

GUSTAVO SAAD DINIZ

# GRUPOS SOCIETÁRIOS

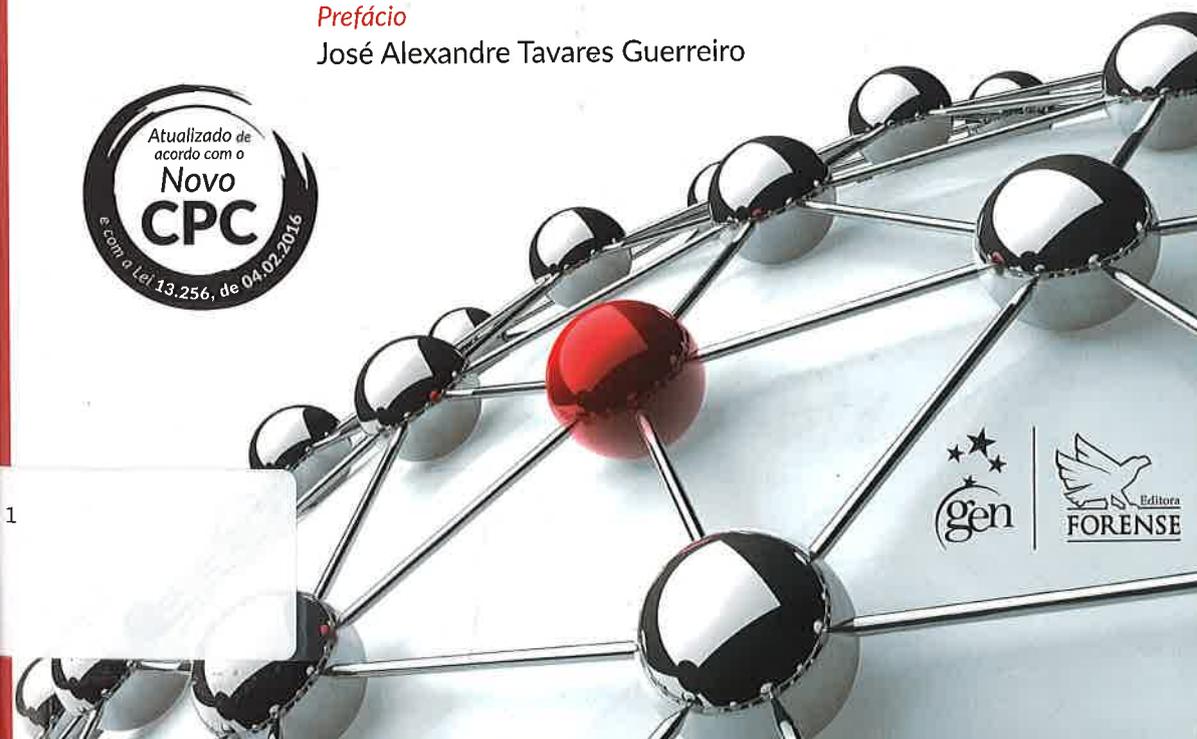
DA FORMAÇÃO À FALÊNCIA

*Prefácio*

José Alexandre Tavares Guerreiro



1





O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em [www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br).

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

GUSTAVO SAAD DINIZ

# GRUPOS SOCIETÁRIOS

## DA FORMAÇÃO À FALÊNCIA



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ Fechamento desta edição: 21.06.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D611g

Diniz, Gustavo Saad

Grupos societários: da formação à falência / Gustavo Saad Diniz. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-7123-6

1. Direito empresarial – Brasil. 2. Sociedades comerciais – Brasil. 3. Falência. I. Título.

16-33072

CDU: 347.7(81)

À minha família, que sempre me apoia nos períodos  
de abdicação acadêmica.

Percebe-se – tal qual ocorrido no âmbito trabalhista – que nesse sensível ponto da tutela da concorrência o legislador se descolou do modelo de grupos societários regidos pelo CC e pela LSA, para trabalhar com categorias mais amplas, que denominou *grupo de empresas*, ou *grupo econômico*, ou *conglomerado*, que são *tipos* tratados indistintamente pelo legislador para cuidar de todos os agrupamentos – societários ou não – em que haja ligação fática entre os agentes econômicos envolvidos na operação, seja por participações societárias, seja ainda por coligações ou redes contratuais. Tal medida de política legislativa traz maior alcance ao regulador da concorrência, mais na linha do § 15 da *AktG* [i. 2].

Em matéria tributária, o CTN não especifica conceito para grupos e, por força do art. 110, a “lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”. Os conceitos de direito privado são aproveitados para a definição do responsável tributário ou por eventual imputação de responsabilidade. Assim, a extensão de efeitos do pagamento de tributos para estruturas grupadas segue preceitos da LSA, além de categorias como sucessão ou dissolução irregular, sem maiores perquirições. No CTN, não há dispositivo específico para imputação de responsabilidade para sociedades do grupo, inclusive em relação à identificação do controle, deixando a responsabilidade tributária individualizada no sujeito passivo. Cabe ressaltar nesse tema, todavia, o art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, prevendo tratamento unitário nos seguintes termos: “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”. Portanto, os tributos com natureza de contribuições para o custeio da Previdência Social geram *solidariedade* entre sociedades em grupo de fato e de direito, independentemente da autonomia entre as pessoas jurídicas.

