociedades do grupo destroem a autonomia patrimonial que constitui a principal garantia dos direitos dos credores. Do ponto de vista dos sócios minoritários, por sua vez, o seu direito a perceber dividendos pode ser reduzido ou até nulificado pela prática de atos que esvaziam o patrimônio da subsidiária em favor da controladora.

Abre-se aqui um parêntese para ressaltar que Meredith Dearborn (2009) inclui, ainda, a ineficiência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica face às vítimas por ato ilícito. O autor americano apresenta dados que comprovam que quando a responsabilidade intragrupal é analisada em demandas que envolvem responsabilidade civil os tribunais tendem a desconsiderar menos a personalidade jurídica para fins de atribuição de responsabilidade à sociedade controladora.

In sum, the entity theory of the corporation is unable to account for the different normative and economic realities presented by the parent-subsiary relationship or the problem of tort creditors. When these issues arise together and where a subsidiary or affiliated corporation perpetrates a tort, the current normative and economic realities necessitate a different regime of legal inquiry. Importantly, empirical data suggests that courts are less willing to pierce the veil in this precise situation: tort cases within corporate groups are successful approximately 26% of the time; this is less than piercing cases overall (approximately 40%), torts alone (approximately 31%, and corporate groups alone (approximately 37%). Given the shortcomings of limited liability in the intersection between the corporate group and torts, the necessity for a holistic solution is starkly apparent (DEARBORN, 2009, p. 209).

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) resalta, também, que o regime de responsabilidade intragrupal americano causa três importantes ineficiências econômicas tanto na administração quanto na organização dos grupos de sociedades.

(i) O sistema de responsabilidade intragrupal americano é o ambiente propício para o problema da *moral hazard*³¹. Se nas sociedades isoladas há a possibilidade de se contratar um seguro para os casos de responsabilidade civil, protegendo os proprietários do risco, nos grupos de sociedades esse deslocamento do risco é ainda mais fácil por meio do exercício de determinadas atividades por uma subsidiária específica, geralmente subcapitalizada. Ademais, o problema é ainda mais agravado se considerar-se que nas sociedades isoladas o capital é geralmente disperso e os proprietários que pretendem diminuir seu risco não exercem tanta influência na administração da sociedade. No caso dos grupos de sociedades, no entanto, tanto a propriedade quanto a administração estão concentradas nas mãos da controladora.

(ii) A aplicação automática da limitação da responsabilidade conduz as sociedades controladoras a se comportarem como parasitas (*freeriders*³²). Ao deixar o “negócio sujo” nas mãos de subsidiárias subcapitalizadas, as controladoras se livram de riscos ligados, principalmente, a questões consumeristas e ambientais.

(iii) Ao se estender a responsabilidade limitada de forma automática e sem restrições aos grupos de sociedades, cria-se um sistema artificial de distribuição de recursos e seleção de mercado. A sociedade que deveria ser responsável pelos débitos originados da sua atividade, pode utilizar-se do sistema legal para escapar da sua própria responsabilidade por meio da simples manipulação da sua forma legal, impedindo os credores de alcançar os bens disponíveis para satisfazer seus créditos. Tal comportamento distorce também a livre concorrência dando ampla vantagem aos grupos de sociedades.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) acrescenta que o regime geral de responsabilidade que se baseia na transferência do risco empresarial do acionista para o credor sempre foi elogiado como sendo o mais eficiente economicamente e desejável socialmente. Sempre se considerou que o credor está mais preparado para assumir o risco do que o acionista, eis que tem o poder de solicitar garantias adicionais ou aumento do preço para a correspondente reparação. No caso dos grupos de sociedades, no entanto, esta presunção parece equivocada para quase todas

³¹ A *moral hazard*, que pode ser traduzida para o português como “risco moral”, se refere à possibilidade que uma empresa tem de adotar comportamentos inadequados do ponto de vista moral dentro do contexto de uma transação econômica específica.

³² *Freerider* é uma expressão utilizada na economia para se referir a alguém que se beneficia de recursos, produtos ou serviços sem pagar pelos custos do seu benefício.

as classes de credores. Os credores involuntários, por exemplo, consumidores e vítimas de delito, não reúnem condições de exigir garantias adicionais, haja vista que não são partes consensuais, não tendo escolhido livremente estar na posição de credores da subsidiária. Alguns credores voluntários também não estão preparados para absorver o risco, tais como empregados e pequenos fornecedores, haja vista que não possuem poder de barganha nem conhecem de forma profunda a sociedade contratante para poder calcular o risco e negociar garantias adicionais.

Outra inconsistência do modelo americano segundo José Engrácia Q. L. Antunes (1994) diz respeito à inobservância quanto às especificidades de cada área do direito. Uma vez que o reconhecimento da autonomia da subsidiária tem se pautado em requisitos meramente formais³³, o julgador não leva em conta em suas decisões os princípios que orientam cada área do direito a que o débito está afeto, tais como a proteção do empregado no direito do trabalho, o tratamento isonômico entre os credores no direito falencial, a autonomia da vontade no direito contratual. Ademais, é comum a citação de jurisprudência trabalhista num processo de falência, jurisprudência societária em questões contratuais etc.

4.4.2 Críticas ao modelo proposto pela União Europeia

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) acredita que os modelos propostos pela União Europeia merecem tantas críticas quanto o modelo americano e ressalta que sua maior fraqueza consiste na incerteza, automatismo e rigidez da solução proposta para as questões de responsabilidade intragrupal.

Também nos modelos propostos pela União Europeia está presente uma intolerável insegurança jurídica. Ao contrário do que muitos pensam, a adoção de presunções para identificação dos elementos de “influência dominante” e “gestão unificada” não eliminou a necessidade de uma correta definição de tais elementos, mas apenas inverteu o ônus da prova dos demandantes (credores da subsidiária) para os réus (sociedades controladoras).

³³ As questões chave são: A subsidiária observou as formalidades para constituição e funcionamento? Mantém a reunião de sócios e administração independentes da controladora? Mantém contas bancárias, registros financeiros, auditoria, endereço, número de telefone e empregados próprios?

Não há, nem nas propostas legislativas nem nos estudos que lhes antecederam, qualquer definição, nem mesmo vaga, do que seriam tais elementos, os quais são essenciais para a correta aplicação das regras de responsabilidade intragrupal. Sem uma definição legal precisa, fica nas mãos de construções teóricas e jurisprudenciais resolver o problema da identificação do mínimo nível de centralização exigível para o reconhecimento de uma gestão unificada, as quais geralmente concluem ser este um conceito indeterminável.

Essa incerteza é um problema especialmente sério para as sociedades controladoras que estariam sempre dependentes de demandas judiciais para apurar sua responsabilidade, o que seria potencialmente danoso para a estabilidade econômica e financeira de todo o grupo, não se podendo prever com um mínimo de certeza o grau da sua responsabilidade. Também os credores das subsidiárias que a princípio teriam como garantia os ativos da controladora e das demais controladas estariam dependentes de demandas judiciais, num jogo de tudo ou nada, eis que o tribunal poderia chegar a conclusão no caso concreto que o relacionamento entre as sociedades era de mera dependência.

A dificuldade de se chegar a um conceito exato do que seria direção unitária acabaria por levar a uma presunção automática de influência dominante toda vez que se estivesse diante de uma situação de controle, independentemente do controle ser efetivamente exercido ou não pela controladora, de forma boa ou ruim, no melhor interesse da subsidiária ou não, estivesse o débito conexão com a atividade da controladora ou não.

The most striking aspect of the automatism of this liability regime is that, as a consequence of the domino-effect of the presumptions game, the imposition of liability on parent corporations of groups for subsidiary debts follows directly and automatically from their formal status of parent. By not distinguishing between potential control and actual control, nor between 'bad' control and 'good' control, the system thus holds parent corporations inescapably liable for all the debt of their subsidiaries, including those debts without any connection with its real control or those issuing from a parent's control which have been undertaken in the best interests of the subsidiary (ANTUNES, 1994, p. 300).

A rigidez do sistema, por sua vez, não permitiria diferenciar a responsabilidade de grupos altamente centralizados ou descentralizados, ofertando uma solução única para realidades completamente distintas. Esta distorção ficaria especialmente evidente em situações em que a inadimplência da subsidiária decorresse de circunstâncias puramente fortuitas e imprevisíveis, sem qualquer conexão com o comportamento da controladora, bem como em situações em

que o dano decorreu de um ato praticado pela subsidiária antes mesmo de iniciar o relacionamento com o grupo.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) reconhece que o modelo proposto pela União Europeia tentou aproximar o direito da realidade ao atribuir responsabilidade àquele que de fato exerceu poder de gestão na sociedade, independentemente do dogma da autonomia patrimonial da sociedade (só se deve atribuir responsabilidade àquele que tem poder). Ocorre que, ao adotar uma solução única para todos os grupos, o modelo negligencia não apenas o princípio da autonomia patrimonial como também as diversas formas de organização em grupo possíveis, desde a mais centralizada até as que preservam a independência gerencial das subsidiárias. Se é verdade que não deve haver controle sem responsabilidade, também é verdade, a *contrario sensu*, que não deve haver responsabilidade sem controle. Dessa forma, a responsabilidade apenas deveria ser atribuída à controladora quando os débitos da subsidiária de fato decorressem do exercício do controle da primeira sobre a segunda.

O autor acredita que com a atribuição de responsabilidade automática à controladora, os grupos certamente adotariam uma estrutura altamente centralizada a fim de se diminuir os riscos que lhe são expostos neste regime. Tal postura iria de encontro à maior razão do sucesso dos grupos em comparação com a sociedade isolada, a alta flexibilidade organizacional, prejudicando frontalmente a liberdade dos empreendimentos empresariais em adotar o melhor enquadramento legal para sua atividade. Assim, a atribuição de responsabilidade ilimitada nos grupos, conforme proposto pela União Europeia, seria ineficiente do ponto de vista dos vários agentes.

Do ponto de vista dos *acionistas* porque estariam na posição de garantidores não apenas do sucesso da atividade da subsidiária como de todos que com ela se relacionam, como credores, gerentes e trabalhadores. Sem falar que com o modelo de gestão das sociedades anônimas, o conselho de administração e a diretoria assumem o poder de decidir diversas matérias em nome da sociedade, independente de consultar a assembleia geral. O acionista minoritário, portanto, estaria assumindo o risco por decisões sobre as quais ele não foi sequer consultado.

Do ponto de vista *administrativo*, porque a circulação das ações ficaria comprometida em virtude de seu valor variar em função não apenas da sociedade, mas da saúde do grupo como

um todo. Não havendo circulação das ações, novos blocos de controle não seriam formados, perpetuando administradores ineficientes independente de suas performances.

Do ponto de vista dos *credores*, eis que os credores das sociedades isoladas teriam menos garantias que os credores dos grupos. Com relação aos credores das subsidiárias solventes, estes seriam forçados a subsidiar uma eventual insolvência da controladora.

A eficiência econômica também estaria prejudicada haja vista que os investidores seriam afugentados face à possibilidade de estar pessoalmente vulneráveis aos vários riscos que a posição de sócio representa.

Por todos estes motivos, a adoção do modelo de responsabilidade automática e ilimitada, tal como proposto em diversas oportunidades pela União Europeia, seria capaz de gerar duas consequências distintas: ou se observaria a completa derrocada da organização grupal ou o regulamento passaria, em breve, a ser letra morta, afastando ainda mais a realidade da norma.

4.4.3 Críticas ao sistema regulatório alemão

Com relação ao sistema regulatório adotado pela Alemanha em 1965 para os grupos de direito, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) reconhece os seguintes pontos falhos:

Ausência de aderência aos grupos de direito: ao prever que apenas os grupos de direito estavam autorizados a exercer plenamente o controle sobre as demais sociedades, o sistema alemão tentou canalizar o maior número de grupos de sociedades para uma relação contratual. No entanto, não tendo criado, da mesma forma, uma adequada regulação para os grupos de fato que de forma efetiva impedisse que as controladoras exercessem o seu poder sobre as subsidiárias, o que se percebeu foi que, tanto quanto antes, os grupos continuam a se formar sem qualquer convenção grupal.

O contrato de grupo idealizado pelo legislador alemão existe na forma, mas não na essência: na prática, possuindo a controladora a maioria do capital social das controladas, a decisão sobre *se, como e quando* ocorrerá a celebração do ajuste está exclusivamente nas mãos da controladora, não se verificando a relação sinalagmática própria dos contratos.

Proteção apenas indireta aos credores das subsidiárias: as regras idealizadas para os grupos de direito não oferecem total proteção aos credores das subsidiárias, eis que não os garante livre acesso ao patrimônio das controladoras para satisfação de seus créditos. A proteção se dá apenas por via reflexa, por meio da obrigação das controladoras de compensar as perdas anuais.

Proteção limitada aos credores das subsidiárias: a compensação pela controladora estará limitada ao patrimônio inicial das sociedades controladas, que nem sempre é definido de forma adequada à atividade exercida (subcapitalização). Sem falar que à controladora é permitido impor aos administradores das subsidiárias que utilizem a reserva legal para diminuição das perdas anuais, bem como antecipar o fim do exercício social para um período mais conveniente em que as perdas apuradas serão menores, diminuindo o valor a ser compensado.

Ineficiência das regras idealizadas para os grupos de direito: o §300 AktG (Lei de Sociedades por Ações da Alemanha) impõe o dever de se manter uma reserva legal na controlada, enquanto o §301 impõe limites à transferência de lucros entre as sociedades. Ambas as regras, no entanto, dependem da forma como a contabilidade da subsidiária foi elaborada, o que é passível de manipulação. Os §§309-310, por sua vez, referem-se à responsabilidade dos representantes legais das sociedades controladoras e controladas. Tal regra também se mostra ineficiente na medida em que não se crê que o administrador da subsidiária assuma o risco pessoal de demandar contra a sociedade controladora. Os sócios minoritários, a seu turno, nem sempre têm interesse em assumir os custos e riscos de uma demanda judicial. E os credores das subsidiárias por muitas vezes não possuem as informações internas suficientes para identificar o erro e propor a ação.

O sistema de compensação das perdas anuais é ao mesmo tempo muito restrito e muito amplo: muito restrito porque não atinge todas as classes de credores e muito amplo porque impõe o dever de compensar as perdas anuais para todos os grupos de direito, mesmo naqueles mais descentralizados em que a controladora não exerce qualquer influência sobre as decisões das controladas.

O regramento para os grupos de fato é muito complexo: o regramento pautado em proibições - §311 – exceções às proibições - §§311, I, II, 317, I – e exceções as exceções - §317, II -

implicaram em dificuldades na construção de uma teoria inequívoca e deram margem a diversas interpretações para um mesmo dispositivo. José Engrácia Q. L. Antunes (1994) esclarece que a complexidade do sistema decorre principalmente da nebulosidade dos compromissos políticos assumidos durante o processo legislativo bem como na redação de sentido ambivalente adotada.

Em uma breve revisão história do processo legislativo, o autor português narra que a posição original do legislador alemão era bastante clara. O projeto de lei de 1958 previa que na ausência de um contrato, toda vez que uma sociedade detivesse o poder de controle sobre outra sociedade via mecanismos diversos, por exemplo, maioria do capital votante, administração comum etc., as autonomias organizacional e patrimonial das sociedades, bem como o interesse social da subsidiária, deveriam ser plenamente observados. Propôs-se, inicialmente, pois, um regime de severa, quase penal, responsabilidade para o exercício do controle nos grupos de fato. Tal proposta, no entanto, sofreu duras críticas durante o processo legislativo. Os teóricos acusavam o projeto de ser extremamente severo, o que geraria, na prática, colocar na ilegalidade os grupos de fato já existentes e restringiria futuras concentrações empresariais.

Em 1959, um novo projeto foi apresentado a fim de substituir o rígido sistema de responsabilidade por um sistema de compensação flexível, segundo o qual as sociedades-mães seriam excepcionalmente autorizadas a exercer o seu poder de controle de fato sobre as subsidiárias, impondo-lhes negócios prejudiciais, desde que compensassem tais prejuízos com resultados originados de outras operações ou por meio de outras medidas econômicas. Para garantir a eficiência deste sistema compensatório, o projeto previa, ainda, a obrigatoriedade de apresentação de relatórios que demonstrassem o relacionamento entre controladoras e controladas, bem como a responsabilidade civil da sociedade-mãe pela não compensação dos danos apurados.

Este sistema foi em geral aplaudido, mas criticado pela estreita relação estabelecida entre perda e benefício para cada operação considerada individualmente, o que foi julgado como impraticável na dinâmica dos relacionamentos entre controladoras e controladas. Os teóricos alegavam que este sistema, na prática, tal como na proposta anterior, provocaria o completo banimento dos grupos de fato.

Sensível a tais argumentos a redação final da Lei de Sociedades por Ações Alemã de 1965 eliminou tais restrições, sendo considerado suficiente que a compensação pela sociedade controladora ocorresse ao final do exercício fiscal e até mesmo por meio de lucro não advindo da medida ou transação prejudicial.

Após todo este histórico legislativo, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) conclui que ficou claro que o legislador tentou conciliar duas políticas legislativas contraditórias. Se a proposta original era impedir que qualquer relação de controle fosse exercida fora de uma convenção grupal, um novo objetivo político fez com que o regulamento fosse flexibilizado para permitir o exercício do poder de controle pelas sociedades controladoras. Esse jogo político acabou gerando um sistema ambivalente que combina a regra fundamental de proibição do controle pela sociedade-mãe com uma não menos fundamental exceção que permite indiretamente o exercício deste controle desde que submetido ao regime compensatório. Para o autor, no entanto, essa compatibilidade aparente entre as duas políticas legislativas simplesmente não existe, eis que uma vez submetida ao controle, a subsidiária jamais retomará a sua independência econômica, sendo este um caminho sem volta.