Seguindo essa linha, extremada ao ponto das coligadas, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, também adotou a *solidariedade* entre “as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas”, responsabilizando todas pela obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano<sup>171</sup>.

Assim, confirma-se o paradoxo de se proclamar a separação entre as unidades do grupo, atribuindo-se-lhes tratamento unitário em determinados

<sup>171</sup> LIMA, Mikael Martins de. Breves notas sobre os aspectos societários da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”). *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, ano X, n. 56, p. 95-105, Abril-Maio/2014. p. 101.

setores e matérias para considerar a responsabilidade de todas as unidades pelos débitos. Percebe-se, por vias tortas, que se segue a tendência de prevalecer a aplicação indistinta da desconsideração da personalidade jurídica para “decretar responsabilidade solidária entre todas as sociedades participantes”<sup>172</sup>.

A realidade acaba sendo bem distinta da autonomia e refutação da unidade nos grupos de fato – os que realmente existem no Brasil – já que as sociedades em grupo atuam com unidade econômica moldada pelo controle comum, tratando do que Viviane Müller Prado chamou de “forma de exercício do poder de controle”<sup>173</sup>, que poderá ser da sociedade conduzindo as demais componentes de forma unitária (moldando o grupo) ou de forma isolada (mero controle)<sup>174</sup>.

Esse paradoxo constatado não é exclusividade do direito brasileiro. Pertence-nos a forma indiscriminada de eleição de categorias jurídicas protegidas por uma unidade que desconsidera formalmente a separação entre os componentes de um grupo. Ainda não se construiu categoria jurídica específica para essa antinomia aparente tampouco foi eleito critério para diferir grupo de sociedades de grupo econômico e neles encontrar o fundamento específico de proteção do interesse a ser tutelado. Falta-nos, de certa forma, construir a ponte<sup>175</sup> que a doutrina alemã faz entre a pluralidade (*Vielheit*) e a unidade (*Einheit*), por meio de responsabilidade do grupo por lealdade (*Konzernvertrauenhaftung*), sofisticada por Wiedemann [i. 1.2]. Tal posição é refutada por Marcus Lutter no direito alemão, afirmando que as compensações, apesar de obsoletas, já corrigiriam o problema da tutela do crédito e não descaracterizariam a pluralidade societária<sup>176</sup>. De certa maneira, entretanto, a lealdade perpassa o sistema de garantias previsto na lei alemã e, no caso brasileiro, como não temos bem definidas as compensações e optamos por sistema de reparação, a responsabilidade por lealdade quanto a terceiros é fundamento imanente, que consideraria a massa de responsabilidade e uni-

<sup>172</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 319.

<sup>173</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 155.

<sup>174</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 155-156.

<sup>175</sup> THEISEN, Manuel René, op. cit., p. 634.

<sup>176</sup> LUTTER, Marcus. Haftung aus Konzernvertrauen? In: SCHÖN, Wolfgang (coord). *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1997. p. 239-244. Textualmente, ele afirma: “Konzernvertrauen – als Stichwort, soweit ersichtlich, erstmals von E. Rehlinger ins Gespräch gebracht – ist mithin als eigene und allgemeine Haftungskategorie nachdrücklich abzulehnen” (op. cit., p. 241). Seguindo a escola Lutter e proclamando razão do respeitado autor: DRUEY, Jean Nicolas. Konzernvertrauen. In: SCHNEIDER, Uwe (et. al.) (coord.). *Festschrift für Marcus Lutter*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000. p. 1.069-1.082.

dade econômica de atuação como determinantes de superação da separação entre as pessoas jurídicas. Procura-se identificar a unidade responsável quando ocorrer solução insatisfatória de imputação contra a pessoa que se obrigou perante credores, servindo tal categoria como fundamento não só para a desconsideração da personalidade jurídica<sup>177</sup>, mas para a definição de imputação pelo descumprimento de deveres societários.

#### 4. GRUPOS DE DIREITO

Quando o direito positivo brasileiro trata da concentração empresarial de grupo, somente o faz pela previsão dos grupos de direito, regulados pelos arts. 265 a 268 da LSA<sup>178</sup>. Os grupos fáticos seriam decorrência de relações de controle e coligação, previstas nos arts. 243 a 250 da LSA e 1.097 a 1.101 do CC. Portanto, serão grupos de direito as sociedades organizadas por meio do negócio jurídico típico da convenção “pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns” (art. 265 da LSA). Tal instrumento de formação da sobreorganização societária deverá ser registrado na Junta Comercial para a produção dos efeitos pretendidos (cumprindo-se, ainda, as exigências dos arts. 269 a 271 da LSA).