The integration of a corporation in a vast economic unity, the corporate group, constitutes for that corporation a *point of no return* as far as its original status of economic, patrimonial, profit-maximizing and market independence is concerned. As has been repeatedly argued throughout this book, the sole integration of a corporation in the internal (capital, labor, assets, managerial) market of a polycorporate enterprise subordinates the former to a unified business strategy and direction which, even in its most decentralized forms, is likely to affect it deeply and above all in an indeterminable way (any comparison with its previous status of independence being possible and any evaluation in cost-benefits terms being possible, at best, only in the very long term). By trying to restore the *life* to corporations whose premature *death* as autonomous economic-patrimonial business units was previously tolerated, the law has thus engaged in an unfeasible double-dealing: this 'system of resurrection' for subsidiary corporations simply cannot work (ANTUNES, 1994, p. 347).

Para José Engrácia Q. L. Antunes (1994), os mecanismos de proteção da sociedade subsidiária previstos para os grupos de fato apresentam, ainda, alguns problemas de ordem técnica:

(i) o sócio minoritário ou credor tem o ônus de provar onde a decisão prejudicial foi tomada, se autonomamente pela administração da subsidiária ou por influência da controladora, o que se mostra extremamente difícil, sobretudo considerando que os sócios minoritários, via de regra, não possuem acesso à forma de alocação do poder no grupo;

(ii) a mensuração da decisão prejudicial é geralmente aferida por meio da comparação com uma suposta decisão que seria tomada por um administrador diligente agindo de acordo com os melhores interesses de uma sociedade independente, nas mesmas circunstâncias. Os problemas associados com este padrão de comparação são vários. Só para citar alguns:

- a) é impossível individualizar o interesse autônomo da sociedade após ela ter sido inserida num contexto de grupo;
- b) é muito difícil determinar qual seria a decisão de um administrador diligente em uma sociedade independente nas mesmas circunstâncias;
- c) considerando que a comparação se dá ao tempo em que a decisão é tomada (*ex ante*) e não quando eventual prejuízo é verdadeiramente auferido (*ex post*), a operação pressupõe a determinação da exata dimensão não apenas de um, mas de dois resultados hipotéticos. O autor, então, questiona: quem assumiria o risco de quantificar *ex ante* o exato montante do prejuízo (ou benefício) que o patrimônio da subsidiária está passível de sofrer pela decisão da controladora em expandir sua capacidade produtiva, alterar o design do produto, redistribuição do trabalho etc?
- d) o padrão de comparação é passível de implicar em uma inadmissível separação entre poder e responsabilidade. Isto porque, não há que se falar em dever de reparar o dano advindo quando restar demonstrado que a decisão da controladora coincide com a que um administrador diligente agindo no interesse de uma sociedade isolada, em circunstâncias similares, adotaria, mesmo porque a comparação, como dito, é feita *ex ante*, num momento em que ainda não se fala em dano.

O autor entende, ainda, que o sistema de compensação previsto pelo legislador alemão é inoperável mesmo nos grupos mais descentralizados, eis que a gestão unificada, comum a todos os grupos, mesmo que apenas em áreas estratégicas, é incompatível com a noção de interesse autônomo da subsidiária.

In my opinion, on the contrary, there are good reasons to believe that the compensatory system is already rendered dysfunctional and unworkable before even the most decentralized forms of de facto groups. The main reason for that conviction is that the sole existence of unified management (the constituent feature of any corporate group, factual or not, centralized or not) entails, by definition, a minimum level of control exercised by the parent corporation in the face of which the operability of the legal system of §§311ff, already becomes a matter of doubt, that is, which already entails forms of controlling influence whose detrimental effect on

the subsidiary corporation are virtually undeterminable, unquantifiable, and thus non-compensable (ANTUNES, 1994, p. 356).

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) acredita, então, que o sistema de compensação previsto pelo legislador alemão para os grupos de fato é inconsistente com a realidade de todo e qualquer grupo, não oferecendo qualquer proteção aos sócios minoritários e credores, para quem a regra foi endereçada.

Ressalte-se que o autor americano Meredith Deaborn (2009) reconhece as mesmas falhas no sistema alemão e acrescenta que uma de suas principais deficiências é a ausência de previsão no que diz respeito aos credores por ato ilícito. Ressalta, no entanto, que muitos dos regulamentos descendentes do sistema alemão têm abordado explicitamente esta lacuna por meio da adição de um dispositivo que autoriza a interposição pelos credores externos de ação diretamente contra a controladora.

4.5 Solução legislativa proposta por José Engrácia Antunes

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) conclui ao final de sua obra *Liability of Corporate Law* que a especificidade do grupo está justamente na tensão existente entre a unidade do todo e a pluralidade das partes. É exatamente isto que o diferencia de todas as demais formas de organização empresarial.

Organizationally, this means that corporate groups represent a new form of enterprise organization whose specificity consists in the conduct of a unitary business through extremely flexible governance and action structures, where a constantly changing ad-hoc and opportunistic balance between the autonomy and control thus represent the two basic theoretical patterns of decision-making power allocation within a polycorporate network, as poles of a large spectrum of governance and integration possibilities. This fundamental finding seems to me crucial for both the understanding of the failure of all the current regulatory strategies and the designing of a possible alternative strategy concerning intragroup liability (ANTUNES, 1994, p. 382-383)

Daí que o autor acredita que foi exatamente por não se reconhecer o caráter híbrido dos grupos de sociedades que todos os critérios regulatórios até então adotados fracassaram. Se o sistema americano peca por pressupor que todos os grupos são descentralizados e ignorar o controle que inevitavelmente, em maior ou menor grau, está presente em todos os grupos, a falha do sistema proposto pela União Europeia está justamente em se ignorar a diversidade entre as sociedades do grupo. O sistema germânico, por sua vez, é imperfeito por tentar deixar

estes elementos separados de forma artificial, como se nos grupos existisse sempre ou completa autonomia ou controle absoluto. O que se observa, portanto, é um grande abismo entre a realidade econômica dos grupos e seus regramentos.

A partir desta concepção, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) sugere a criação de um novo sistema regulatório para os grupos em que a autonomia e o controle fossem vistos como um contínuo. A responsabilidade intragrupal, desta forma, seria definida caso a caso, por meio da verificação de onde a decisão foi tomada. A controladora seria sempre responsável por todos (e apenas) os débitos da sociedade subsidiária que fossem consequência das decisões empresariais tomadas sobre o seu controle, sendo-lhe atribuído o ônus de demonstrar de onde a decisão se originou.

O autor entende que o grande desafio de se propor um novo modelo regulatório é exatamente achar o equilíbrio entre o interesse privado, consistente na autonomia de decidir qual a melhor forma de organização empresarial, e o interesse público, que é criar uma regra que seja efetiva do ponto de vista de proteção aos credores e acionistas minoritários e não permita que a estrutura grupal seja utilizada como forma de evasão dos objetivos da lei, e que seja, ainda, capaz de desvendar o real centro de decisão numa infinidade de formas organizacionais.

Adota, portanto, como ponto de partida para a criação do novo modelo justamente o ponto falho dos outros sistemas regulatórios, o reconhecimento da coexistência de autonomia e controle em um mesmo grupo. O modelo proposto se espelha, pois, nas principais características do grupo, o seu caráter híbrido o flexível, conectando a responsabilidade por cada débito da subsidiária com o poder decisório que o originou.

José Engrácia Q. L. Antunes (1994) observa que o sistema americano optou por não regulamentar o fenômeno dos grupos e exclui a responsabilidade intragrupal como decorrência lógica do princípio geral da autonomia societária. A União Europeia e a Alemanha, por sua vez, acharam por bem regulamentar especificamente o fenômeno grupal por considerarem que o princípio geral da autonomia societária não se amoldava à realidade do grupo.

O autor, no entanto, crê que a responsabilidade intragrupal não deve decorrer de soluções legais previamente estabelecidas, mas ser um reflexo da autorregulação dos próprios agentes

envolvidos, valorizando a autonomia privada. À lei caberia apenas definir o quadro geral para o controle reflexivo pela administração do grupo. Para o autor, com este modelo regulatório a autonomia privada das sociedades se transformaria em um instrumento de política pública, fazendo com que os grupos levassem em consideração nos seus planejamentos e estratégias as consequências negativas de suas próprias ações, buscando a eficiência econômica e a responsabilidade administrativa de todo o grupo e não apenas da controladora.

Para que se possa aplicar a previsão geral de responsabilidade da controladora pelos débitos das subsidiárias decorrentes de decisões tomadas sob o seu controle, por sua vez, é fundamental que se tenha bem definido o conceito básico de *controle*. Para ele, o relacionamento controladora-subsidiária seria considerado existente sempre que uma sociedade detivesse uma posição estratégica na organização decisória de outra que lhe conferisse o poder de influenciar direta ou indiretamente em seus negócios.

A fim de facilitar o ônus da prova, o autor propõe o estabelecimento de critérios formais que permitiriam presumir a existência desta posição estratégica. Estes critérios seriam: (i) a detenção da maioria do capital; (ii) a detenção da maioria do capital votante; (iii) o poder de eleger a maioria dos diretores e membros do conselho de administração; (iv) a existência de relacionamento financeiro, pessoal ou contratual ou qualquer outra ligação passível de criar para a sociedade uma posição de controle sobre outra. Este controle, por sua vez, deveria ser atual e efetivo e não apenas potencial.

Para José Engrácia Q. L. Antunes (1994) o controle de uma sociedade sobre outra apenas pode ser verificado de forma específica, para um determinado caso, sendo impossível se definir o equilíbrio entre o poder de controle central e a autonomia local de maneira geral. Isto porque ele varia de grupo para grupo, de subsidiária para subsidiária, de departamento para departamento, de negócio para negócio, da noite para o dia (p. 393). Sendo assim, não faz sentido classificar os grupos de maneira geral em centralizados ou descentralizados. Ademais, se a proposta é relacionar a responsabilidade ao poder de controle atual, então a única maneira possível, seja do ponto de vista teórico ou prático, é verificar se a controladora exerceu o seu poder de controle especificamente no negócio que originou a dívida.

O autor entende, ainda, que a adoção da regra clássica de ônus da prova em demandas cujo objetivo último é demonstrar de onde partiu a decisão que originou determinado débito, faria

do sistema por ele proposto letra morta. Isto porque os demandantes neste tipo de demanda, sócios minoritários e credores, são externos a todo o centro decisório das subsidiárias, enquanto que a ré, a própria sociedade subsidiária, por sua própria definição, é parte interna neste contexto.

Um sistema de presunção relativa, da mesma forma, não seria efetivo, eis que iria apenas atenuar, mas não eliminar os riscos existentes no sistema clássico de distribuição do ônus da prova, sendo que meras evidências trazidas pelos réus seriam capazes de desconstituir a presunção. Ademais, geraria uma grande insegurança jurídica, pois a mera demonstração pelo demandante de que uma sociedade exerce controle sobre outra geraria a presunção de que a decisão no caso concreto foi tomada pela controladora, o que não se pode admitir.

A alternativa escolhida por José Engrácia Q. L. Antunes (1994) foi, portanto, a adoção do sistema de inversão do ônus da prova, impondo à controladora o ônus de fornecer evidências de onde a decisão que originou o débito foi tomada, se sob o seu controle ou autonomamente pela subsidiária. O autor esclarece, contudo, que não se trata de presumir a existência do exercício do controle e adotar como regra a responsabilidade da sociedade controladora pelos débitos da subsidiária e conseqüentemente a ausência do controle como exceção. A questão é apenas adotar um procedimento que seja capaz de conferir validade prática ao modelo proposto.

The inversion of the burden of proof thus holds here a purely *procedural-instrumental scope* regarding the practical operability and efficiency of the legal regime of intragroup liability, not a substantive one. Its introduction has by no means to be interpreted as a previous material-legislative choice regarding the patterns of decision-making allocation within corporate groups (a sort of statutory prejudice according to which control is the rule or structural feature of parent-subsiary relationships, while autonomy represents the exception of occasional feature), but instead it has been made purely with deference to considerations of procedural enforcement and of practical validity of the proposed substantive regime itself (ANTUNES, 1994, p. 401).

O autor adverte, ainda, que o contra argumento de que a controladora nem sempre possui um completo conhecimento sobre o grau e forma que concretamente interfere na administração da subsidiária, razão pela qual não deveria ser exposta aos riscos decorrentes da demanda é completamente insustentável e demonstra a mesma ausência de compreensão que estão incursos os demais modelos até então propostos. Para ele, mesmo nos maiores grupos de sociedades a questão da alocação do poder entre a administração do grupo e a administração

local é objeto de estratégia organizacional prévia definida pela própria controladora, mesmo porque isto representa o ponto básico comum de toda gestão unificada. Lado outro, eventual ignorância da controladora sobre a administração de suas subsidiárias deve ser interpretado mais como questão a ser penalizada do que como desculpa. Uma gestão unificada eficiente economicamente e legítima parece implicar, no mínimo, o conhecimento direto ou indireto pela controladora das circunstâncias em que a administração de suas subsidiárias é exercida.

Para evitar distorções ao modelo proposto por meio de demandas superficiais contra as sociedades controladoras pelos débitos das subsidiárias, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) propõe como condição da ação a demonstração pelos credores da subsidiária de que foram exauridos todos os meios possíveis de recebimento do crédito diretamente da devedora original, o que estaria evidenciado em duas circunstâncias: quando a sociedade subsidiária está falida ou notoriamente insolvente ou quando o credor possui uma sentença não satisfeita pela subsidiária.

De outro lado, a fim de afastar demandas contra sociedades que, embora não estejam sujeitas a qualquer gestão unificada com a sociedade devedora, exerceram o seu poder de influência especificamente no débito reclamado, José Engrácia Q. L. Antunes sugere que seja sempre garantido ao réu demonstrar que a sociedade devedora possui um centro de poder autônomo tanto estratégico quanto operacional e que a sua intervenção no caso foi meramente pontual.

Com relação a eventual alegação de que apenas dever-se-ia impor responsabilidade à controladora por atos que comprovadamente tivessem sido tomados sem o dever de diligência imposto à administração do grupo, o autor esclarece não ser esta uma regra adequada, devendo-se afastar do modelo regulatório toda e qualquer regra que prejudique a sua aplicação. De fato, a comprovação do cumprimento do dever de diligência esbarraria na complexa aplicação de conceitos abertos ou de difícil averiguação como o interesse autônomo da subsidiária, interesse do grupo, administração diligente da subsidiária etc.

Como último ponto de sua proposta legislativa, José Engrácia Q. L. Antunes (1994) indica a contratação de um seguro pela sociedade controladora como forma de minimizar os riscos que este novo modelo inegavelmente traria. Ressalta que a contratação de um seguro no mercado teria os mesmos efeitos práticos que a responsabilidade limitada decorrente de lei, com a

diferença que naquele caso haveria a internalização pela controladora dos custos decorrentes desta responsabilidade limitada³⁴.

O autor esclarece, por derradeiro, que de forma ainda tímida algumas decisões jurisprudenciais já têm solucionado litígios envolvendo responsabilidade intragrupal com base em considerações muito similares ao critério regulatório por ele proposto, o que comprovaria que o modelo é viável do ponto de vista prático, mais do que apenas teórico.

Em países membros da União Europeia, por exemplo, questões atinentes ao direito concorrencial foram resolvidas pela Comissão Europeia por meio da verificação do controle especificamente no que diz respeito ao processo decisório que gerou a responsabilidade reclamada.

Na Alemanha, por sua vez, a atribuição de responsabilidade intragrupal em casos paradigmáticos como *Tiefbau* e *Video*³⁵, foram solucionados pelo Tribunal Federal por meio

³⁴ Para José Engrácia Q. L. Antunes (1994) a responsabilidade limitada é o principal elemento que motiva a formação e funcionamento dos grupos de sociedades. Não é raro, no entanto, que as empresas se utilizem dos grupos como forma de se evadir de responsabilidades trabalhistas, consumeristas, ambiental etc.

³⁵ Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) analisam detalhadamente os casos paradigmáticos da jurisprudência alemã, em que foram aplicadas aos grupos de fato as regras relativas aos grupos de direito: (i) *Caso Autokran* (1985:.) Neste caso, as sociedades controladas eram subsidiárias integrais da sociedade de comando, mas inexistia qualquer convenção de grupo entre elas, o que atraía, em princípio, a aplicação das regras atinentes aos grupos de fato. O Tribunal, no entanto, entendeu que havia presunção simples (sujeita a prova em contrário) de comportamento fraudulento, toda vez que o sócio único tivesse exercido de forma ampla e duradoura a administração da sociedade subsidiária. Constatada a fraude, deveriam ser aplicados os dispositivos de proteção aos credores previstos para os grupos de direito (obrigação de prestar garantia aos credores que a solicitassem até seis meses da extinção do grupo), mas não os dispositivos que estabeleciam a recomposição do capital social ao fim de cada exercício. Fala-se neste caso em Responsabilidade Grupal Subjetiva justamente pela possibilidade que a sociedade de comando tem de provar a inexistência de culpa, afastando a presunção de fraude. (ii) *Caso Tiefbau* (1989): No caso Tiefbau, um banco exerceu o controle de fato de uma determinada sociedade que veio a falir, através de pessoas de sua confiança, que também figuraram como diretores da referida sociedade. Tal como no caso Autokran, ficou consignado na decisão que a responsabilidade era presumida (presunção simples) toda vez que o sócio único tivesse exercido de forma ampla e duradoura a administração da sociedade subsidiária. Aqui, porém, a culpa não era elemento relevante, e a responsabilidade intragrupal apenas poderia ser afastada caso a controladora lograsse comprovar a inexistência de nexos causal entre a sua administração e o dano sofrido. Como a Tiefbau não logrou comprovar a inexistência de nexos causal, foi reconhecida a responsabilidade do banco, aplicando-se integralmente as regras previstas para os grupos de direito, inclusive a necessidade de recomposição do capital social ao fim de cada exercício. Dessa forma, como a culpa neste caso sequer foi considerada, falou-se em responsabilidade estrutural. (iii) *Caso Video* (1991): No caso Video um empresário individual era também sócio único e administrador de duas sociedades distintas. Os julgadores entenderam que este cenário era suficiente para caracterizar a possibilidade de se colocar o interesse de uma sociedade a serviço da outra, atraindo, de forma objetiva (presunção absoluta), a aplicação da disciplina dos grupos de direito. Aqui se considerou irrelevante a demonstração tanto da culpa quanto do nexos causal. Tal solução foi amplamente criticada pela doutrina alemã eis que a presunção absoluta de fraude seria ao mesmo tempo muito restrita e muito ampla. Restrita no sentido de que a solução somente atingiria os casos em que o sócio único era também administrador, excluindo as hipóteses em que tal administração não é exercida

da constatação da existência de um controle geral e a existência de umnexo causal concreto entre o controle e a dívida cobrada nos casos em exame. Em tais casos foi possível perceber, ainda, um posicionamento judicial unânime quanto à inadequação do sistema clássico de distribuição do ônus da prova nos litígios que envolvem responsabilidade intragrupal justamente pela ausência de acesso do demandante (credor e sócio minoritário) às informações e documentos que demonstrem de onde partiu a ordem que originou a perda.