O contrato do grupo fixa a independência entre as unidades, mas também disciplina a proveniência do controle do grupo, já que na convenção deve ser identificada a sociedade brasileira controladora ou de comando e com função de “exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle” (art. 265, § 1º, da LSA)<sup>179</sup>, além da indicação das sociedades filia-

<sup>177</sup> THEISEN, Manuel René, op. cit., p. 634.

<sup>178</sup> Uma nota prática se justifica: em razão de custos de transação elevados, problemas de sucessão empresarial e até por conta de desvantagens tributárias, é pouco utilizada a estrutura de grupos de direito na forma da LSA, conforme apropriada advertência feita por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa já no curso próprio para a graduação (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 696). Com extenso rol de motivos de pouca utilização dos grupos de direito: VIO, Daniel de Avila, op. cit., p. 267-268 e 271-276.

<sup>179</sup> Entende Modesto Carvalhosa que há administração própria para o grupo, autônoma em relação aos administradores das sociedades subordinadas à convenção (CARVALHOSA, Modesto, *Comentários...*, op. cit., p. 325, 352 e 369. Sobre o tema, Mauro Penteado criticou decisão da Junta Comercial que negou registro de eleição de diretores de controlada na forma de convenção do grupo: PENTEADO, Mauro Rodrigues. Eleição de administradores em sociedades filiadas a grupos societários. *Revista de Direito Mercantil*, ano XIX, n. 40, Outubro-Dezembro/1980. p. 164-166). Todavia, fosse esse o modelo utilizado na prática, a proveniência de condução ad-

das, condição de participação das diversas sociedades, órgãos e cargos de administração do grupo. Tal aspecto justifica a necessidade de definição da estrutura administrativa da sobreorganização [i. 4.1], até mesmo para que haja regras claras às controladas a respeito dos limites do exercício do poder da controladora. É preciso ainda ressaltar, com valioso estudo de José Alexandre Tavares Guerreiro, que a sociedade controlada pode ter seu interesse submetido àqueles do grupo de direito, com esforços em benefício do coletivo de sociedades que incluem até mesmo aplicação de recursos financeiros em troca de remuneração<sup>180</sup>. Pressupõe-se, orienta Tavares Guerreiro, que “se essa mesma companhia se associa ao grupo, reconhece, *ipso facto*, a existência de vantagens decorrentes da associação”<sup>181</sup>.

Portanto, o contrato de sobreorganização do grupo tem função econômica mediadora e de contenção dos interesses, com garantias mínimas aos sócios (da controladora e da controlada) acerca da condução dos negócios do grupo.

A opção evidente do legislador foi de manter separação de personalidade e patrimônio entre as sociedades em grupo (art. 266 da LSA<sup>182</sup>). Pelo menos em princípio foi afastada a unidade patrimonial e foi mantida a singularidade entre as unidades do grupo em relação aos “objetivos operacionais”<sup>183</sup> e para atribuição de responsabilidade por débitos. Entretanto, os apontamentos seguintes indicarão a imprescindível evolução para o tratamento dos grupos, já que a LSA não entrou nessa matéria de proteção de credores pela solidariedade entre as sociedades grupadas, conforme explicaram Lamy Filho e Bulhões Pedreira na apresentação do Projeto da LSA:

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

ministrativa seria da sociedade controladora, com identidade de comando entre os administradores do grupo e sócios detentores do controle. Sobre o controle do grupo com o escopo distinto do objeto de cada sociedade: TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, op. cit., p. 772.

<sup>180</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das relações internas...*, op. cit., p. 309.

<sup>181</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das relações internas...*, op. cit., p. 309.

<sup>182</sup> “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.”

<sup>183</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 12. LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades...*, op. cit., p. 31 e 126-127. MARTINS, Fran. *Comentários...*, op. cit., p. 435.

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<sup>184</sup>.

Sobre essa situação, Fran Martins interpretou que há autonomia patrimonial, mas com interferência direta decorrente da supervisão da sociedade controladora, “ficando os patrimônios particulares das sociedades jungidos aos interesses do grupo”<sup>185</sup>. Ainda nessa ordem de raciocínio e apesar das críticas que tece ao modelo de responsabilidade solidária e ilimitada da sociedade controladora, Engrácia Antunes constatou movimentos no âmbito do direito comunitário europeu para que o controle societário seja penalizado em razão de uma “empresa unitária” formada pelo grupo<sup>186</sup>.

Essa separação constitui o tratamento básico dado aos problemas práticos nos Tribunais brasileiros. Exemplo desse isolamento entre as unidades do grupo pode ser dado com o REsp nº 828.114, determinando responsabilidade exclusiva de sociedade controlada por seus débitos<sup>187</sup>.