Também nos tribunais americanos já se vislumbra certo afastamento dos julgadores da sua postura conservadora formal para superar o princípio da autonomia societária e da responsabilidade limitada impondo responsabilidade às sociedades controladoras pelos débitos de suas subsidiárias. Observa-se uma especial preocupação da nova jurisprudência em implementar de forma efetiva os princípios e regras específicas de cada área em que a questão da responsabilidade intragrupal surgiu³⁶, bem como em analisar o grupo em sua perspectiva econômico-organizacional mais do que em sua estrutura jurídica.

Nos casos de responsabilidade civil envolvendo responsabilidade intragrupal, por exemplo, os julgadores têm se apoiado em conceitos como integração econômica e negócio unitário empresarial. No direito trabalhista os julgadores procuram analisar de forma detalhada e concreta cada fator envolvido no relacionamento controladora-subsidiária (mesmos sócios, mesmos administradores, controle efetivo e atual da controladora nas relações trabalhistas da subsidiária, integração econômica) a fim de se atribuir responsabilidade. No direito do

formalmente pelo sócio, bem como os casos em que o sócio “real” se utiliza de uma holding com escasso patrimônio para figurar como sócia das demais. Nestes casos, permaneceria indispensável recorrer-se à desconsideração para fins de responsabilização. Por outro lado, tal solução era excessivamente ampla ao presumir de forma absoluta a fraude, atingindo a empresa média familiar que mereceria maior proteção do ponto de vista jus político. A responsabilidade estrutural neste caso ficou ainda mais evidente. (iv) *Caso TBB Urteil (1993)*: As críticas à postura do tribunal nos casos Tiefbau e Video foram intensas por parte da doutrina, que ao adotar a responsabilidade objetiva, iam de encontro ao próprio escopo das regras de responsabilidade de grupo previstas na lei alemã. Assim, a partir do julgamento do caso TBB Urteil, verificou-se um retorno parcial à teoria subjetiva. Aqui, ao réu foi atribuído o ônus de prestar esclarecimentos sobre a situação interna da sociedade (inversão do ônus da prova). Não se desincumbindo do ônus de provar sua inocência, a matéria referente aos grupos de direito lhe seriam aplicadas integralmente. Uma solução intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade estrutural adotada nos casos anteriores.

³⁶ Em matéria de responsabilidade civil: princípio da efetiva reparação e princípio da distribuição dos riscos e custos como mecanismo de orientação e controle do comportamento econômico; Em matéria de direito contratual: princípio da plena vinculação dos contratantes ao contrato e princípio da força obrigatória dos contratos; No direito falimentar: princípio do tratamento igualitário dos credores; No direito do trabalho: proteção e manutenção dos direitos adquiridos; No direito tributário: o princípio da irrelevância da forma empresarial a fim de proteger os interesses do Estado; No direito processual: princípio da imparcialidade; No direito concorrencial: o princípio da indiferença da forma empresarial na afirmação da existência de práticas anticompetitivas e de abuso de posição dominante.

consumidor, apoiam-se com frequência em institutos alienígenas ao direito empresarial para impor à controladora responsabilidade objetiva pelos débitos das suas subsidiárias decorrentes de defeitos nos produtos ou serviços.

4.6 A contribuição de Gunther Teubner

O jurista alemão Gunther Teubner (2005) também examina o problema da regulação dos grupos de sociedades no último capítulo da obra *O direito como sistema autopoietico*. Inicia esclarecendo que fenômenos como a organização da sociedade comercial como pessoa jurídica e, posteriormente, a sua organização em grupos de sociedades não foram criados pelo direito (seja do ponto de vista teórico ou legislativo), mas foram por ele regulados após o seu surgimento, o que se deu pela ação econômica.

Ressalta que, a *teoria autopoietica*³⁷ coloca os problemas da organização jurídica do grupo de sociedades na intersecção entre evolução gradual do neocorporativismo e o desenvolvimento do grupo de sociedades como uma forma híbrida de organização econômica. O enfoque regulatório não se centra então nem na proteção das sociedades-filhas dependentes, nem na estruturação da hierarquia interna do grupo liderado pela sociedade-mãe, mas antes na estrutura do governo representada pela própria rede plurissocietária, enquanto rede flexível de articulação e coordenação de centros de decisão semiautônomos.

Gunther Teubner (2005) observa que a *Teoria Econômica da Empresa* tende a ver o grupo de sociedades, em especial aqueles descentralizados, como um complexo ou rede de relações contratuais que se presta a minimizar os custos de transação e aumentar a eficiência econômica. Desafia, portanto, a teoria jurídica tradicional que vê os grupos de sociedades unicamente como formas de concentração e monopólio e compreende a existência das sociedades-filhas meramente para servir aos interesses da sociedade-mãe. Para a Teoria

³⁷ Sobre a teoria autopoietica, Geailson Pereira esclarece que “o direito nasceu com o intuito de resolver conflitos. Apesar de ser esse o seu papel principal, ele não é o único, pois o direito é erguido no conflito e vive do conflito. A partir da Idade Moderna, o direito chega a tal ponto de evolução que se torna capaz de, além de solucionar, prever conflitos. Desse modo, o direito não apenas pacifica conflitos como também os cria mediante suas estruturas internas no processo de autopoiesis, porquanto se diferencia do meio ao mesmo tempo em que influencia e é por ele influenciado. O direito como sistema autopoietico transforma a realidade ao mesmo tempo que transforma a si mesmo, no labor predeterminado de suas estruturas internas. Luhmann (2003, p.32) perscruta que toda resistência (e conseqüentemente, toda mudança) toda composição, deve ser produzida no sistema, e isto através da operação que dispõe o sistema. Não há, com outras palavras, nenhuma determinação estrutural que provenha de fora. Somente o direito pode dizer o que é direito (PEREIRA, 2011, p. 91).

Econômica, a escolha de estruturas hierárquico-organizacionais explica-se em virtude da incerteza, oportunidade e solvibilidade do empreendimento.

O autor, no entanto, critica tal teoria por considera-la amparada em uma visão demasiadamente estreita dos aspectos coletivos e corporativos da empresa ao reduzir as organizações econômicas a puras redes complexas de contratos individuais, subestimando o papel das organizações como um ator ou entidade coletiva autônoma em si mesma que se orienta em função do seu próprio interesse coletivo, das vantagens econômicas de eficiência para a própria organização e da sua responsabilidade social.

Com relação às *Teorias Políticas da Empresa*, estas se sobressaem principalmente por terem alertado para classificação das organizações econômicas como verdadeiros governos privados, colocando o fenômeno do poder na base das respectivas análises. Para a Teoria Política, os grupos se classificam como sistemas para-políticos, tanto internamente na formação de estruturas hierárquicas de controle, como externamente na sua atuação como blocos de poder político-econômicos. A crítica do autor se refere à visão excessivamente unilateral desta teoria que ignora a função social da organização empresarial, que é o seu aspecto primário, para focar exclusivamente na legitimação do poder dos membros da organização.

O modelo *autopoiético*, por sua vez, compreende a organização “como um processo interno de diferenciação do sistema econômico num domínio organizado e espontâneo” (TEUBNER, 2005, p. 85). Diferentemente das teorias econômicas e políticas, no modelo autopoiético existe uma diferença fundamental entre contrato e organização. Enquanto os contratos regulam as relações externas entre os membros da organização e o seu meio envolvente a organização representa um sistema de decisões autônomo e independente.

O desenvolvimento das organizações econômicas está pautado na adoção de acordos neocorporativistas (sobretudo alianças microcorporativas³⁸) e na descentralização da grande empresa monopolística. Nesta concepção, todos os agentes (capital, trabalho, gestão e Estado)

³⁸ Gunther Teubner (2005) esclarece que os acordos neocorporativos se desenvolvem em três níveis. Acordos macrocorporativos (em nível nacional entre estratégias empresariais, objetivos sindicais e políticas econômicas estaduais), mesocorporativos (ao nível setorial e regional) e microcorporativos (ao nível das empresas e organizações econômicas concretas).

são tratados como igualmente relevantes, sem qualquer soberania sobre os restantes e a distribuição de direitos de participação e controle dentro do empreendimento empresarial se servem ao interesse do “ente coletivo” como um todo.

Para Gunther Teubner (2005), os empreendimentos podem se classificar, de acordo com o modelo de organização adotado, de três formas: i) estrutura de *holding* - altamente descentralizada, em que existe mera coordenação financeira entre as sociedades do grupo; ii) estrutura unitária altamente centralizada, em que existe uma estrutura de comando fortemente hierárquica; e iii) estrutura multidivisional que consiste na combinação de um certo grau de centralização com um elevado grau de descentralização.

O autor ressalta que a experiência demonstrou ser esta última forma de organização a mais eficiente. Neste tipo de organização verifica-se um alto grau de autonomia interna com delegação de múltiplos poderes decisórios do topo para a base com centralização apenas das políticas estratégicas do grupo (financeira e pessoal). Ou seja, cada sociedade se auto-observa e regula orientada pelo objetivo da sobrevivência, coesão e maximização do lucro global do grupo.

Gunther Teubner (2005) observa, também, que as estratégias regulatórias mais difundidas fracassam justamente por estarem pautadas na imagem da sociedade independente. Os modelos tomam como paradigma a sociedade autônoma e preocupam-se em preservar a independência das sociedades membros nos relacionamentos com terceiros (meio envolvente). Do divórcio entre a constituição jurídica ideal (completa autonomia) e a realidade visualizada na prática (filial integrada ao grupo) nascem distorções como a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica que, a título excepcional, permite-se ver a realidade dos casos normais, que é a unidade.

A imagem da "empresa dependente" arranca assim da comparação entre a constituição jurídica ideal de uma empresa economicamente independente e a constituição real de uma empresa filial integrada num grupo, propondo, caso tal situação de dependência mostre produzir efeitos negativos, uma disciplina jurídica orientada por mecanismos visando alternativamente a recuperação do *status quo* jurídico-formal prévio ou a compensação da empresa em causa. O exemplo paradigmático desta visão é-nos dado pela técnica jurisprudencial da "desconsideração da personalidade jurídica": conquanto o caso normal seja o da unidade e independência da pessoa colectiva-empresa, aceita-se a título excepcional ver a "realidade das coisas" e imputar a um outro sujeito jurídico (empresa-mãe) os actos daquela empresa (- filha) sempre que esta haja sido objecto de um controlo total por parte daquela (TEUBNER, 2005, p. 95).

O autor prossegue esclarecendo que só gradualmente tem surgido a construção de uma nova teoria do grupo empresarial como unidade hierárquica, cujos maiores expoentes seriam ISAY, LUTTER e BLUMBERG. Tal teoria, contudo, conquanto tenha representado um grande progresso em relação à anterior, também está pautada no modelo da sociedade autônoma, com a diferença de que se admite a unidade hierárquica como realidade. Peca, no entanto, por identificar como centro de poder sempre o vértice hierárquico do grupo, quando na verdade o poder muitas vezes está no centro, na periferia ou mesmo repartido.

Gunther Teubner (2005), ao contrário, defende a compreensão do grupo não como uma hierarquia de controle, mas como uma rede de coordenação, consistindo numa “estrutura ou rede hierarquicamente organizada de empresas semiautônomas” (TEUBNER, 2005, p. 97). Neste caso, a imputação seria simultânea e múltipla, em três níveis, a sociedade filial, a sociedade-mãe e o grupo ele próprio e cuja responsabilidade seria apurada casuisticamente de acordo com critérios pré-definidos criados especificamente para cada área do direito.

Um modelo possível para este efeito poderia ser, evidentemente, o modelo casuístico, onde a resposta à questão de saber a que unidade componente do grupo atribuir ou imputar uma determinada acção ou posição jurídica estaria dependente das circunstâncias do caso individual, o que, sem dúvida, pressuporia a prévia existência de um vasto leque de critérios de imputação disponíveis. (TEUBNER, 2005, p. 98)

O reconhecimento da identidade subjetiva da rede, por sua vez, se daria por meio da autonomização e não por meio da atribuição de personalidade jurídica ao grupo.

Para a subjectivização jurídica de tal rede organizacional seriam assim suficientes os seguintes elementos: reconhecimento da identidade colectiva do grupo como uma rede de relações interorganizacionais; reconhecimento jurídico de um interesse comum do grupo, enquanto interesse dessa rede em si mesma, e distinto quer dos interesses da empresa-mãe, quer da soma dos vários interesses dos membros do grupo; utilização das contas consolidadas do grupo como instrumento de imputação; reconhecimento jurídico de uma capacidade de acção do grupo, mediada através da acção da empresa-mãe ou das suas filiais; atribuição de direitos e deveres próprios ao grupo; imputação flexível e casuística de responsabilidade ao grupo, cumulativa ou alternativamente com a tradicional responsabilidade das empresas filiais e/ou da empresa-mãe (TEUBNER, 2005, p. 99).

Com relação à organização jurídica do grupo, o autor alerta que ela deve ser própria do ente, não sendo representada nem pela sociedade-mãe dominante nem pela sociedade-filha dependente. Deve-se atentar, entretanto, que os princípios organizativos clássicos da

sociedade individual – separação de poderes e diferenciação funcional – carecem de adaptação para que as sociedades-filhas não passem a ser uma ficção sem qualquer papel ativo no grupo.

5 OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No sistema jurídico brasileiro, os Grupos de sociedades foram disciplinados de forma sistemática pela primeira vez pela Lei de Sociedades Anônimas - LSA (Lei 6.404/1976). A LSA nasceu com a missão de modernizar a legislação acionária brasileira e criar um sistema de capital aberto mais seguro, em que os minoritários e credores pudessem ter os seus direitos assegurados contra os controladores, incentivando o investimento e o consequente crescimento dos empreendimentos privados, a fim fazer frente às grandes corporações estrangeiras, atendendo uma demanda de consumo em massa.

Reconhecia-se que uma sociedade anônima fechada só pode expandir ou pela reinserção dos lucros ou pelo endividamento, os quais são naturalmente limitados. Dessa forma, sem a modernização da legislação acionária, as companhias fechadas não poderiam acompanhar o ritmo necessário para a economia de escala e acabariam sendo dominadas pelos gigantes com capacidade coesiva, notadamente os empreendimentos estatais e estrangeiros.

Neste contexto, a LSA veio implantar o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento - II PND (BRASIL, Ministério da Fazenda, 2008) instituído durante o governo do general Ernesto Geisel, e que estabelecia como meta o fortalecimento dos empreendimentos privados nacionais e a formação de conglomerados econômicos brasileiros. Como o principal instrumento dos grandes empreendimentos já era àquela época a organização em grupo, foi estabelecida, pela primeira vez, legislação específica sobre o tema.

5.1 Os Grupos de sociedades na Lei de Sociedades por Ações

Ao editar a LSA, o legislador brasileiro se inspirou no modelo dualista alemão para dividir os Grupos de sociedades em *Grupos de Direito* e *Grupos de Fato*, tratando-os especificamente nos capítulos XX e XXI da LSA.

Conforme lembra Viviane Prado e Maria Clara Troncoso, contudo, “a bipartição em grupos de fato e grupos de direito, usualmente utilizada nos estudos sobre o tema, não decorre da legislação, mas corresponde à denominação doutrinária, servindo para facilitar o entendimento da sistemática da lei.” (PRADO; TRONCOSO, 2008, p. 104). Ou seja, essa

nomenclatura “grupos de fato” e “grupos de direito” não foi utilizada na LSA, sendo exclusivamente teórica.

A LSA, contudo, importou parte do modelo dual alemão de forma simplificada. Diferentemente do regime alemão que pré-estabelecia formas de agrupamento, o sistema brasileiro deixou ampla margem para a autonomia privada dos empresários na regulação dos grupos. Isto de certa forma se justificou pelo fato de que, como dito acima, a intenção do governo era justamente incentivar a formação de conglomerados econômicos que pudessem competir com os empreendimentos empresariais estrangeiros, não dificultando tal empreendimento.

5.1.1 Grupos de Direito

De acordo com o regramento brasileiro, para que seja reconhecida a existência de um grupo de direito, é necessário verificar-se, cumulativamente, as seguintes condições: (i) existir entre as sociedades uma relação de subordinação; (ii) celebração de uma convenção de grupo pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns; (iii) estar submetidas a uma direção única exercida de modo permanente pela controladora.

A convenção do grupo, por sua vez, deve conter os requisitos elencados no art. 269 da LSA e ser devidamente arquivada nos órgãos de registro para possuir validade, além de ser aprovada em assembleia geral pela maioria dos sócios, facultado aos dissidentes o direito de recesso. Vale ressaltar que, quando da formação do grupo, as sociedades-membros que dependam de autorização para funcionar, deverão, ainda, submeter a convenção à autoridade competente que a aprovará ou não.

O referido art. 269 da LSA prevê os seguintes requisitos para a convenção grupal: a designação do grupo; a indicação da sociedade de comando e das filiadas; as condições de participação das diversas sociedades; o prazo de duração, se houver; as condições de extinção; as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o compoñham; os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o compoñham; a declaração da nacionalidade do controle do grupo; e as condições para alteração da convenção.