Basicamente, o tratamento unitário ocorre em temas como o direito do trabalho [i. 3], ou em situações específicas em que a jurisprudência afastou a personalidade jurídica de sociedade grupada com base na teoria da

<sup>184</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., p. 250. Também: MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\_Exposicao.asp>. Acessado em: 17/12/2013. Com severas críticas a essa omissão e os problemas da repercussão do art. 266 da LSA na doutrina: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 333. IRUJO, José Miguel Embid. *El derecho...*, op. cit., p. 32. PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 32.

<sup>185</sup> MARTINS, Fran. *Comentários...*, op. cit., p. 437.

<sup>186</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Estrutura...*, op. cit., p. 45.

<sup>187</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 828.114-PR. 3ª Turma. Relator Min. Ari Pargendler. j. 07/05/2007. RSTJ 207/290. No fundamento do voto, o Relator externou: “Ainda que a controladora e a controlada constituam um grupo de sociedades, não há confusão dos respectivos patrimônios. As sociedades participantes perdem apenas a autonomia gerencial em favor do interesse social previsto no estatuto do grupo (convenção). Na espécie, o tribunal *a quo*, sem estabelecer ato fraudulento das empresas e sequer a inexistência de bens próprios das executadas para a garantia da execução, desconsiderou a personalidade jurídica da controlada para atingir o patrimônio da controladora apenas pelo fato de constituírem as sociedades um grupo econômico”.

desconsideração. É o caso, por exemplo, do REsp nº 86.502-SP, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica em grupos quando a estrutura de fato ou de direito é formada para “elidir a responsabilidade por dívidas de seus integrantes”, com esvaziamento patrimonial de uma sociedade para outra de modo a frustrar credores<sup>188</sup>. O mesmo entendimento foi mantido no REsp nº 767.021-RJ, no qual se constata a inexistência de patrimônio para solver as dívidas de sociedade do grupo<sup>189</sup>.

#### 4.1. Natureza e função econômica do contrato de grupo

Há divergência sobre a natureza jurídica da convenção de grupo societário de direito e, por consequência, essa divergência repercute na identificação da função econômica do negócio jurídico.

Alguns sustentam ser contrato plurilateral, nos moldes da doutrina de Ascarelli, conforme fazem Modesto Carvalhosa<sup>190</sup> e Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>191</sup>, já que apresenta características marcantes de interesses confluentes para um escopo comum.

Há, ainda, a tese de que se trata de contrato com natureza de sociedade<sup>192</sup> ou de sociedade de segundo grau<sup>193</sup>, já que haveria elementos indicativos de contribuição para partilha de resultados (art. 981 do CC).

<sup>188</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 86.502-SP. 4ª Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 21/05/1996. RSTJ 90/280.

<sup>189</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 767.021-RJ. 1ª Turma. Relator Min. José Delgado. j. 16/08/2005.

<sup>190</sup> Para Carvalhosa, nesse negócio jurídico plurilateral, forma-se uma comunhão de interesses geradora de entidade de comando com patrimônio separado das componentes do grupo, conforme se deduz do art. 272 da LSA. Haveria natureza eminentemente obrigacional nesse arranjo do grupo de direito (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 325-326 e 329-330).

<sup>191</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Grupo de fato...*, op. cit., p. 370.

<sup>192</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., p. 250. GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 488. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das relações internas...*, op. cit., p. 306. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. III, op. cit., p. 522.

<sup>193</sup> LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano XXXVI, n. 107, p. 99-122, Julho-Setembro/1997. p. 111. O autor chega a sustentar a necessidade de atribuição de personalidade jurídica ao grupo, de modo a estabelecer solidariedade entre as sociedades participantes do agrupamento (p. 112-114). Também: LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades...*, op. cit., p. 33. Como sociedade de segundo grau sem personalidade jurídica: COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil*.

Em outra posição, alinham-se doutrinadores como Volker Emmerich e Mathias Habersack<sup>194</sup>, Karsten Schmidt<sup>195</sup>, Uwe Schneider<sup>196</sup>, Embid Irujo<sup>197</sup>, María Luisa de Arriba Fernández<sup>198</sup>, Engrácia Antunes<sup>199</sup> e, no Brasil, Viviane Müller Prado<sup>200</sup> e Clovis do Couto e Silva<sup>201</sup>, que sustentam ser um contrato de estruturação de nova *organização*, inclusive gerador de interesses paralelos aos dos sócios das controladas. Esse fundamento permite concluir que a sociedade controladora passa a ter poder de influência sobre a gestão das sociedades agrupadas e sob controle. Trata-se, ainda, da fixação de preceitos de balanceamento entre regras de garantia e regras de organização<sup>202</sup>.

Posicionamo-nos com essa última corrente.

A estrutura de um grupo de direito emoldura *sobreorganização societária*, já que a convenção do grupo engendra nova organização econômica e condução dos negócios do grupo visando a interesses que podem não ser coincidentes com aqueles do controlador, nem dos acionistas das unidades individuais, mas sim da própria organização grupada [i. 1.1]. Não se trata propriamente de criação de nova pessoa jurídica, mas sim de fenômeno fático-econômico de apreensão e organização de todos os fatores de produção sob controle, guardando autonomia entre as demais sociedades, que conservam personalidade e patrimônios distintos (art. 266 da LSA).

A delimitação das características desse negócio jurídico não é mero exercício de retórica. A amarração dos interesses, a identificação do controle,

São Paulo, ano XV, n. 23, p. 91-107, Abril-Junho/1984, p. 98. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 360. PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 33.

<sup>194</sup> EMMERICH, Volker; HABERSACK, Mathias, op. cit., p. 139-140. Para os autores, o contrato de domínio é de organização (*Organizationsverträge*), pois modifica a constituição da sociedade controlada, ao mesmo tempo em que estabelece obrigação de condução adequada dos negócios pela sociedade controladora.

<sup>195</sup> SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 491-501.

<sup>196</sup> SCHNEIDER, Uwe. *Der Auskunftsanspruch...*, op. cit., p. 1.193.

<sup>197</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *Algunas reflexiones...*, op. cit., p. 29. IRUJO, José Miguel Embid. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios...*, op. cit., p. 166.

<sup>198</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 231.

<sup>199</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 612. Para o autor, o contrato de subordinação de grupos de direito *contrato de organização* por "modificar significativamente a estrutura jurídico-organizativa e até jurídico-patrimonial das sociedades envolvidas" (op. cit., p. 614).

<sup>200</sup> PRADO, Viviane Müller. *Gruppi*, op. cit., p. 175.

<sup>201</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *Grupo de sociedades*, op. cit., p. 13.

<sup>202</sup> SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 491-492.

a condução dos negócios da sobreorganização grupada: todos esses fatores podem ser decisivos na extensão de efeitos da falência para sociedade em grupo. Ademais, ainda que ocorra subordinação da sociedade controlada, a convenção do grupo não pode contrariar direitos essenciais de acionistas (como direito à informação e a lealdade) e os "temperamentos da própria lei, que condiciona e delimita sua eficácia"<sup>203</sup>.

#### 4.2. Compensação de perdas financeiras

Além dos deveres acessórios de destaque das participações societárias em grupo nas rubricas específicas do balanço, ainda é importante destacar a compensação de perdas financeiras nos grupos de direito como importante obrigação imposta à sociedade controladora<sup>204</sup>. Parte-se do pressuposto de que as participações e os compromissos em custos, em receitas ou em resultados "poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo" (art. 276, *caput*, da LSA). Portanto, a sobreorganização formada a partir da convenção do grupo também determina a forma de partilha dos valores obtidos pela sinergia de organizações, com respeito aos estritos limites de proteção dos minoritários<sup>205</sup>.

A consequência do descumprimento da regra prevista na convenção é a responsabilidade de administradores do grupo e da sociedade de comando, conforme prevê o art. 276, § 3º, da LSA. Em outros termos, a opção do legislador foi resolver em perdas e danos eventual desajuste no cumprimento do planejamento financeiro do grupo, sendo essa a tutela dos sócios minoritários. Conclui-se, nesse ponto, que a opção nacional foi a de estabelecer proibição de favorecimento da controladora nos grupos de fato (art. 245 da LSA) e compensações em favor das controladas nos grupos de direito, sob pena de responsabilidade. Nesse raciocínio, conforme afirmam Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, algumas sociedades controladas, nos grupos de direito, terão comportamento variando entre centros de lucro (*profit centers*) ou centros de custo (*cost centers*)<sup>206</sup>, a depender da função exercida na sobreorganização.

Outro problema nessa matéria está na tutela do grupo de interesse dos credores, relegado a segundo plano quando a compensação de perdas financeiras da convenção do grupo é descumprida.

<sup>203</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, op. cit., p. 784.

<sup>204</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 281-297.

<sup>205</sup> Pelo próprio dispositivo do § 1º do art. 276 da LSA consideram-se minoritários "todos os sócios da filiada, com exceção da sociedade de comando e das demais filiadas do grupo".

<sup>206</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, op. cit., p. 774.

Observe-se que no modelo alemão de inspiração [i. 2], além da previsão de compensação de perdas dos §§ 302 e 311 *AktG* (respectivamente, para grupos de direito e de fato), a publicidade prevista nos §§ 20, 21, 22 e 312 *AktG* determina a realização de relatório com as perdas impostas pela dominante e as respectivas compensações à dependente.

Diferente foi a opção do direito português, porquanto tenha feito previsão que ultrapassou até mesmo os formalismos da inspiração do *Konzern* alemão. Afirma-se isso porque no art. 501º do CSC se encontra regra de responsabilidade subsidiária da sociedade diretora (controladora) pelos débitos da sociedade subordinada, anteriores ou posteriores ao contrato de subordinação. A contenção dessa regra geral se dá pela constituição em mora da sociedade diretora e pelo rito de conhecimento do processo – e não a execução – para a cobrança do valor.