Ainda, sobre a convenção de grupo, Jorge Lobo (LOBO, 2011) assevera que:

A convenção (cujo arquivamento no registro do comércio, dá existência jurídica ao grupo, conforme dispõe o art. 271 da Lei 6.404/76), deverá, de forma minuciosa, completa, precisa e clara, prever as relações entre as sociedades grupadas, de modo a permitir a combinação de recursos e esforços, a subordinação de interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos comuns. Assentando a convenção, as transferências de lucros ou de prejuízos, sob as mais variadas formas, serão lícitas e oponíveis aos sócios ou acionistas minoritários das sociedades filiadas, devendo a convenção fixar se a sociedade de comando, em benefício do grupo ou de sociedade do grupo, poderá favorecer a uma determinada sociedade em prejuízo de outra e dispor se à sociedade de comando será facultado impor qualquer tipo de contrato ou dar qualquer tipo de instrução às sociedades do grupo (LOBO, 2011, p. 165).

A LSA determina, também, que a sociedade de comando deverá ser sempre brasileira, ainda que pertença a sócios ou acionistas estrangeiros, devendo estes possuir residência ou domicílio no Brasil.

Considera-se constituído o grupo a partir do arquivamento da convenção nos órgãos de registro, podendo as sociedades-membros, a partir deste momento, utilizar a expressão *Grupo* junto com as suas denominações. A convenção, ata da assembleia de aprovação e demais documentos deverão ser arquivados também nos órgãos de registro locais das sociedades-membros e publicadas em seguida.

O grupo de direito poderá eleger órgão próprio de administração. As sociedades-membros, contudo, permanecerão sendo representadas pelos seus representantes legais, salvo se de forma diversa a convenção indicar. Aos administradores do grupo será garantida remuneração e no caso de participação nos lucros, considerados os lucros do exercício social de todo o grupo.

No grupo de direito, fica permitido, ainda, aos administradores das sociedades subsidiárias agir em prejuízo da sociedade por eles administradas, desde que atenda ao interesse maior da sociedade controladora ou de todo o grupo.

O grupo de sociedades deverá publicar, além das demonstrações financeiras de cada sociedade-membro, também demonstrações consolidadas de todo o grupo. Os sócios minoritários do grupo de direito apenas poderão impugnar a combinação de recursos e

esforços ou a subordinação de interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, se contrárias à convenção.

O conselho fiscal de cada sociedade-membro terá a função de solicitar esclarecimentos ou informações para verificar a observância da convenção do grupo.

Acrescente-se que, diferentemente da legislação alemã, o sistema jurídico brasileiro não prevê qualquer mecanismo para garantia dos credores das sociedades-membros, devendo eventuais prejuízos verificados em razão da existência do grupo ser solucionados de acordo com as normas de responsabilidade do acionista controlador por atos praticados com abuso de poder e dever de diligência dos administradores.

Aliás, é importante registrar que, embora o legislador nacional tenha se inspirado no modelo alemão para disciplinar os grupos de sociedades, acabou por criar uma figura singular. O regramento brasileiro se afasta do alemão, eis que os contratos de empresas especificados no art. 291 da lei Alemã não se confundem com as convenções de grupo especificadas na lei brasileira. Se afasta também do modelo adotado pela União Europeia, na medida em que neste o reconhecimento do grupo independe da existência de qualquer pacto.

No Brasil, a exemplo do que ocorreu na Alemanha, os grupos de direito não tiveram aderência relevante pelo empresariado. Conforme estatísticas levantadas pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)³⁹, em julho/2014 existiam 423 grupos de sociedades registrados no Brasil, o que representa 0,0024% do total de sociedades em atividade no Brasil (17.342.470), sendo que nos últimos 3 (três) anos, apenas 4 (quatro) grupos se registraram (Anexo II).

³⁹ Conforme esclarece o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação “O Empresômetro é um serviço do IBPT, que tem como base de dados as informações divulgadas pelas próprias empresas e entidades, pela Receita Federal do Brasil - RFB, secretarias estaduais de fazenda – as SEFAZ, secretarias municipais de finanças, agências reguladoras, cartórios de registro de títulos e documentos, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Caixa Econômica Federal (CEF), juntas comerciais, portais de transparência e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dados estatísticos em tempo real, inclusive com informações de entidades não empresárias podem ser visualizadas online no site www.empresometro.com.br. Estudos com direcionamento empresarial podem ser contratados junto ao IBPT”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE TRIBUTAÇÃO, 2014)

5.1.2 Grupos de Fato

Os grupos de fato, por sua vez, foram identificados pelo legislador brasileiro por meio do reconhecimento da existência de relação de *controle e coligação* entre sociedades.

O art. 243, §1º da LSA, inicialmente, identificou as sociedades coligadas como sendo aquelas que participam com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. A conceituação de sociedades coligadas, contudo, foi alterada com a edição da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/09, que passou a identificar as sociedades coligadas como sendo aquelas em que a investidora exerça influência significativa.

A medida provisória definiu, ainda, que há influência significativa “quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la” (Art. 243, §4º LSA), sendo presumida “quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la” (Art. 243, §5º LSA).

Do dispositivo legal vigente afere-se, portanto, que ocorre mera presunção de coligação quando houver participação societária inferior a 20% (vinte por cento), sendo, no entanto, reconhecida a coligação em todos os outros casos em que, embora não seja atingido o patamar previsto pelo legislador, verifique-se que a investidora detém influência significativa na investida, sem controlá-la.

Conforme consta expressamente na Exposição de Motivos da Medida Provisória 449/2008, a alteração legislativa decorreu da necessidade de se adequar a definição de coligada na LSA àquela prevista pelas normas internacionais de contabilidade:

41.8. Também se propõe nova qualificação dos investimentos societários sujeitos à avaliação pelo método da equivalência patrimonial, em virtude da alteração do art. 243 para adequar a definição de coligada àquela prevista nas normas internacionais de contabilidade e que não atribuem um percentual mínimo para que uma investida seja classificada como coligada. Em termos técnicos, a referida proposição é substancialmente mais relevante para a tomada de decisões do que a anterior, pois se utiliza do conceito de "influência" na investida (BRASIL, Ministério da Fazenda, 2008).

Existe relação de controle, por sua vez, quando uma sociedade é titular de direitos de sócio em outra sociedade que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. (art. 116 c/c 243, §2º LSA)

Importa saber, também, que a lei acionária brasileira vedou a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas, equiparando-a a compra ilegal das próprias ações.

Ainda com relação aos grupos de fato, o art. 245 da LSA impõe a responsabilidade pessoal dos controladores e administradores por atos praticados em prejuízo da companhia em favor de outra sociedade (controladora, controlada ou coligada), numa tentativa de impedir a confusão patrimonial. Ou seja, é vedado às sociedades grupadas favorecer umas às outras, devendo as operações realizadas entre as sociedades-membros obedecer ao princípio da equivalência das condições, de forma que só se realizem negócios jurídicos comutativos ou com pagamento compensatório. Os administradores da sociedade controladora ou controladas que violarem esta regra respondem por perdas e danos, nos termos do artigo 245 da LSA.

No que tange às demonstrações financeiras, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de elaboração de um relatório anual da administração, o qual deverá mencionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas, ressaltando as modificações ocorridas no período (art. 243 LSA). Abre-se aqui um parêntese para esclarecer que o art. 247 da LSA também sofreu modificação legislativa pela Lei 11.941/09 e excluiu a expressão “relevante” presente na redação original, passando a dispor sobre a necessidade de informações precisas sobre todos os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo.

No caso das companhias abertas, deverão ser divulgadas, ainda, informações adicionais sobre coligadas e controladas que forem exigidas pela CVM. A justificativa apresentada pelo legislador para tal exigência funda-se no argumento de que a Administração Pública deve ter conhecimento destas coligações ou do domínio de uma sociedade sobre outras.

Eduardo Munhoz (2004) ressalta a relevância que a apresentação de tais demonstrações consolidadas possui na facilitação da atuação dos órgãos de fiscalização interna dos grupos, inicialmente dificultada pela autonomia jurídica conferida a cada uma das sociedades.

Também em relação aos órgãos de fiscalização o fenômeno dos grupos produz efeitos. Na medida em que o grupo explora a atividade empresarial segundo uma lógica global, mas por intermédio de unidades jurídicas diversas, a fiscalização dessa atividade se torna muito mais complexa. Se a atividade é desenvolvida globalmente, a fiscalização também deveria ultrapassar as fronteiras de cada unidade jurídica, o que muitas vezes não é permitido pela lei, em prestígio ao princípio da separação da pessoa jurídica. A exigência de que as sociedades do grupo apresentem demonstrações financeiras consolidadas, atualmente presente na lei da maioria dos países, representa um passo adiante no sentido de permitir a fiscalização adequada de suas atividades (MUNHOZ, 2004, p. 43-44).

Ressalte-se, por derradeiro, que Jorge Lobo (1978) entende ser equivocada a interpretação de que tanto as sociedades controladas quanto as coligadas integram o chamado “grupo de fato”. Com base no estatuto da lei alemã, que serviu de inspiração para o regramento brasileiro, apenas as controladoras e controladas integram os grupos de sociedades, o que para o autor teria sido corroborado pelo legislador nacional quando, ao tratar dos grupos de direito, previu que “A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades” (art. 265). Dessa forma, para o autor, a existência de coligação entre sociedades não implicaria na existência de um grupo, seja de fato ou de direito.

Viviane Prado (2005) vai mais longe e ressalta que nem mesmo a relação de controle, sozinha, é capaz de configurar um grupo de fato. O grupo só existiria onde também existisse uma política unitária de administração. A relação de grupo pressuporia, então, a existência de uma estrutura organizada, sendo uma forma especial do exercício de poder de controle.

5.2 O Código Civil de 2002 e os grupos de sociedades

Conforme ressaltado acima, a LSA foi a primeira a disciplinar as sociedades coligadas e controladas que mantêm entre si relações societárias de participação no capital social, bem como as sociedades controladoras e controladas por convenção levada ao Registro das Empresas Mercantis, que passam a constituir grupos societários com disciplina própria.

O legislador do Código Civil de 2002 (CC/02), por sua vez, também tratou do fenômeno da coligação e a definiu como sendo a junção de sociedades por relações de capital, ou seja,

participação societária (art. 1.097). Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2012), no entanto, em apreciação crítica, observa que o fenômeno seria melhor representado pelo vocábulo “ligação”, ressaltando:

O Projeto do Código Civil havia utilizado a palavra “ligadas” para se referir à coligação, consoante o fez a lei alemã de 1965, deixando a expressão “coligadas” para identificar as sociedades com participação relevante. Foi esse o entendimento manifestado por FELIZ RUIZ ALONSO em artigo intitulado *Holding no Brasil* (RDM 10/77); foi esse, também, o critério adotado pelo legislador de 1976 (art. 243, §1º, da Lei das S.A). Na fase final de tramitação do referido projeto na Câmara dos Deputados, a expressão “ligadas” foi substituída por “coligadas” sob a justificativa de que, embora a primeira fosse “de maior amplitude, era estranha aos conceitos e institutos do direito societário. O conceito jurídico correto e corrente sempre foi ‘sociedade coligada’ porque ambas estão sujeitas, igualmente, a um mesmo controle no grupo de sociedades de que fazem parte”(Novo Código Civil comentado, coordenado e, nessa matéria, comentado por RICARDO FIUZA, p. 986/987). A justificativa, com a devida vênia, não se sustenta, não só por não ser a expressão “ligadas” alheia aos conceitos de direito societário, como porque a palavra “coligadas” é empregada pela Lei das Sociedades por Ações em sentido diverso, além de não pressupor a existência de grupo de sociedades. Preferível seria deixar o texto do anteprojeto intocado, nessa parte, na compreensão de que ligadas são as sociedades que mantêm algum vínculo de participação societária em outra ou outras, variando do controle para a coligação e para a simples participação (CC, arts. 1.098, 1.099 e 1.100). Aliás, o mesmo autor, acolhendo sugestão do Centro de Estudos de Sociedades dos Advogados, propôs a restauração da terminologia original no mencionado Projeto de Lei 7.160/2002) (GONÇALVES NETO, 2012, p. 485).

De qualquer forma, importa saber que o CC/02 distinguiu as diversas formas de coligação como sendo “de controle”, “de filiação” ou de “mera participação”, conforme abaixo especificado:

5.2.1 Relação de Controle

O CC/02 reconhece que existe relação de controle quando uma sociedade possui a maioria dos votos nas deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores de forma permanente, independente do percentual de participação societária. Cumpridas tais características, presume-se o controle, ainda que o mesmo não seja efetivamente exercido por quem o detém.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2012) assevera que o controle pode ser *direto*, quando a própria controladora detém participação societária na controlada, ou *indireto*, quando deriva da condição de controladora de outras sociedades que também possuam participação no capital dessa última. O controle pode, ainda, ser *vertical* (quando uma sociedade controla

outra, que por sua vez controla uma terceira) ou *horizontal*, também denominado estrelar (quando uma sociedade controla várias outras, mas estas outras não possuem qualquer participação societária significativa entre si).

O autor observa, ainda, que embora o CC/02 não tenha previsto, o controle pode se dar por outras formas que não a participação no capital social, devendo tais formas de controle alternativas serem reconhecidas.

No caso das sociedades que assumem posição de controle, como o legislador civil não previu qualquer regime próprio a elas, estarão sujeitas por subsidiariedade à LSA, ainda que não tenham o capital dividido em ações. Isso implica em cumprir o disposto nos artigos 143-150 da LSA no momento da escrituração, bem como estar sujeito às regras dos art. 116-117 da LSA referentes ao exercício do poder de controle já estudados no item anterior.

5.2.2 Coligação em sentido estrito ou filiação

O CC/02 admite que existe coligação em sentido estrito ou filiação quando uma sociedade participa do capital de outra com 10% (dez por cento) ou mais, sem controlá-la (art. 1.099). Tal como na relação de controle, “a caracterização da sociedade coligada deve abranger tanto as vinculações diretas como as indiretas” (WALD, 2011, p. 344).

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2012) ressalta a impropriedade da utilização do vocábulo “filiação” para descrever a coligação simples, ou coligação em sentido estrito, como prefere, eis que gera a ideia de dependência, que não é pressuposto para caracterizá-la, tendo noticiado, ainda:

O Projeto de Lei 6.960/2002 tinha proposto nova redação a esse artigo para enfatizar a filiação, eliminando do atual enunciado a palavra “coligadas”. Posteriormente, sugestões do Centro de Estudos de Sociedades de Advogados levaram à proposta de supressão do vocábulo “filiadas” para o texto definir como “coligadas”, apenas, as sociedades que têm participação de 10% ou mais do capital de outra, sem deter seu controle (Projeto de Lei 7.160/2002, da Câmara dos Deputados) – o que eliminaria a impropriedade técnica atual do dispositivo. Mas o Congresso Nacional, como visto, não chegou a apreciar a matéria (GONÇALVES NETO, 2012, p. 495).

Observe que o conceito de sociedades filiadas adotado pelo CC/02 praticamente repete o que se encontrava originalmente disposto no art. 243 da LSA. No entanto, com a alteração

promovida neste artigo pela Lei 11.941/09, que passou a prever que “São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”, os conceitos adotados pela LSA e pelo CC/02 passaram a ser distintos.

Note-se que o artigo 46 da Lei 11.941/2009 que alterou o conceito de sociedades coligadas na LSA expressamente ressaltou que:

Art. 46. O conceito de sociedade coligada previsto no art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a redação dada por esta Lei, somente será utilizado para os propósitos previstos naquela Lei.

Parágrafo único. Para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil (BRASIL, 2009).

Dessa forma, os conceitos de sociedades coligadas adotados pela LSA e pelo CC/02 coexistem, embora diversos. Deve-se prevalecer, portanto, o conceito previsto na LSA quando ambas as sociedades coligadas forem constituídas na forma de sociedade por ações, e o previsto no art. 1.099 do CC/02 para os casos em que não se conte com nenhuma sociedade por ações.

Quando apenas uma das sociedades coligadas for constituída na forma de sociedade por ações, no entanto, Francisco de Assis Gonçalves Neto (2012) sugere que seja observado quem está na posição de investidora para então definir qual regramento seguir. Se a investidora for uma sociedade por ações, aplica-se o disposto nos arts. 243 e seguintes da LSA, se a investidora for uma sociedade contratual, por sua vez, aplica-se o art. 1.099 do CC/02.

O referido jurista justifica o seu posicionamento observando que o conceito de coligação da LSA é importante, sobretudo, para a elaboração das demonstrações contábeis da investidora, desta forma, é o tipo societário que esta última adota que deve ser observado para fins de se definir qual legislação irá reger a relação de coligação. Pelo mesmo motivo, quando a investidora for sociedade de grande porte, independentemente do tipo societário que adotar, também se aplica a LSA para definir as obrigações decorrentes da relação de coligação, eis que o art. 3º da Lei 11.638/2007 estendeu às sociedades de grande porte as mesmas obrigações escriturais a que estão sujeitas as sociedades por ações.

Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro

de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários. Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) (BRASIL, 2007).

Com relação ao regime jurídico aplicável às sociedades coligadas, o Código Civil nada dispôs de relevante a respeito, tendo se limitado a prever no art. 1.188, parágrafo único, que “lei especial disporá sobre as informações que acompanharão o balanço patrimonial, em caso de sociedades coligadas” (BRASIL, 2002). Dessa forma, a LSA tem suprido esta lacuna e sido aplicada subsidiariamente para todos os tipos societários. A LSA, por sua vez, conforme visto acima, trata as coligadas de maneira muito semelhante às controladoras, com exceção, claro, das normas referentes à responsabilidade do administrador pelo exercício do poder de controle.

5.2.2.1 Relação de simples participação

O CC/02 definiu como sendo de simples participação a relação entre sociedades quando a participação de uma na outra for inferior a 10% (dez por cento) do capital com direito de voto, também sem controlá-la⁴⁰.