## 5. GRUPOS DE FATO

Conforme dito, os grupos de fato hoje emolduram a realidade brasileira. Eles se qualificam a partir de composições fáticas – ou entidades econômicas com efeitos jurídicos, para usar a qualificação de Carvalho<sup>207</sup> – que demandam específica análise e cruzamento de participações societárias para identificação de situações de coligação e controle. Identificados os fatos, a LSA – secundada pelo CC – somente regula responsabilidade de administradores (art. 245 da LSA), responsabilidade da controladora (art. 246 da LSA), demonstrações financeiras (arts. 247 a 250 da LSA) e incorporação (art. 256 da LSA). Para o restante da regulação, o grupo de fato deve buscar as demais regras da LSA – ou seja, imperando regramento de sociedades individuais – e, supletivamente, do CC, naquilo que for aplicável.

Em função da omissão do CC nesse ponto, aplicam-se as regras da LSA para os grupos de fato em relação a algumas medidas e padrões para os grupos:

- (a) responsabilidade da sociedade controladora na condução dos negócios da sociedade controlada (art. 246 da LSA), pautando a conduta e penalizando o abuso de poder na forma dos arts. 116 e 117 da LSA;
- (b) os administradores devem elaborar relatório anual para indicar os investimentos em sociedades controladas e respectivas modificações em relação ao exercício anterior (art. 243, *caput*, da LSA)<sup>208</sup>;

<sup>207</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 7.

<sup>208</sup> Para Modesto Carvalho, o objetivo da regra é a publicidade, a consolidação das demonstrações financeiras e o afastamento da confusão patrimonial (CARVALHOSA,

- (c) a sociedade controladora deve esclarecer, no balanço do final de exercício, os investimentos relevantes em sociedades controladas (art. 247 da LSA), com avaliação feita pelo método da equivalência patrimonial (art. 248 da LSA e arts. 1º e 5º a 16 da Instrução CVM nº 247/1996)<sup>209</sup>;
- (d) os administradores das sociedades do grupo (controladoras, controladas e coligadas) têm o padrão de conduta delimitado no art. 245 da LSA e “não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado”, sob pena de responsabilidade. Ademais, “as operações entre as sociedades devem manter condições estritamente comutativas, como entidades isoladas”<sup>210</sup>, sob pena de responsabilidade pela celebração de negócios prejudiciais a controladas, controladoras ou coligadas<sup>211</sup>.

### 5.1. Coligação

A participação de capital em outra sociedade qualificada pela influência significativa<sup>212</sup> caracterizou a *coligação* no direito brasileiro, conforme regência do art. 243, § 1º, da LSA. Afastando o controle<sup>213</sup>, a influência significativa é

Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 6 e 38). Além disso, adverte: “o controle poderá ser exercido por sociedade com sede no País ou no exterior. Neste caso, a sociedade brasileira controlada deve expressar em seu relatório a participação que dela tenha a sociedade estrangeira” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 9).

<sup>209</sup> No conjunto de regras do IFRS (*International Financial Reporting Standards*) consistente no IAS nº 28/2011 (*Investments in Associates and Joint Ventures*), fixou-se a característica da influência significativa a partir de critérios como: (a) representação na diretoria da sociedade investida; (b) participação em processos de definição de políticas da sociedade, o que inclui distribuição de dividendos; (c) existência de negócios relevantes entre as sociedades relacionadas; (d) intercâmbio de pessoas no âmbito gerencial; (e) fornecimento de informações técnicas estratégicas (disponível em: <[http://www.cnc.min-financas.pt/\\_siteantigo/IAS\\_atualizacoes/IAS\\_28\\_Reg\\_2238\\_2004.pdf](http://www.cnc.min-financas.pt/_siteantigo/IAS_atualizacoes/IAS_28_Reg_2238_2004.pdf)>. Acessado em: 02/01/2014).

<sup>210</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., p. 246 e 97. Também: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 30-32. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A.*, v. III, op. cit., p. 355.

<sup>211</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 33.

<sup>212</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 44.

<sup>213</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano L, n. 159/160, p. 39-52, Julho-Dezembro/2011. p. 46-47.

delimitada pelo § 4º do mesmo dispositivo “quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida”, presumindo-se a situação fática quando essa relação de capital atinja o montante de 20% ou mais do capital votante da investida (§ 5º). Em outros termos, a simples participação apresenta caracteres de coligação se ocorrer o *plus* qualificador da influência significativa, real ou presumida pela disposição legal<sup>214</sup>.