Nos casos em que ficar configurada relação de simples participação, não há qualquer regra específica a ser seguida, não sendo necessário seguir-se, nem mesmo de forma subsidiária, o estabelecido na LSA para as relações de controle e coligação em sentido estrito.

5.2.2.2 Participação recíproca

Com relação às relações de participação recíproca, estas foram expressamente vedadas pelo CC/02 em seu art. 1.101, tal como já havia sido previsto pelo art. 244 da LSA.

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

⁴⁰ O controle com participação societária inferior a 10%, embora possível, é raríssimo, sobretudo nos casos das sociedades contratuais, em que não se vislumbra a pulverização do capital.

Parágrafo único. Aprovado o balanço em que se verifique ter sido excedido esse limite, a sociedade não poderá exercer o direito de voto correspondente às ações ou quotas em excesso, as quais devem ser alienadas nos cento e oitenta dias seguintes àquela aprovação (BRASIL, 2002).

A razão de tal proibição, como se pode presumir, decorre principalmente do fato de que, neste caso, as participações societárias se anulam, reduzindo o valor real do capital de ambas as sociedades. O CC/02 distingue-se da LSA em matéria de participação recíproca em dois pontos, a saber:

Em primeiro, o artigo 1.101 do CC/02 permite a participação recíproca até o montante de suas reservas, exceto a legal, enquanto a lei do anonimato veda a participação recíproca em qualquer montante a não ser que decorra de aquisição resultante de operações assemelhadas à compra das próprias ações, de fusão, incorporação, cisão ou poder de controle, nas condições autorizadas pelos artigos 30 e 244, §5º da LSA.

Em segundo, o CC/02 proíbe, ultrapassado o montante das reservas, qualquer sorte de participação recíproca sem distinguir situações de controle ou de simples coligação, o que é feito pela LSA. Neste tocante, no entanto, Francisco de Assis Gonçalves Neto (2012) reconhece que a nova regra adotada pelo CC/02 passou a ser aplicada também às sociedades por ações.

Importante observar que a apuração do limite permitido para participação recíproca ocorre por ocasião da aprovação das contas de cada exercício social. Dessa forma, caso a participação da controlada no capital social da controladora, ou entre controladas, seja superior ao das reservas livres deve ser promovida a alienação no prazo de 180 dias e neste período a sociedade não poderá exercer o seu direito de voto correspondente a referidas quotas ou ações.

Francisco de Assis Gonçalves Neto (2012) nota, ainda, que as coligações contratuais, de que são exemplo os grupos de sociedades regulados pelo Capítulo XXI da LSA (grupos de direito), não foram disciplinadas pelo CC/02. Assim é que, caso as sociedades limitadas adotem uma dessas formas, o que é possível, aplica-se a disciplina das sociedades por ações em sua totalidade.

Do que foi dito conclui-se que, muito embora o CC/02 tenha optado por expressamente classificar as sociedades coligadas em controladas, filiadas, ou de simples participação, ele deixou de explicar o porquê de tal classificação, nem dispôs sobre o tratamento jurídico a ser dado a cada uma das formas de coligação.

5.3 Responsabilidade intragrupal no sistema jurídico brasileiro.

A legislação comercial brasileira não prevê a responsabilidade entre as sociedades do grupo⁴¹, seja de fato seja de direito. Daí que, se a LSA se inspirou formalmente no modelo alemão para dividir os grupos entre *grupos de fato* e *grupos de direito*, em matéria de responsabilidade intragrupal o regramento brasileiro se aproxima mais do modelo americano, inadmitindo a responsabilidade intragrupal como regra.

Sobressai da exposição justificativa do projeto da LSA que a ausência de previsão de responsabilidade solidária entre as sociedades do mesmo grupo foi absolutamente intencional, não consistindo numa adaptação mal feita do sistema jurídico alemão, como se pode pensar. Na Exposição de Motivos nº 196/1976, o então Ministro da Fazenda, Mario Henrique Simonsen, fez constar que:

No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos (BRASIL, Ministério da Fazenda, 1976).

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), no entanto, entendem ser injustificável a postura do legislador de 1974. Tentando afastar os argumentos lançados na exposição justificativa do projeto de lei, os autores defendem que o grupo deveria ser reconhecido como uma sociedade, independentemente de lhe ser atribuída personalidade jurídica própria. Neste sentido, falar-se-ia em responsabilidade subsidiária da sociedade controladora e não solidária.

⁴¹ Ressalvam-se aqui as legislações trabalhista (art. 2º, §2º, da CLT) e concorrencial (art. 17 da Lei 8.884/94) que expressamente estabeleceram a responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo, bem como a legislação consumerista (art. 20 do CDC) que previu a responsabilidade subsidiária.

Os mesmos autores ressaltam, ainda, que, se a departamentalização das sociedades grupadas é admitida para fins de se constituir um grupo de direito, não há porque a mesma não ser admitida para fins de responsabilidade intragrupal e observam que os únicos credores que conseguem impor contratualmente a responsabilidade pessoal dos sócios são as instituições financeiras, sendo que os fornecedores em geral não possuem este poder de barganha, sendo justamente estes que representam a massa dos credores quirografários desamparados nas situações de falência e recuperação judicial, os quais merecem a tutela do legislador.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) entendem, então, que a solução proposta pela Comissão da Comunidade Econômica da União Europeia⁴², que previa a responsabilidade subsidiária entre as sociedades membros do grupo, seria mais adequada à realidade dos grupos.

Inclinamo-nos, no entanto, em favor da adoção do sistema unificado do projeto de lei de sociedade anônima europeia, 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.

Como salienta a Comissão da Comunidade Econômica Europeia, nos seus comentários ao projeto que elaborou, essa responsabilidade global no seio do grupo, nos dias que correm, é considerada como indisputável na ética dos negócios. Não se vê por que o Direito não deveria, aí, seguir os ditames da moral comercial (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 432).

Inobstante os argumentos trazidos pelos autores, o fato é que a ausência de responsabilidade intragrupal no ordenamento jurídico brasileiro configura a expressão da real vontade do legislador, não admitindo interpretação em sentido diverso.

No tocante à natureza dos grupos, o art. 266 da LSA é claro ao prever que cada sociedade-membro do grupo conservará personalidade e patrimônios distintos. Daí decorre que o grupo como um todo não possui personalidade jurídica própria.

Art. 266. As relações entre as 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 patrimônios distintos (BRASIL, 1976).

⁴² O modelo proposto pela Comissão da Comunidade Econômica da União Europeia foi estudada no item 4.2.1 do presente trabalho.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2012) bem observa que, embora o grupo de sociedades se encaixe no arcaico conceito de *sociedade* expresso no art. 981 do CC/02, não é possível considerá-lo uma pessoa jurídica, haja vista a inexistência de patrimônio próprio, bem como pelo fato de o grupo não agir no mundo jurídico de forma direta, sendo a atividade empresarial sempre exercida pelas sociedades que o integram.

Não me parece, entretanto, que, perante as normas vigentes no direito brasileiro, o grupo de sociedades possa ser considerado como pessoa jurídica. É que, além de não possuir patrimônio próprio, não age no mundo jurídico; as atividades do grupo são exercidas pelas sociedades que o integram, sob orientação uniforme. Essa orientação não é do conjunto de sociedades, mas da sociedade de comando, a igual do que se verifica com o sócio ou acionista controlador, que, não sendo administrador, possui responsabilidade individual pelos atos cuja prática orienta, mesmo sem atuar pelas sociedades sob seu controle (Lei das S.A., arts. 116 e 117) (GONÇALVES NETO, 2012, p. 489).

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), no entanto, identificam nos grupos os três elementos de toda relação societária, quais sejam: a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos. Os autores entendem os grupos, portanto, como uma espécie de sociedade de segundo grau, inobstante o legislador não lhe tenha atribuído personalidade jurídica.

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 ou prejuízos – encontram-se em todo grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, 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 (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 312).

No mesmo sentido, Jorge Lobo (1978) sustenta que o correto seria que aos grupos fosse atribuída personalidade jurídica, eis que o grupo está para as sociedades grupadas, assim como a sociedade está para a pessoa de seus sócios e acionistas.

O grupo está para as sociedades grupadas, assim como a sociedade está para a pessoa de seus sócios e acionistas: nesta como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes; no grupo essas partes são as sociedades grupadas; na sociedade, são os sócios e os acionistas. Um e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade (LOBO, 1978, p. 119).

Ressalte-se, por derradeiro, que a divergência entre os teóricos quanto à natureza dos grupos de sociedades decorre principalmente da aparente contradição que implica a aplicação rígida

dos princípios da autonomia da pessoa jurídica e da responsabilidade limitada do sócio, considerados as duas vacas sagradas do direito societário, face à dependência econômica existente entre a controladora e suas subsidiárias num contexto de grupo.

5.4 Críticas ao sistema regulatório brasileiro

Com relação ao sistema regulatório brasileiro em matéria de grupo, Viviane Prado (2005) entende que o mesmo é insuficiente, porquanto as únicas regras protetivas dos acionistas minoritários da sociedade filiada face à criação do grupo prevista na LSA são o direito de retirada (art. 137 c/c 270 da LSA) e a possibilidade de indenização por abuso de poder (art. 117 c/c 246 da LSA). Com relação aos credores, nenhum mecanismo de tutela foi criado, de forma que os casos específicos têm sido tratados por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Aliás, J. Lamartine Oliveira (1979) já ressaltava há mais de 35 anos a ineficiência das normas criadas na LSA para resguardar a integridade patrimonial da sociedade integrada no grupo, em benefício de seus acionistas minoritários e credores, o que daria espaço para o uso cada vez mais frequente das técnicas de desconsideração como forma de adaptar a lei à realidade econômica.

Vimos as deficiências que assumem tais normas de proteção no contexto da nova lei brasileira. E é evidente que, quanto menos eficazes forem tais normas, maiores serão os clamores de aplicação de soluções na linha da 'desconsideração', dada a preocupação de não deixar ao desamparo os credores das sociedades controladas, subsidiárias, ou integrantes de grupo. Há, portanto, clara relação entre a solução legislativa dada ao problema dos grupos de sociedades e a eclosão – com maior ou menor força – de técnicas reveladoras de uma crise de função: como é, de modo especial, o caso das técnicas de desconsideração (OLIVEIRA, 1979, p. 591).

Viviane Prado (2005) ressalta, ainda, que o modelo adotado pela LSA não se mostrou efetivo, haja vista que os grupos de direito são praticamente inexistentes no Brasil, enquanto os grupos de fato dominam o mercado. Como possíveis razões para tal constatação, a autora aponta: (i) o modelo importado da Alemanha de forma parcial não concede nenhum incentivo econômico à formação de grupos de direito; (ii) a adoção do modelo é facultativa; (iii) a oneração com o direito de recesso dos acionistas minoritários pode ser evitado por meio da adoção de estruturas como as *holdings*, que permitem o exercício do controle sem arcar com tais custos; e (iv) a constante necessidade de flexibilizar as estruturas de grupo de acordo com

o mercado desestimulam a adoção de um documento que fixe um modelo específico de grupo. O mercado exige desburocratização para que as mudanças sejam imediatas.

Viviane Prado (2005) sintetiza a atual situação do sistema grupal brasileiro da seguinte forma:

De tudo até aqui pesquisado sobre o modelo brasileiro de disciplina grupal, considero duas as principais constatações que sintetizam a atual situação:

1. *no plano do modelo legislativo*: o modelo adotado é parcial, pois a disciplina dos grupos é aplicável apenas a determinados grupos, isto é, àqueles formados mediante convenção. Por consequência, os grupos de fato obedecem, salvo algumas regras excepcionais, a disciplina incidente às sociedades isoladas;

2. *no plano da realidade das estruturas organizacionais das empresas brasileiras*: os grupos convencionais são quase inexistentes no Brasil, sendo a organização das empresas brasileiras em grupos de fato.

A partir da combinação destas duas constatações, posso afirmar:

1. salvo raras exceções, não há suporte fático para a incidência da disciplina dos grupos de direito, o que a torna um direito escrito, mas não aplicado;
2. as sociedades que formam um grupo de fato – suporte fático efetivamente existente e que corresponde à realidade das estruturas societárias brasileiras – submetem-se a um regime jurídico que as trata como se fossem economicamente autônomas.

Neste ponto, ressalto que o direito brasileiro difere sensivelmente do direito alemão, no qual foi inspirado. Neste a jurisprudência criou a figura do grupo de fato qualificado (*qualifizierter faktischer Konzern*), nos quais considera-se direção unificada das empresas, mesmo não existindo contrato de domínio. Nestes casos, aplicam-se as regras sobre grupos de direito, no que tange à proteção dos credores e dos minoritários. Já no sistema brasileiro, no qual não existem estes mecanismos de proteção de interesses relacionados e muito é deixado para a autonomia privada de disposição na convenção grupal, inexistente esta “válvula de escape”.

Portanto, em uma primeira vista, poderia concluir:

Não há especificidades para os grupos de fato sobre as quais se possa dizer que eles são efetivamente disciplinados sistematicamente no nosso direito. Por consequência, a nossa situação iguala-se a sistemas jurídicos que não possuem disciplina grupal (PRADO, 2005, p. 17-18).

Diante de tais conclusões a autora formula duas hipóteses: ou os grupos de sociedades não funcionam como uma unidade econômica ou as regras do direito societário que pregam a total autonomia não são respeitadas. Viviane Prado (2005) conclui, então, ser necessário rever o sistema jurídico brasileiro em matéria de grupo, e afirma:

Partindo deste pressuposto e da afirmação que o modelo grupal brasileiro nasceu sem a presunção de ser definitivo, coloco aqui a necessidade de rever alguns temas fulcrais do direito societário, para deixar de lado o cinismo de conviver com empresas organizadas em estruturas grupais exigindo a completa independência e dando tratamento jurídico como se elas fossem autônomas economicamente. Até porque a unidade econômica e organizacional é reconhecida nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o que torna o nosso direito dos grupos um tanto contraditório. Para responsabilidade, reconhece-se a unidade; para a visão interna de exercício do poder, continua-se tratando as sociedades como se independentes fossem (PRADO, 2005, p. 21).

Neste mesmo sentido, Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) observam que os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira e que o regramento para os grupos de fato não contém regras de responsabilidade bem definidas:

Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. Sepultadas pela prática ou pelo legislador, as principais regras conformadoras do direito grupal (grupo de direito) como originariamente idealizado não tem aplicação. Os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade da retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo. 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 (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 357).

De fato, gerando os grupos de direito e grupos de fato idêntica responsabilidade entre as sociedades membros (nenhuma responsabilidade, em regra) e; considerando que a constituição do grupo de direito gera a possibilidade de recesso em massa entre os minoritários; a adoção por este último modelo passa a ser totalmente desinteressante para o empresariado brasileiro.

Acrescenta-se às conclusões dos autores acima referenciados o fato de que na tentativa de conferir efetividade ao sistema de responsabilidades criado para os grupos de fato, o legislador brasileiro atribuiu à administração da controladora a obrigação de apresentar relatórios que demonstrem o investimento em sociedades controladas ou coligadas (art. 243 LSA) e conferiu à subsidiária, seus minoritários e credores o direito a ver indenizados os danos causados pela controladora por abuso do poder de controle (art. 246 LSA). A eficiência destes dispositivos, no entanto, é questionável.

Com relação aos relatórios, é bom lembrar que as pessoas de confiança a quem é atribuída a tarefa de elaborá-los estão sob o comando de terceiras pessoas interessadas em seu conteúdo, dispensando maiores comentários quanto ao motivo de sua ineficiência.

Também é questionável a eficiência da regra que atribui à sociedade controladora o dever de indenizar a subsidiária pelo abuso do poder de controle. Isso porque para que a subsidiária tenha garantido o direito de ver os seus danos indenizados o administrador da subsidiária deve tomar a iniciativa de demandar contra a controladora, a quem é subordinado.

A lei tentou evitar este conflito de interesses conferindo aos sócios minoritários a possibilidade de atuar em juízo como substituto processual da sociedade. No entanto, os riscos e custos de uma demanda judicial são geralmente muito altos para um pequeno investidor, além do que nem sempre as vantagens advindas do sucesso da demanda serão diretamente revertidas a seu favor, na medida em que estará no mesmo nível de prioridade de recebimento que os demais credores que não arcaram com os custos da demanda. Sem falar na típica inacessibilidade aos documentos necessários para instruir o processo, lembrando que aqui não foi prevista qualquer inversão do ônus de prova.

A extensão da responsabilidade aos membros do conselho de administração e diretores (art. 245 LSA) também não conferiram ao regramento dos grupos de sociedades maior efetividade. Eduardo Munhoz (2004) ressalta que os administradores das subsidiárias passam a viver um eterno conflito de lealdade, entre obedecer a lei que veda a atuação em prejuízo da sociedade que administra ou seguir a orientação geral do grupo, que nem sempre é benéfica à subsidiária considerada individualmente. Neste cabo de guerra, os administradores geralmente optam por seguir as diretrizes emanadas pela administração do grupo a fim de evitar a sua destituição, consequência esta mais concreta e iminente que a possibilidade de sofrer uma ação de responsabilidade civil.

Veja-se o caso dos administradores, que passam a viver nos grupos um eterno conflito de lealdade – interesse da sociedade versus interesse do grupo -, conflito esse agravado pelas ordens jurídicas que se recusam a enxergar a realidade econômica. Nos grupos de fato, os administradores não podem, em prejuízo da sociedade, favorecer “sociedade coligada, controladora ou controlada”, respondendo por perdas e danos, em caso de inobservância do dispositivo (art. 245, Lei 6.404/76). Ocorre, porém, que é função econômica específica dos grupos a atuação das sociedades segundo uma direção unitária, na busca de um interesse comum. Nesse contexto, nos grupos de fato da lei brasileira, os administradores ficam diante de uma difícil escolha: descumprir o comando legal, ficando sujeitos à responsabilização civil, ou cumpri-lo à sua plenitude, ficando expostos ao risco de destituição, pela inobservância das diretrizes emanadas dos administradores da sociedade dominante do grupo. Não se tem dúvida em afirmar que, na maioria das vezes, preferem os administradores a segunda escolha, pois, enquanto a ameaça de destituição é concreta e iminente, a apuração de sua responsabilidade civil é menos provável. Nessa matéria, parece claro que a lei societária preconiza uma solução incompatível com os imperativos da ordem econômica (MUNHOZ, 2004, p. 44).