Essa regência preponderou em aplicação supletiva para as sociedades limitadas, por força do art. 19 do Decreto nº 3.708/1919, até o advento do CC. A partir de 2003, em capítulo específico do direito de sociedades personificadas no CC, regulou-se a coligação no art. 1.097 com base em *relação de capital* entre sociedades, determinante de três situações distintas, quais sejam: controladas (art. 1.098), coligadas ou filiadas (art. 1.099) e simples participação (art. 1.100)<sup>215</sup>. Avocou-se a regência geral da matéria, revogando dispositivos com conteúdo divergente na LSA e inovando na definição da mera participação (art. 1.100 do CC). Assim, o texto especial da LSA aplicava-se naquilo que não fosse incompatível com o CC (arts. 243, *caput* e §§ 1º a 4º)<sup>216</sup> ou em matérias não reguladas pelo CC, como no caso de consórcios e grupos de direito<sup>217</sup>.

<sup>214</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Sociedades coligadas e consórcios. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano XII, n. 12, p. 137-148, 1973. p. 139.

<sup>215</sup> A simples participação representa inovação do CC, que desconsidera situações específicas – e ainda raras no Brasil – de controles minoritários inferiores a 10% de participação. Na verificação dessa singular hipótese, aplica-se o sistema de contenção do abuso de poder de controle da LSA. Pela regra do art. 1.100 do CC, capital votante inferior a 10% é considerado mera participação, com deveres inerentes à condição de sócios, inclusive no que concerne à tutela do sócio minoritário. Afirma com propriedade Walfrido Warde: “A afirmação do conceito de coligação deu-se por conta de uma fina e relevante calibragem, historicamente determinada, para notar o momento em que a mera participação, no extremo oposto do controle societário, transmuda-se – quantitativa e qualitativamente – a revelar um fenômeno de natureza grupal ou ainda uma ocorrência a que, no geral, deseje-se impor consequências” (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120).

<sup>216</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 486.

<sup>217</sup> No direito português, o Código de Sociedades Comerciais trata a coligação como gênero, do qual derivam as seguintes espécies (arts. 482º a 487º): (a) simples participação (arts. 482º, “a”, 483º e 484º); (b) participações recíprocas (arts. 482º, “b”, 485º);

Por conseguinte, a identificação da coligação<sup>218</sup> ficou mais confusa com a nova codificação, porque passou a ser qualificada pelo volume mínimo de 10% de participação no capital de outra sociedade, sem implicações de controle (art. 1.099 do CC). A presunção ficou inferior àquela do art. 243, § 5º, da LSA. Entretanto, a questão não se encerra nesse ponto: a Lei nº 11.941/2009 reafirmou no art. 243, § 3º<sup>219</sup>, posteriormente ao CC, que a presunção de coligação para a investidora é de 20% de participação no capital<sup>220</sup>, levando-se em conta o “arranjo de poder interno da sociedade investida” e o poder de uma sociedade na outra<sup>221</sup>. Assim, a coligação passou a se basear (a) na influência significativa, (b) no investimento presumido de 20% ou mais e (c) na ausência de controle característico de grupo<sup>222</sup>.

Portanto, estabeleceu-se um regime dual para a relação simétrica e bilateral característica da coligação<sup>223</sup>: em matéria societária geral, com investidora

(c) relação de domínio (arts. 482º, “c”, 486º e 487º); (d) relação de grupo (arts. 482º, “d”, 488º e 508º-F).

<sup>218</sup> Alfredo de Assis Gonçalves Neto adverte para a mudança na terminologia adotada pelo CC, porque o Projeto original mencionava a palavra “ligada” para qualificar essa relação de capital, deixando a expressão “coligada” para participações relevantes. Essa depuração terminológica teria sido importante para evitar o confronto com o texto do art. 243 da LSA (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 484). Para Luis Gastão Paes de Barros Leães, em estudo relevante ainda no tempo de edificação das organizações grupadas, a concepção inicial no direito brasileiro é que o termo *coligação* é o gênero, que tem o *controle* como espécie (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Sociedades coligadas...*, op. cit., p. 139).

<sup>219</sup> O dispositivo tem flagrante inspiração no art. 2.359 do *Codice Civile* italiano, que dispõe na terceira parte: “Sono considerate collegiate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

<sup>220</sup> Acrescenta-se ao problema o art. 2º da Instrução CVM nº 247/1996, que ainda prevê os 10% como presunção de coligação.

<sup>221</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 42.

<sup>222</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 42.

<sup>223</sup> Ressalte-se, por pertinentes, as críticas de Erasmo Valladão e Marcelo von Adamek à impropriedade de tratamento do legislador, ao sugerir ascendência de investidor sobre a coligada: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 48.

que não seja S/A, a presunção de coligação é de 10%. Para investidoras S/A, a presunção é de 20%<sup>224</sup>.