Vale observar, ainda, que embora o modelo dual adotado na LSA tenha nascido com a pretensão de ser provisório, o que foi explicitado no Anteprojeto e na Exposição de Motivos da Lei, tal modelo encontra-se praticamente intocado desde a promulgação da LSA.

O Projeto, depois de regular, até o Capítulo XIX, as companhias como unidades empresariais distintas, disciplina, nos Capítulos XX a XXII a nova realidade que são as sociedades coligadas e o grupo de sociedades. No seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas - o que reclama normas específicas que redefinem, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores. Para isso - e em forma tentativa a ser corrigida pelas necessidades que a prática vier a evidenciar - o Projeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto reguladas neste Capítulo; b) sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro de Comércio, passam a constituir grupos societários, com disciplina própria, prevista no Capítulo XXI (BRASIL, Ministério da Fazenda, 1976).

O autor Jorge Lobo (1978) transcreve em sua obra *Grupo de Sociedades*, trechos da conferência realizada pelo Prof. Alfredo Lamy Filho, redator do anteprojeto da LSA, no Instituto dos Advogados Brasileiros em 12 de maio de 1976. Com relação ao regramento dos grupos de sociedades, o jurista ressaltou naquela oportunidade:

Uma outra linha dominante na formulação do Anteprojeto foi a de dar disciplina a fenômenos novos, no mundo econômico, como a oferta pública para aquisição de controle, a concentração de empresa e o grupamento societário. Realmente a empresa moderna raramente é uma sociedade única, revestindo antes a forma de empresas coligadas, associadas, grupadas. E no vocabulário comum do mundo empresarial, ganharam circulação intensa expressões como “Grupo”, “Organização”, “Empresa Associada”, e outras mais que expressavam e expressam uma realidade econômica sem nenhuma regulamentação legal. [...] O anteprojeto procurou dar disciplina estrita ao problema das sociedades coligadas e controladas, em especial as partes relativas a demonstrações financeiras consolidadas, aquisição recíproca de ações e responsabilidade dos administradores – atento sempre à defesa do crédito público e dos minoritários [...] Quanto ao grupo de sociedades admitiu sua existência jurídica autônoma, prescrevendo normas especiais para a sua constituição, funcionamento e extinção. Constitui, por certo, uma tentativa cautelosa de dar regulação à matéria, que a experiência se incumbirá de evidenciar os pontos que requerem modificação (LAMY FILHO *apud* LOBO, 1978, p. 75-76).

Na mesma obra, Jorge Lobo lembra, ainda, que em várias oportunidades (congressos, conferências etc.) os relatores do anteprojeto enfatizaram:

disciplinando matéria nova, como o grupo de sociedades, o Projeto procurou dar-lhe uma disciplina original... Trata-se a rigor, de uma construção experimental, necessariamente pouco rígida, - e que só a prática poderá evidenciar os pontos que reclamarão correção (LAMY FILHO *apud* LOBO, 1978, p.84).

É, portanto, inarredável a conclusão de que o sistema legislativo brasileiro em matéria de grupos de sociedades mostra-se hoje insuficiente, eis que excessivamente simplista, não

contendo regras que de forma efetiva resguardem os direitos dos credores e sócios minoritários.

5.5 OS GRUPOS DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É indiscutível a participação da jurisprudência na criação das leis, seja por omissão legislativa ou pela desordem criada pelo excesso de normas. O direito societário de forma especial é um terreno fértil para essa intervenção, haja vista que o dinamismo das relações comerciais nem sempre é acompanhado pelas atualizações legislativas. Em matéria de grupos de sociedades a participação do Judiciário na criação do direito mostra-se ainda mais evidente, face ao grande abismo existente entre a realidade econômica dos grupos e seus regramentos, conforme visto na seção anterior.

Nesta seção, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) será analisada a fim de se identificar como a questão da responsabilidade intragrupal evoluiu no direito brasileiro desde a edição da LSA, inobstante tenha o regramento permanecido praticamente intocado. Serão identificados, ainda, os principais remédios utilizados pelo STJ nos casos em que considera inadequado o tratamento das sociedades do grupo como entidades autônomas e independentes entre si.

5.6 Análise da jurisprudência do STJ

Viviane Prado e Maria Clara Troncoso (2008) investigaram o tratamento conferido pelo STJ em litígios envolvendo responsabilidade intragrupal e, após analisar 109 acórdãos sobre o tema, chegaram às seguintes conclusões:

Da pesquisa realizada na jurisprudência do STJ sobre grupos societários pode-se afirmar:

a) Não há uniformidade dos termos utilizados. As expressões que apareceram com maior frequência foram "grupos econômicos", simplesmente "grupos" e grupos financeiros, termos estes que não são utilizados na legislação vigente referente às matérias tratadas.

b) Em 30 dos casos analisados, que representam 28,38% da amostra, a matéria analisada era de natureza processual, principalmente discutindo a legitimidade de empresa do mesmo grupo para figurar no polo passivo da relação jurídica processual;

c) Em apenas 35 das 106 das decisões analisadas encontramos elementos que apontam o entendimento do julgador do que considera grupo societário. Nestes casos, todavia, não há uniformidade nem rigor na análise dos elementos que constituem o conceito de grupos.

d) Em somente 22 das 106 decisões levou-se em consideração para a caracterização do grupo a existência de relação de controle societário. Entretanto, apenas uma destas decisões faz referência à legislação societária para fundamentar a existência

do poder empresarial. Constatou-se que a discussão doutrinária sobre se o elemento para caracterizar o grupo é o controle ou a direção unitária não aparece na jurisprudência. Ademais, outra constatação é o entendimento negativo da existência da direção unitária, em especial para o efeito de responsabilização.

e) Quanto aos efeitos jurídicos que advém da existência de grupo, importante fazer as seguintes constatações: A responsabilidade de empresa do mesmo grupo foi o tema mais recorrente (43 dos acórdãos), seguido de casos que envolvem a nulidade de mandato cambial e/ou de título de crédito em operação de mútuo entre empresas do mesmo grupo (20 dos acórdãos); foram apenas encontrados 4 casos envolvendo em relações de consumo, nas quais o CDC prevê expressamente responsabilidade de empresas do mesmo grupo; e apareceram apenas 10 casos de responsabilidade de empresas do mesmo grupo com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica ou fraude (PRADO; TRONCOSO, 2008, p. 118-119).

Das conclusões aferidas pelas autoras, chama atenção o fato de que em apenas 33% (trinta e três por cento) das decisões analisadas houve a preocupação do julgador em mencionar as razões para decidir pela existência de grupo. A ausência de preocupação em justificar a conclusão pela existência de grupo fica escancarada na fundamentação do acórdão colacionado abaixo, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO EM ESTIVA. LEGITIMIDADE DE PARTE. GRUPO EMPRESARIAL. ALTERAÇÃO NO PÓLO ATIVO. POSSIBILIDADE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NOVA CITAÇÃO EFETUADA. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. Inexiste nulidade no acórdão estadual, se o mesmo enfrentou as questões propostas, apenas que com conclusões contrárias à pretensão da parte.

II. Possível o redirecionamento da ação indenizatória contra outra empresa, quando caracterizado tratar-se de grupo empresarial e que foi efetuada a citação da ré, desfigurado o cerceamento do direito de defesa.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 07 do STJ).

IV. Recurso especial não conhecido.

Voto:

[...] Por outro lado, verifica-se da argumentação desenvolvida pelo acórdão a quo que o mesmo considerou, em face das circunstâncias do caso, que se configurou a situação de conglomerado empresarial, tanto que Vicente de Castro Filho, citado para a ação à fl. 35, como representante legal da empresa originariamente indicada na exordial – Imobiliária Vicente de Castro Ltda. – é também o titular da ora recorrente, V. Castro & Cia. Ltda.

O STJ, dadas as naturais dificuldades, por vezes de se identificar, pela complexidade dessas relações empresarias, o efetivo réu, tem reconhecido a possibilidade de uma responder pela outra, ou, mesmo, a alteração do polo passivo ou ativo, desde que não prejudicada a defesa da parte [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2003)

Parece grave, também, a constatação de que em somente 20% (vinte por cento) das decisões analisadas pelas autoras os julgadores levaram em consideração para a caracterização do grupo a existência de relação de controle societário, sendo que apenas 1 (uma) decisão das

109 (cento e nove) analisadas faz referência à legislação societária para fundamentar a existência do poder empresarial, o que quer dizer que a jurisprudência do STJ não se preocupa em identificar os elementos que caracterizam os grupos societários.

A análise das decisões proferidas recentemente pelo STJ demonstra, ainda, que o instituto mais comumente evocado pelos julgadores para fins de atribuição de responsabilidade intragrupal é a *desconsideração da personalidade jurídica*, seguido, em menor número, pelos institutos da *teoria da aparência*, *simulação* e *fraude contra credores*.

Especificamente com relação à desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência tem aplicado o instituto para fins de se atribuir responsabilidade à sociedade controladora por obrigações contraídas pela controlada quando verificada a confusão patrimonial entre elas.

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO AFASTADA. EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO VERIFICADO. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 98/STJ.

1. Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ.
2. A falta de citação da empresa cuja personalidade foi desconsiderada, por si só, não induz nulidade, capaz de ser reconhecida apenas nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa, inexistente na hipótese. 3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Voto:

“Por fim, quanto à discussão de que não se faziam presentes os requisitos de fato necessários à incidência do art. 50 do CC, o recurso também não se mostra viável. Como visto anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente foi decida, na linha da jurisprudência desta Corte, a partir da observação de que havia confusão patrimonial na organização societária das empresas do mesmo grupo econômico” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

O STJ tem desconsiderado a personalidade jurídica das sociedades do grupo, ainda, como forma de se estender os efeitos da falência a sociedades que compõem o grupo da falida

sempre que resta verificada a utilização da empresa com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros⁴³.

Ementa: PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.

3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.

4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.

5. Recurso especial não provido.

Voto:

“Além disso, é importante frisar que a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de dispensar a propositura de ação autônoma para que se defira a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a empresas coligadas, consoante se vê nos seguintes precedentes: REsp 1.034.536/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 16/2/2009; REsp 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19/12/2003; entre outros. Assim, em princípio, caracterizada a coligação de empresas, a exigência de processo autônomo não se justificaria.

A caracterização de coligação de empresas, por sua vez, é, antes de mais nada, uma questão fática. Portanto, o que tiver decidido o Tribunal a esse respeito não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ.

De todo modo, para além de seus contornos fático, a coligação consubstancia um conceito societário. A coligação se caracteriza, essencialmente, na influência que uma sociedade pode ter nas decisões de políticas financeiras ou operacionais da outra, sem controlá-la. Antigamente, a Lei das S/A dispunha, em seu art. 243, §1º, acerca de um montante fixo de participação no capital para que fosse automaticamente caracterizada coligação entre empresas. Dizia que “são coligadas as sociedades quando um participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. Esse percentual, contudo, era fixado para estabelecer, consoante a disposição contida no caput desse artigo, a obrigatoriedade de menção dos investimentos nessa sociedade no relatório anual da administração. Na prática, contudo, independentemente de um percentual fixo, o conceito de coligação está muito mais ligado a atitudes efetivas que caracterizem a influência de uma sociedade sobre a outra. Há coligação, por exemplo, sempre que se verifica o

⁴³ Ressalte-se que, tal como na legislação societária, a Lei de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005, também não prevê a responsabilidade solidária ou extensão dos efeitos da falência às sociedades que eventualmente componham o grupo da falida.

exercício de influência por força de uma relação contratual ou legal, e em muitas situações até mesmo o controle societário é passível de ser exercitado sem que o controlador detenha a maioria do capital social. Basta pensar, nesse sentido, na hipótese de uma empresa com significativa emissão de ações preferenciais sem direito a voto. [...] É possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem. Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011a)

A teoria da aparência é outro remédio utilizado pela jurisprudência do STJ para fins de se atribuir responsabilidade intragrupal quando os julgadores consideram ter havido confusão aparente de personalidades, tanto internamente (mesmo administrador, mesma sede, número de telefone, empregados etc.), como externamente no trato com terceiros.

Ementa: SEGURO. Legitimidade. BB Corretora. Doença preexistente. - Legitimidade passiva da empresa corretora de seguros (BB Corretora de Seguros), integrante do mesmo grupo a que pertence a companhia seguradora integrante do grupo (Aliança Brasil), para responder à ação de cobrança. Precedentes. - Doença preexistente. Inexistência de prova da má-fé do segurado. Recurso não conhecido.

Voto:

Disso tudo se conclui que o segurado ou o seu beneficiário (que confiam na aparência do negócio e na responsabilidade daquele com quem mais diretamente contactou, e muitas vezes não têm condições de perceber, no complexo empresarial, qual a entidade que realmente lhe deve o pagamento da indenização a que têm direito) podem dirigir a ação contra qualquer um dos participantes do negócio securitário, quando ele surge envolvido com a atuação da entidade bancária, líder do grupo, que usa de suas instalações, de seus agentes, de suas empresas e das oportunidades de negócio que a sua atividade principal lhe propicia, para celebrar contratos de seguro. Assim é que tem sido admitida a legitimidade passiva da empresa líder, da que atua como estipulante e da sua corretora de seguros (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2002).

É possível identificar, inclusive, casos em que a Teoria da Aparência foi evocada para fundamentar a atribuição de responsabilidade a sociedade brasileira pertencente a grupo transnacional por obrigação contraída por sua controladora americana.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL.

1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário pré-questionamento. Incidência da súmula 211/STJ.
2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.
3. Recurso especial não conhecido.

Voto

[...] No caso em apreço, é fato que a Yahoo! Brasil apresenta-se aos consumidores utilizando a mesma logomarca da empresa americana. Além disso, ao digitar na rede mundial o endereço trazido nas razões do recurso como sendo da Yahoo! Inc. - www.yahoo.com - abre-se, na realidade, a página da Yahoo! Brasil. Diante dessa moldura fática, é de se supor que o consumidor não distingue com clareza as divisas entre a empresa americana e sua correspondente nacional. Uma aparentando ser a outra [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Nos próximos itens, serão estudados os delineamentos e requisitos de aplicabilidade de cada um dos remédios jurídicos frequentemente utilizados pelo STJ para fins de transposição da autonomia jurídica das sociedades do grupo, verificando a sua adequação como forma de atribuição de responsabilidade intragrupal.

5.7 Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Eduardo Munhoz assevera que se tem denominado desconsideração da personalidade jurídica “a suspensão temporária da personificação em determinado caso concreto, atribuindo-se aos seus sócios ou administradores as relações que inicialmente seriam imputadas às pessoas jurídicas” (2004, p. 25).

Conforme sistematizado por Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), por sua vez, a desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida, inicialmente, com base em duas teorias:

- a) *Teoria Unitarista* (sistematizada pelo alemão R. Serick na segunda metade da década de 50): esta teoria utiliza-se do esquema regra-exceção. Parte do conceito unitário de pessoa jurídica para identificar as hipóteses de desconsideração. Tal teoria se divide em dois subgrupos: o primeiro utiliza-se de critérios objetivos para a desconsideração, como a utilização contrária aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica e o segundo subgrupo justifica a desconsideração identificando o elemento intencional da utilização

fraudulenta da forma societária, ou seja, na incidência de abuso será possível se atribuir responsabilidade a sujeito diferente do devedor.

- b) *Teoria dos centros de imputação* (sistemizada pelo prof. Müller-Freienfels): para tal teoria a desconsideração não ocorre apenas em situações de fraude, mas pode ocorrer sempre que não for conveniente levar em conta a personalidade jurídica à luz da importância e do objetivo da norma aplicável. As pessoas jurídicas teriam, então, tratamento diferenciado de acordo com a função econômica que desempenham.

Os mesmos autores narram que, no Brasil, os juristas Rubens Requião, Fábio Comparato e J. Lamartine Oliveira foram pioneiros no tratamento do tema desconsideração da personalidade jurídica, sendo possível apontar as seguintes características principais no estudo de cada um deles:

- (i) *Rubens Requião*: para Requião, tal como previsto na teoria unitarista de Serick, há hipótese de desconsideração da personalidade jurídica em todos os casos em que a separação patrimonial é utilizada com abuso de direito ou para praticar fraude à lei (teoria subjetiva);
- (ii) *Fábio Comparato*: para Comparato, o elemento central da desconsideração não estaria na fraude, mas sim no desvio de função. Dessa forma, considerando que a criação de um centro de interesse autônomo é a função principal da pessoa jurídica, haveria desconsideração toda vez que se observasse a confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios⁴⁴ (teoria objetiva⁴⁵).

⁴⁴ Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) esclarecem que “A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica da separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumprir-o na prática, não se vê porque juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.” (p. 388) Os mesmos autores, no entanto, manifestam-se no sentido de que a lei deveria prever, além da confusão patrimonial, a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando o seu controlador, diante de uma situação de insuficiência de capital, faz empréstimos à sociedade ao invés de subscrever novas ações. Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) entendem, ainda, que “vindo a falir a sociedade controlada, seriam de se considerar ineficazes pleno jure, contra a massa, as garantias reais ou os privilégios eventualmente ligados ao crédito do controlador mutuante, que passaria, portanto, a concorrer em igualdade de condições com os credores sociais simplesmente quirografários” (p. 424)

⁴⁵ Conforme assevera Eduardo Munhoz (2004), a teoria objetiva adota uma perspectiva funcional do instituto da pessoa jurídica, reconhecendo a viabilidade da desconsideração não apenas nas hipóteses de fraude ou de abuso de direito individual, mas também no caso de desvio de função.

- (iii) *J. Lamartine Oliveira*: para Lamartine, a desconsideração deve ocorrer nos casos de disfunção da personalidade jurídica, ou seja, nos casos em que não se respeitar a pessoa jurídica como um centro autônomo de poder, ocorrendo a confusão patrimonial. Utiliza-se da primeira consequência pluralista da teoria de *Muller-Freienfels* para ressaltar a necessidade de tratamento diferenciado das diversas pessoas jurídicas. Aponta como casos especiais as sociedades unipessoais e os grupos de sociedades (teoria objetiva).

Mesmo antes da positivação da matéria, os tribunais brasileiros, em especial o STJ e o STF, já aplicavam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica desde a sua concepção, inclusive para fins de solucionar litígios envolvendo responsabilidade intragrupal.

A técnica da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada no sistema jurídico brasileiro inicialmente por ramos específicos do direito, como o direito do consumidor (1990)⁴⁶ e o direito ambiental (1998)⁴⁷ e posteriormente de forma geral pelo artigo 50 do CC/02, que assumiu a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

Conforme ponderam Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014), o art. 50 CC/02 explicitou qual o *método* deve ser utilizado pelo operador do direito na desconsideração da personalidade jurídica. Para os autores, o artigo impõe como método, inicialmente, a responsabilização do real beneficiário do ato, seja ele o seu controlador ou não. Na desconsideração, portanto, o sócio responde por dívida própria, motivo pelo qual não lhe é assegurado qualquer direito de regresso.

⁴⁶ Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): “Art. 28, §5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. (BRASIL, 1990)

⁴⁷ Lei 9.605/98. “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. (BRASIL, 1998)

Impõe, também, que a desconsideração busque o seu fundamento na atividade societária e não em um ato específico. O ato específico apenas poderá provocar a desconsideração caso exija para sua consecução a organização societária, caso contrário, estar-se-á diante de hipótese de responsabilização civil e não desconsideração. É o que ocorre, por exemplo, com o ato simulado, o qual deve ser resolvido de acordo com as normas civilistas, eis que atinentes às relações externas da sociedade.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) acrescentam que a desconsideração da personalidade jurídica implica na suspensão da autonomia patrimonial da sociedade apenas de forma *momentânea* e *especificamente* para o caso que a motivou. A autonomia patrimonial fica preservada com relação a todas as outras relações mantidas pela sociedade. Não há que se falar, portanto, em despersonalização da sociedade, sendo os efeitos da sentença que autoriza a desconsideração *inter partes*.

Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a inviabilidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão são, para o caso concreto (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 307).

Os autores observam, por derradeiro, que a lei civil brasileira adotou a teoria objetiva da desconsideração, tendo ressaltado como parâmetro para sua aplicação a disfunção da pessoa jurídica como centro de decisões autônomo, independente da comprovação de ato fraudulento.

Eduardo Munhoz (2004), concordando com Fábio Comparato e Calixto Salomão, acrescenta que, pelo menos no que tange ao direito societário, a desconsideração da personalidade jurídica deve ocorrer nos casos em que a responsabilidade limitada atribuída por lei deixa de cumprir a sua função socioeconômica.

Diante dos contornos da técnica desconsiderante é possível identificar na literatura jurídica três linhas de pensamento quanto à sua aplicabilidade aos grupos de sociedades: (i) autores que defendem ser a desconsideração da personalidade jurídica o remédio ideal para solução de litígios envolvendo responsabilidade intragrupal; (ii) autores que apenas admitem o instituto da desconsideração como técnica para corrigir as distorções verificadas no fenômeno grupal

em certas circunstâncias e observados os seus requisitos gerais de aplicação; (iii) autores que entendem que a desconsideração é técnica absolutamente inadequada para tal fim, capaz de provocar distorções graves no fenómeno grupal tendente até mesmo a eliminá-lo do mundo jurídico.

Suzy Koury (2003) se alinha à primeira linha de pensamento. Para a autora, embora a desconsideração deva ser aplicada apenas excepcionalmente, ela é a forma mais adequada para se resolver os problemas decorrentes do choque entre a noção de controle e de personalidade jurídica. Acredita que a formação de grupos foge aos casos previstos pelo legislador por ocasião da criação da personalidade jurídica devendo ser desconsiderada pelos juízes todas as vezes que se verificar que a forma está ameaçando interesses supremos, como os direitos fundamentais.

Portanto, nos caos em que a aplicação do regime da personificação societária desvie a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico vise a alcançar por seu intermédio; nos caos em que tal aplicação conduza a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada; e, ainda quando a sua aplicação produza efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico, poder-se-á subestimar os efeitos da personalidade jurídica, utilizando-se, assim, a *Disregard Doctrine* (KOURY, 2003, p. 79).

A autora defende, ainda, que a desconsideração pode ocorrer em duas situações: (i) de maneira indireta, como meio de evitar simulações e fraudes e (ii) de maneira direta, que é o que ocorre no caso de responsabilização conjunta dos grupos de sociedades. Para Suzy Koury, portanto, a simples identificação de interesse comum entre as sociedades do grupo seria fundamento capaz de atrair a desconsideração da personalidade.

J. Lamartine Oliveira (1979), por sua vez, adota posição menos radical, defendendo a adequação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades apenas em alguns casos e observados certos critérios. O autor ressalta que a desconsideração nos grupos de sociedades apenas é cabível nos casos em que se observa a aplicação do princípio da subsidiariedade. Ou seja, nos casos em que a sociedade controladora é acionada de forma subsidiária para cumprir obrigação atribuída à controlada. Nestes casos, a controladora está arcando com dívida alheia. Para as hipóteses em que o ato é imputado à própria controladora (responsabilização civil, simulação, aparência, etc.), não há que se falar em desconsideração, sendo imprópria a utilização da técnica.

Para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.

Não é o que ocorre nos casos de demonstração de incidência de teoria da aparência ou do princípio que veda o *venire contra factum proprium*: quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio.

Desde logo, portanto, não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato. Aqui, exatamente, é que ganha relevo o caso de utilização de uma pessoa jurídica como mero instrumento de alguém que sobre ela detenha poder de controle incontestável, seja sócio majoritário ou soberano, seja sociedade matriz ou dominante, nos grupos de sociedades fáticos ou formalizados (OLIVEIRA, 1979, p. 610-611).

O autor aponta, ainda, que é indispensável que se comprove nos autos do processo em que se busca a desconsideração que houve inobservância, no caso concreto, do princípio da autonomia patrimonial, sendo indiferente, contudo, a existência de comportamento censurável, eis que aplicável a teoria objetiva da desconsideração.

Nesse particular, são especialmente importantes os casos da denominada *mistura de negócios e patrimônios*. Não nos convencem as tendências subjetivistas dos que, em tais casos, só admitem a responsabilização do “homem atrás” da pessoa jurídica quando a tal mistura se somem considerações como a de *aparência* ou a de *comportamento contraditório – venire contra factum proprium* – que exigem maior comprovação de comportamento censurável. É que, nos casos de sociedades unipessoais em sentido amplo ou de sociedades integradas em grupo de sociedades, a absoluta separação entre esferas de bens e negócios entre sociedades e sócio (mesmo quando esse sócio seja outra sociedade) é condição imprescindível para que se mantenha o rígido respeito do art. 20 do Código Civil. Se essa separação não é escrupulosamente mantida, poderá haver caso de imputação de ato ao controlador da sociedade – para fins de responsabilidade civil – ou mesmo (aí em autêntica técnica desconsiderante) de mera imputação de responsabilidade por dívida alheia, sendo a dívida da sociedade e a responsabilidade (subsidiária) do controlador (OLIVEIRA, 1979, p. 610-611).

J. Lamartine Oliveira (1979) entende, portanto, que a mera constatação do elemento controle no grupo não é suficiente para provocar a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades-membros, eis que isto implicaria em por em dúvida o próprio sistema Legislativo brasileiro em matéria de grupo que optou por prever que “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”. (OLIVEIRA, 1979, p. 594-595)

Eduardo Munhoz (2004), a seu turno, acredita que é equivocada a utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica a fim de solucionar os problemas decorrentes da legislação societária que optou por conservar a autonomia jurídica das sociedades membros

do grupo. Isto porque, se a desconsideração da personalidade jurídica se presta para corrigir desvios temporários e episódicos, a perda da autonomia nos grupos é permanente e constante. Seria o caso, portanto, de se modificar a própria disciplina jurídica dos grupos a fim de adaptá-la à sua realidade econômica e não prosseguir utilizando o remédio como forma de transpor a regra.

Por tudo o que sobressaiu deste estudo, entende-se que a razão está com Eduardo Munhoz (2004) quando alerta que a questão da responsabilidade intragrupal é um problema que decorre da inadequação da norma vigente à realidade econômica dos grupos, não podendo ser corrigido casuisticamente através de técnicas apenas aplicáveis em casos excepcionais.

É certo que certa confusão patrimonial é inerente a todos os grupos. Aliás, é justamente esta racionalização administrativa que permite diminuir o custo de produção e otimizar os lucros, razão pela qual o agrupamento empresarial é tendência em todo o mundo. Dessa forma, se a confusão patrimonial é entendida como causa para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades isoladas, o mesmo não pode ocorrer de forma automática nos grupos de sociedades. Neste sentido, cite-se a lição de Fábio Comparato e Salomão Filho (2014):

A confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico. O interesse individual de uma sociedade é sempre subordinado ao interesse geral do complexo de empresas agrupadas. Com isto, são praticamente inevitáveis as transferências de ativo de uma sociedade a outra, ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas.

O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal e abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da ordem jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores ficam ao desamparo (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 429).

O fato é que, face ao abismo existente entre norma e realidade, o Judiciário brasileiro tem reduzido a complexa matéria dos grupos de sociedades ao mero questionamento de, no caso particular, em que ponto a subsidiária manteve a sua autonomia. As decisões judiciais que evocam a desconsideração da personalidade jurídica são quase sempre amparadas numa série de metáforas que nada definem, além de não serem raros os casos em que situações idênticas foram decididas com soluções diversas, criando uma insegurança jurídica insustentável.

É ainda mais danosa a aplicação da técnica desconsiderante nos casos que envolvem a falência. O STJ tem desconsiderado a personalidade jurídica da sociedade falida não apenas para atingir o patrimônio das demais sociedades pertencentes ao grupo em virtude da prática de atos que importem no desvio patrimonial da sociedade em estado pré-falimentar, mas para, além disso, estender os efeitos da falência a estas sociedades.

O jurista Jorge Lobo (2009a) esclarece que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quando bem aplicado, apenas impõe a completa e total reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros, punindo o sócio ou acionista que usou, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros. Daí que, a rigor, eventual desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida não deve implicar na extensão da falência aos seus sócios, mas apenas no dever destes em adimplir determinada obrigação contraída pela pessoa jurídica. O autor relata, no entanto, que na prática o estabelecimento é lacrado, as atividades paralisadas, os bens e direitos arrecadados, custodiados e avaliados, os administradores são imediatamente afastados da direção da sociedade, perdendo o direito de gerir os bens sociais e deles dispor e as dívidas da sociedade vencem antecipadamente.

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) acrescentam que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica na falência é inadequada por motivos teleológicos, eis que a desconsideração destina-se justamente a assegurar a continuidade da atividade empresarial, o que é antagônico ao próprio conceito de falência, sendo equivocada a extensão dos efeitos da falência às demais sociedades pertencentes ao grupo através da desconsideração da personalidade jurídica, provocando a sua verdadeira “quebra”.

Observa-se, por derradeiro, que a atribuição de responsabilidade intragrupal por meio da desconsideração da personalidade jurídica decorre frequentemente de um senso de justiça particular dos julgadores, sem qualquer critério objetivo, nos casos em que consideram inaceitável a aplicação rígida dos princípios da autonomia da pessoa jurídica e da responsabilidade limitada do sócio. Para tanto se valem de conceitos vagos (mero instrumento, simulação, sociedade de fachada etc.) para expor de forma velada os sentimentos particulares quanto ao dogma da limitação da responsabilidade no âmbito dos grupos de sociedades, sendo impossível prever com qualquer grau de segurança em quais ocasiões o Tribunal irá atribuir responsabilidade à sociedade controladora por atos praticados pelas subsidiárias e vice-versa.

Permanece, portanto, indefinido o critério utilizado pelo STJ para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades e consequente atribuição da responsabilidade intragrupal.

5.8 Teoria da Aparência

Conforme lição de Vitor Kümpel (2007), só se cabe falar de aparência jurídica nas hipóteses em que o negócio jurídico que se exterioriza não é coincidente, *prima facie*, com a realidade (p. 54).

J. Lamartine Oliveira (1979), por sua vez, explica que sendo aplicável a teoria da aparência não há que se falar em subsidiariedade por ato praticado por terceiro. Neste caso, quem criou a aparência responde por ato próprio.

Nos casos de demonstração de incidência da teoria da aparência ou do princípio que veda o *venire contra factum proprium* (inclusive quando essa invocação incida em casos de mistura de negócios e patrimônios), não há por que invocar o princípio da subsidiariedade: quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio (OLIVEIRA, 1979, p. 611).

Em casos de responsabilidade intragrupal a aplicação da teoria da aparência tem lugar, portanto, quando a sociedade se mostra ao terceiro de boa-fé como parte, mas a formalização do negócio se dá com outra sociedade do grupo. Neste caso, a sociedade controladora que aparentemente era parte do negócio jurídico, pode ser acionada para cumprimento da obrigação ou indenização de eventuais danos advindos da operação.

Entende-se, portanto, que a jurisprudência do STJ tem aplicado corretamente a teoria da aparência nos casos em que as instalações do banco líder do conglomerado financeiro é utilizada por pessoa jurídica diversa, mas integrante do mesmo grupo, para celebrar contratos diretamente com o consumidor.

Nem todos os litígios que envolvem a responsabilidade intragrupal, contudo, podem ser solucionados por meio da aplicação da Teoria da Aparência, haja vista que em boa parte dos casos a sociedade-membro já se mostra para a comunidade como sociedade autônoma, parte de um grupo, não gerando qualquer equívoco ao terceiro contratante.

É possível identificar na jurisprudência do STJ, no entanto, casos em que, inobstante os julgadores tenham evocado a teoria da aparência para atribuição de responsabilidade intragrupal, os critérios de aplicabilidade e consequências jurídicas do instituto não foram corretamente observados. O Recurso Especial nº 1021987, cuja ementa foi colacionada no item 6.1 acima, é exemplo desta distorção.

No caso, o demandante pretendia atribuir à “Yahoo! Brasil” (sociedade controlada brasileira) a responsabilidade pelos danos sofridos em virtude da utilização de serviços disponibilizados pela “Yahoo! Inc.” (controladora americana). Na solução do litígio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (órgão julgador de segunda instância) havia evocado o art. 28, §2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) como fundamento legal para aplicação da teoria da aparência, o que foi confirmado pelo STJ. Vale lembrar que o referido dispositivo consumerista estabelece que “as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são *subsidiariamente* responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código” (BRASIL, 1990). Houve, no entanto, notória confusão no acórdão entre o instituto da subsidiariedade previsto pelo CDC e a Teoria da Aparência. Explica-se:

Ao fundamentar a decisão no art. 28, §2º do CDC, os julgadores reconheceram a “Yahoo! Inc.” (controladora americana) como real responsável pelo dano, sendo a “Yahoo! Brasil” (controlada brasileira) responsável apenas de forma residual (subsidiária), em virtude do inadimplemento da primeira, por expressa previsão legal. *A contrario sensu*, reconhecendo ser hipótese de aplicação da teoria da aparência, os julgadores apontam a “Yahoo! Brasil” (controlada brasileira) como real responsável pelo dano, por ter criado no consumidor a ilusão de estar com ela contratando. De fato, como asseverou J. Lamartine Oliveira (1979) “quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio” (p. 611).

Daí que, ao utilizar o CDC como fundamento legal para a aplicação da teoria da aparência, o STJ demonstrou não estar atento aos delineamentos e consequências jurídicas do instituto, tendo se contradito ao reconhecer, num mesmo julgado, ora a controladora americana, ora a controlada brasileira como real responsável pelo dano.

Observe-se, ainda, que a aplicação do art. 28, §2º do CDC ou da teoria da aparência influi diretamente na regularidade da formação da relação processual. No primeiro caso, a controladora americana, como real responsável pelo dano, deveria constar necessariamente do

polo passivo da demanda e a controlada brasileira apenas seria acionada a cumprir com a obrigação caso a primeira viesse a tornar-se inadimplente. Entendendo-se por aplicável a teoria da aparência, no entanto, a controlada brasileira era parte legítima para responder o processo, sendo mesmo dispensável a presença da controladora americana no polo passivo da demanda.

O que salta aos olhos, portanto, é que diante da incompetência da justiça brasileira para julgar a sociedade americana por ato praticado em território estrangeiro (inteligência do art. 88 do CPC), a solução foi evocar a teoria da aparência para fins de considerar a “Yahoo! Brasil” como devedora principal, parte legítima para figurar no polo passivo do processo. Os julgadores deixaram de observar, contudo, que o art. 28, §2º do CDC não se presta como fundamento legal para a teoria da aparência.

Outro ponto que deve ser observado é que a aplicação da teoria da aparência apenas pode ser evocada pelo consumidor que de boa-fé acreditou estar contratando com determinada sociedade empresarial quando, na verdade, a relação jurídica se estabeleceu com outra. No caso em tela, a autora requer indenização por danos morais por ter tido a sua imagem exposta indevidamente em anúncio veiculado pelo site <http://geocities.com/lidysantana/>, o qual foi criado por uma terceira pessoa utilizando-se de um serviço oferecido pela “Yahoo! Inc.”. Ou seja, a relação contratual se estabeleceu entre o terceiro criador do site e a “Yahoo! Inc.”. Neste sentido, se alguém foi ludibriado pela aparência, tendo se utilizado dos serviços da controladora americana pensando estar celebrando negócio jurídico com a controlada brasileira, este alguém foi o terceiro responsável pela criação do site e não a demandante que teve a sua imagem exibida de forma imprópria. Daí que, de qualquer forma, entende-se que a teoria da aparência não se aplicava ao caso em tela.

5.9 Teoria da Simulação

Fábio Comparato e Calixto Salomão (2014) asseveram que a simulação consiste basicamente na discrepância entre a vontade declarada e a vontade real das partes (ambas) na tentativa de esconder de terceiros o fim real e prático por elas visado. É classificada pela literatura jurídica como vício de vontade e não como um vício de consentimento. A legislação previu ser a

simulação caso de nulidade, vício este que, no entendimento dos autores, não poderá ser alegado pelas partes, mas apenas por terceiros⁴⁸.

Os autores ressaltam que é inadequada a utilização da teoria dos atos simulados ou dos negócios indiretos no campo societário, porquanto apenas se é possível declarar a nulidade de um ato específico, mas nunca de uma atividade (série de atos encadeados e ordenados a um fim). “Por isso fala-se na doutrina brasileira normalmente de atividade irregular e não de atividade nula” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 384).

Ressaltam, ainda, que para a literatura jurídica italiana moderna, a utilização da teoria dos atos implicaria em eliminar a sociedade do mundo jurídico, o que vai de encontro à própria ideia de preservação da empresa. A pessoa jurídica, uma vez criada (registrada) existe e é válida, não significando que ela é simulada por ter sido utilizada para consecução de fins incompatíveis com o ordenamento.

Assim, diferentemente da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e da Teoria da Aparência que, observados certos critérios, podem ser utilizadas como fundamento para responsabilização de sociedade pertencente a grupo, entende-se que a Teoria da Simulação é de todo inadequada.

5.10 Fraude Contra Credores

A fraude contra credores é instituto de direito material regulado no ordenamento jurídico brasileiro pelos artigos 158 a 165 do CC/02.

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles (BRASIL, 2002).

⁴⁸ Existe divergência quanto à interpretação do art. 167 do Código Civil. Calixto Salomão Filho (2014), no entanto, entende que tal artigo tem os mesmos efeitos práticos que o art. 104 do Código Civil de 1916, ou seja, que a simulação não é invocável entre os contraentes.

A anulação do negócio decorrente da fraude contra credores verifica-se aplicável apenas nos casos em que o devedor originário encontra-se em estado de insolvência ou na iminência de sê-lo, e desfaz do seu patrimônio antes que os credores tenham ajuizado ação de cobrança de seus créditos, a fim de frustrar a execução. A prática tem por objetivo prejudicar credores específicos e tem por pressupostos o dano ocasionado e a fraude.

Ocorre que a organização da atividade empresarial em grupo não pode ser considerada, *a priori*, fraudulenta, eis que legitimada pelo direito brasileiro. A organização em grupo justifica-se, ainda, como forma de se alcançar uma melhor eficiência administrativa e econômica, não podendo, em situações normais, ser acusada de destinar-se unicamente a frustrar a execução de um crédito específico. Não se verifica, ainda, na maior parte dos casos, a diminuição do patrimônio da subsidiária. E mesmo que houvesse diminuição de patrimônio, seria necessário provar-se que tal diminuição foi empreendida com ânimo de prejudicar o credor, com intenção fraudulenta.

Dessa forma, a atribuição de responsabilidade intragrupal por meio da aplicação da fraude contra credores, é técnica que dificilmente reunirá requisitos de aplicabilidade.

6 CONCLUSÃO

Sobressai do presente trabalho que os grupos de sociedades possuem atualmente extrema relevância na economia global, sendo o desenvolvimento da atividade empresarial por grandes conglomerados uma realidade sem volta. A participação em grupos, sobretudo transnacionais, está diretamente relacionada com uma maior eficiência econômica no desenvolvimento da atividade empresarial e com o aumento dos níveis de renda dos países sede.

A análise dos ordenamentos societários vigentes, entretanto, revelou que os sistemas jurídicos não evoluíram no mesmo ritmo da realidade econômica. Os regramentos societários são, ainda hoje, fortemente arraigados no modelo de empreendimentos unissocietários. Daí que, embora o direito comercial tenha surgido em acorde com a realidade de um mercado livre e difundido, ele não acompanhou a evolução da economia que progrediu para um contexto de empreendimentos cada vez maiores e mais concentrados. O surgimento dos grupos de sociedades no cenário econômico atual abalou drasticamente o equilíbrio interno da sociedade idealizado pelo modelo jurídico clássico, ficando prejudicado não apenas o postulado da separação de poderes, mas da própria soberania administrativa, o que põe em risco especialmente os interesses dos acionistas minoritários e credores. Isto em contraste com o modelo clássico idealizado para a sociedade autônoma cria uma grande lacuna entre direito e realidade.

Verificou-se, também, que todos os critérios regulatórios até então adotados pecam justamente por não reconhecer o caráter híbrido dos grupos de sociedades. Se o modelo clássico das sociedades independentes é inadequado por ignorar o controle que inevitavelmente, em maior ou menor grau, está presente em todos os grupos de sociedades, a falha dos sistemas alternativos que atribui responsabilidade intragrupal automática está em se ignorar a diversidade entre as sociedades do grupo. Ambos os modelos, ao adotar uma solução única para todos os grupos, negligenciam não apenas o princípio da autonomia patrimonial como também as diversas formas de organização em grupo possíveis, desde a mais centralizada até as que preservam a independência gerencial das subsidiárias. No que tange ao modelo misto idealizado pelo sistema germânico, o mesmo também se mostrou imperfeito por tentar separar os grupos centralizados dos descentralizados de forma artificial, como se nos grupos existisse sempre ou completa autonomia ou controle absoluto.

Foi possível constatar, ainda, que as estruturas de grupo estarão sempre organizadas em algum ponto entre a autonomia total e o controle absoluto, sendo estes apenas os dois polos extremos e ao mesmo tempo indispensáveis à estrutura do grupo, razão pela qual é impossível determinar em termos gerais o grau de centralização de um grupo de sociedades, bem como definir uma linha limítrofe entre grupos centralizados e descentralizados. O grau de centralização apenas pode ser determinado considerando um relacionamento concreto da sociedade controladora com suas subsidiárias a depender da forma específica que foi distribuído o poder e organizada a estrutura administrativa no grupo.

Com relação ao regramento brasileiro em matéria de responsabilidade intragrupal, apurou-se que o mesmo está fortemente amparado no dogma da autonomia patrimonial, tendo o legislador nacional optado por manter a independência jurídica das sociedades em relação ao grupo e não atribuindo qualquer responsabilidade à controladora pelos débitos de suas subsidiárias e vice-versa. A visão clássica das sociedades pertencentes a grupo como entidades autônomas e independentes, entretanto, se afasta tão amplamente da sua realidade econômica que por reiteradas vezes os tribunais têm reconhecido a responsabilidade intragrupal quando verificam que a legislação vigente falha em implementar as políticas e objetivos de áreas específicas do direito (falencial, consumerista etc.).

Averiguou-se, ainda, que na tentativa de diminuir o abismo entre norma e realidade, o Judiciário brasileiro, em especial o STJ, tem-se utilizado de remédios criados para o fenômeno do “controle individual”, tais como a desconsideração da personalidade jurídica, simulação, teoria da aparência, fraude contra credores etc., equiparando a formação dos grupos às hipóteses de “controle abusivo” para fins de atribuição de responsabilidade intragrupal. Ignora-se com frequência, no entanto, que o exercício do controle pela sociedade-mãe é característica típica deste tipo de organização empresarial, necessária para o seu funcionamento interno e *modus operandi*, não correspondendo a uma conduta fraudulenta motivada na intenção de enganar.

Embora bastante instrutivas, as tentativas jurisprudenciais de se identificar os critérios de imposição de responsabilidade intragrupal, longe de esclarecer têm dissipado ainda mais a sua imprecisão, sendo vagos e imprecisos. O próprio conceito de confusão patrimonial que é utilizado como principal critério para atribuição de responsabilidade é por si só muito

rudimentar, mesmo porque tem sido identificado com base na demonstração de vários aspectos administrativos e organizacionais do grupo, cuja importância não foi previamente estabelecida, com aplicação de forma bastante casuística. O fato é que, questões cruciais das quais depende toda a operabilidade prática e segurança jurídica permanecem sem resposta: O peso que a qualificação do grupo como uma unidade empresarial possui para propósitos jurídicos, por exemplo, é um questionamento que permanece sem resposta. Da mesma forma, o ponto nodal de uma integração econômica que permite qualificar um grupo como um negócio único exposto a um tratamento jurídico unitário e responsabilidade conjunta pelos atos praticados pelos membros do grupo também não foi determinado pelo Judiciário.

Ademais, a análise dos julgados do STJ demonstrou que o problema de se desenvolver jurisprudencialmente uma “nova regra” para a questão da responsabilidade intragrupal é que por diversas vezes a autonomia jurídica conferida por lei às sociedades do grupo é desconsiderada ou manipulada pelos julgadores para obtenção do resultado que lhes parece mais conveniente, sem observar os critérios de aplicabilidade e consequências jurídicas decorrentes dos remédios evocados como fundamento do *decisum*.

Por todo o exposto, entende-se que a responsabilidade intragrupal é um problema que decorre da inadequação da norma vigente à realidade econômica dos grupos, não podendo ser corrigido casuisticamente através de técnicas apenas aplicáveis em casos excepcionais como tem pretendido o Judiciário brasileiro, sob pena de se negar vigência às normas do ordenamento jurídico brasileiro que expressamente preveem a possibilidade de organização em grupo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório**. Revista Direito GV 2, v. 1, n. 2, p. 029-068, jun/dez, 2005.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law : an international and comparative perspective**. Deventer : Kluwer Law International, 1994.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os Grupos de sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**. 1.ed. Coimbra: Almedida, 1993.

BALBINO, Paulo de Carvalho. **A extensão dos Efeitos da Sentença Falimentar: Pressupostos e Aplicação**. 2009. 88f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), Universidade Federal de Minas Gerais, Curso de Pós Graduação, Belo Horizonte.

BRASIL (1943). **Decreto-Lei n. 5.452**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho: Publicado em 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (1974), **Lei n. 6.151**. Dispõe sobre o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para o período de 1975 a 1979: publicada em 4 de dezembro de 1974. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6151.htm. Acesso em 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL (1976). **Lei n. 6.404**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Publicada em 15 de dezembro de 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (1990). **Lei n. 8.078**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada em 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (1998). **Lei n. 9.605**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Publicada em 12 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 30 de setembro de 2014.

BRASIL (2002). **Lei n. 10.406**. Institui o Código Civil: Publicada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (2005). **Lei n. 11.101**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária: Publicada em 9 de fevereiro de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (2007). **Lei 11.638**. Estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras da LSA. Publicada em 28 de dezembro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm. Acesso em 23 de julho de 2014.

BRASIL (2009). **Lei 11.941**. Altera a Lei de Sociedades Anônimas: Publicada em 27 de maio de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (2010). **Decreto 7.212**. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI: publicada em 15 de junho de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm. Acesso em 22 de julho de 2014.

BRASIL (2011). **Lei n. 12.529**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Publicada em 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Ministério da Fazenda (1976). **Exposição de Motivos nº 196**. Brasília. 24 jun 1976. Disponível em http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Ministério da Fazenda, Ministério Público, Ministério da Agricultura, Advocacia Geral da União (2008). **Exposição de Motivos Interministerial nº 161/2008**. Brasília. 03 out 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Exm/EMI-161-MF-MP-MAPA-AGU-mpv449.htm. Acesso em 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2002). Legitimidade passiva da empresa corretora de seguros (BB Corretora de Seguros), integrante do mesmo grupo a que pertence a companhia seguradora integrante do grupo (Aliança Brasil), para responder à ação de cobrança. **Recurso Especial nº 331465 RO**. Recorrente: BB Corretora de Seguros e Administradora de Bens S/A. Recorrido: Viviane Vidal. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DJ 08 abr 2002. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200100714162&dt_publicacao=08/04/2002. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2003). Ação de indenização. Acidente de trabalho em estiva. Legitimidade de parte. Grupo empresarial. Alteração no polo ativo. Possibilidade, nas circunstâncias do caso concreto. Nova citação efetuada. Cerceamento de defesa inexistente. Súmula n. 7-STJ. **Recurso Especial nº 418717 CE**. Recorrente: V Castro e Companhia Ltda. Recorrido: Noeme Maria Santos de Lima. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DJ 23 jun 2003. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=484538&sReg=200200271846. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2009). Responsabilidade civil. Antecipação de tutela. Retirada de página da rede mundial de computadores. Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Alegada responsabilidade da sociedade controladora, de origem estrangeira. Possibilidade da ordem ser cumprida pela empresa nacional. **Recurso Especial nº 1021987 RN**. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrido: Lidiane de Souza Santana. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DJ 09 fev 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=823695&sReg=200800024438&sData=20090209 . Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2011a). Falência. Extensão de efeitos. Sociedades coligadas. Possibilidade. Ação autônoma. Desnecessidade. **Recurso Especial nº 1259018 SP**. Recorrente: Agrícola Rio Turvo Ltda. Recorrido: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda - Massa Falida. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DJe 25 ago 2011. RT vol. 915 p. 437.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2011b). Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Cabimento. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Divisão meramente formal. Citação das demais empresas. Dispensa. Reconhecimento de que, na prática, se tratava do mesmo organismo empresarial. **Recurso Especial nº 907915 SP**. Recorrente: Indústrias Reunidas São Jorge S/A e Outro. Recorrido: Real Amadeo Advogados Associados. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJe 27 jun 2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602642159&dt_publicacao=27/06/2011 . Acesso em 23 de julho de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2012). Empresarial. Processo civil. Desconsideração da personalidade jurídica. Cumprimento de sentença. Reconhecimento de grupo econômico. Revisão dos fatos autorizadores. Súmula nº 7/STJ. Nulidade por falta de citação afastada. Efetivo prejuízo para a defesa não verificado. **Recurso Especial nº 1253383 MT**. Recorrente: SM Construtora Ltda. Recorrido: Marcio Camilo de Campos. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DJe 05 out 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100750970&dt_publicacao=05/10/2012 . Acesso em 21 de julho de 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas** : Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2011. 2. ed. atual. 2003. V. 4 t. 2

COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. rev. atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DEABORN, Meredith. **Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups**. California Law Review, v. 97, 2009, p. 195-261.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa** : Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de**

responsabilidade limitada. 2008. 213f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Empresômetro - Perfil Empresarial Brasileiro: Análise do Primeiro Quadrimestre de 2014**, Amaral, Gilberto Luiz do et al (Coord.), Curitiba, 2014. Disponível em <http://www.empresometro.com.br/Content/Files/Estudos/40526EstudoEmpresometro.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2014.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Teoria da Aparência no Novo Código Civil de 2002.** Col. Prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método Editora, 2007.

LOBO, Jorge. **A extensão dos Efeitos da Falência de sociedade controlada à controladora.** Jornal Gazeta Mercantil, São Paulo, 23, 24 e 25 set. 2008. Coluna Opinião.

LOBO, Jorge. **Direito dos Grupos de sociedades.** Doutrinas Essenciais : Direito empresarial: direito societário, v. 2 / Arnaldo Wald, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153-187.

LOBO, Jorge. **Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 74-86, jan/mar, 2009a.

LOBO, Jorge. **Grupo de Sociedades e a Extensão da Falência.** Jornal Valor, Caderno Legislação e Tributos, Rio de Janeiro, 13 de abril de 2009b, f. E2.

LOBO, Jorge. **Grupo de Sociedades.** Rio de Janeiro, 1. ed., Editora Forense, 1978.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades.** 2011. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de sociedades.** Revista de Direito Mercantil, São Paulo, Ano XLIII, n. 134, p. 25-47, abr/jun, 2004.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

PAES, José Eduardo Sabo. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Responsabilidade dos Administradores.** Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 93-100, jan./jun. 2002.

PEREIRA, Geailson Soares. **O direito como sistema autopoietico.** Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011.

PRADO, Viviane Muller. **Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976.** Revista Direito GV 2, v. 1, n. 2, p. 5-27, jun/dez, 2005.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Aspectos da Societas Romana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 627 - 649 jan./dez. 2006.

STRASSER, Kurt A.; NICHOLAS, L. Georgakopoulos; e GOUVIN, Eric J. **The Law of Corporate Groups: Jurisdiction, Practice, and Procedure**. New York, NY: Aspen : Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

TEUBNER, Gunther. **“Unitas Multiplex”**: A organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV 2, v. 1, n. 2, p. 77-109, jun/dez, 2005.

UNCTAD, (2002). **World Investment Report 2002**: Transnational Corporations and Export Competitiveness, ONU, New York and Geneva.

UNCTAD, (2008). **World Investment Report 2008**: Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge, ONU, New York and Geneva.

UNCTAD, (2013). **World Investment Report 2013**: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, ONU, New York and Geneva.

UNCTAD, **Training Manual on Statistics for FDI and the Operations of TNCs**, ONU, New York and Geneva, 2009.

VALOR GRANDES GRUPOS. São Paulo: Valor Econômico, 2013. Anual

WARD JUNIOR. Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios**: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Empresômetro - Perfil Empresarial Brasileiro**: Análise do Primeiro Quadrimestre de 2014, Amaral, Gilberto Luiz do et al (Coord.), Curitiba, 2014. Disponível em <http://www.empresometro.com.br/Content/Files/Estudos/40526EstudoEmpresometro.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2014.

ANEXOS**ANEXO I - RANKING DOS 200 MAIORES GRUPOS QUE ATUAM NO BRASIL**

**ANEXO II – ESTATÍSTICA LEVANTADA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE
PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO DEMONSTRANDO O NÚMERO DE
EMPREENDIMENTOS EMPRESARIAIS REGISTRADOS NO BRASIL POR
NATUREZA JURÍDICA**