Outra situação que merece análise diz respeito à chamada *coligação indireta*. Trata-se de fenômeno de participação em que a sociedade S1 é coligada de S2, que por sua vez é coligada de S3. Para fins societários, a redação original da legislação não alcançou esse tipo de relação, de modo que as coligações S1 = S2 e S2 = S3 são qualificadas isoladamente e sem restrições para a aquisição de ações, conforme explicou Nelson Eizirik<sup>225</sup>. No entendimento de Modesto Carvalhosa, a lei não veda a coligação indireta, mas pode trazer consequências de natureza concorrencial, até por conta do reconhecimento da coligação indireta pelo art. 2º, parágrafo único, alínea “a”, da Instrução CVM nº 247/1996, que equipara às coligadas “as sociedades quando uma participa indiretamente com 10% (dez por cento) ou mais do capital votante da outra, sem controlá-la”<sup>226</sup>. Na atual redação, sustentam Erasmo Valladão A. N. França e Marcelo Vieira von Adamek que, se o investimento for elemento constitutivo da coligação e o legislador não fez previsão sobre investimentos indiretos, não se pode admitir a coligação indireta<sup>227</sup>.

Para o nosso objeto de estudo, é importante constatar que a relação de coligação reduz o impacto das decisões tomadas no âmbito de coligada, até por conta de uma participação de investidora que não gera poder de controle. Portanto, as cifras de coligação representam muito mais o reconhecimento de investimentos relevantes e não induzem, em princípio, responsabilidade da investidora por débitos da coligada. Cada sociedade ainda mantém controle próprio sobre o ordenamento patrimonial [i. 6.2] e os dimensionamentos dos riscos de cada uma.

<sup>224</sup> Nesse sentido: “deve-se entender que, quando a sociedade por ações for a investidora, aplica-se a regra da Lei das S.A., eis que é para a elaboração de suas demonstrações contábeis que faz sentido o conceito de coligação. Essa conclusão atrai a aplicação da mesma norma para as denominadas sociedades de grande porte, tenham o tipo que tiverem, por força da regra contida no art. 3º da Lei 11.638/2007. Já se a coligação resultar da participação de uma sociedade contratual (não de grande porte) em uma ou mais sociedades por ações, vigora a regra do art. 1.099 do Código Civil” (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 496).

<sup>225</sup> EIZIRIK, Nelson. Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano XXXIV, n. 99, p. 83-86, Julho-Setembro/1995. p. 93.

<sup>226</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 13-14.

<sup>227</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 48.

## 5.2. Controle em grupos

A descrição até o momento realizada permite afirmar que a conexão entre as sociedades em grupo de fato no direito brasileiro é decorrente do *controle*<sup>228</sup> [i. 1.2. e 6.1], muitas vezes caracterizando uma técnica de subordinação de interesses, conforme constatado por Sheila Cerezetti<sup>229</sup>. Esse o fato que, juridicizado, influencia as análises que permeiam a sobreorganização societária, em especial as repercussões sobre os grupos de interesses internos e externos ao grupo.

A definição de controle é objeto de diversas teorias no direito brasileiro. A prevalência da tese da preponderância nas deliberações e na escolha dos administradores repercutiu diretamente na opção do legislador, retratada no art. 116, alíneas “a” e “b”<sup>230</sup> e reproduzida com adaptação no art. 243, § 2º<sup>231</sup>, da LSA e art. 1.098, inciso I<sup>232</sup>, do CC. Com essa supremacia permanente nas deliberações e na administração<sup>233</sup>, valora-se juridicamente a *presunção de*

<sup>228</sup> PRADO, Viviane Müller. Conflito de interesses..., op. cit., p. 104. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *O fracasso do direito grupal...*, op. cit., p. 122.

<sup>229</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flavio L.; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin (no prelo).

<sup>230</sup> “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

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

<sup>231</sup> “Art. 243 (...) § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

<sup>232</sup> “Art. 1.098. É controlada: I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

<sup>233</sup> O controle nas deliberações não necessariamente leva ao controle da administração, já que são possíveis ajustes societários de estruturação da administração de S/A com voto em separado para as minorias, ações preferenciais de classe especial com cargos específicos de diretoria ou até mesmo acordo de votos que repercutem em matéria administrativa. É advertência que a doutrina brasileira faz uniformemente: GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 491. Ressalve-se a posição de Carvalhosa, que afirma haver “*dominação* quando uma delas reunir ações votantes

*poder* na sociedade controladora e nas sociedades controladas<sup>234</sup>, ainda que ele não seja exercido<sup>235</sup>.

Observa-se, ainda como característica, que, mesmo identificado o fato jurídico de controle, não se perde a autonomia de cada uma das unidades grupadas, de modo que todas guardam sua personalidade jurídica específica, mas são submetidas à redução de autodeterminação pela direção da controladora<sup>236</sup>. Isso difere, em certa monta, dos grupos de fato na Alemanha (*qualifizierterfaktischer Konzern*), sobretudo pelo critério de participação majoritária (§ 16 *AktG*) e da relação de dependência (§ 17 *AktG*), com a consolidação jurisprudencial do critério da direção unificada (§ 18 *AktG*), independentemente da existência de um dos tipos contratuais descritos na legislação (§§ 291, 292 e 301 *AktG*)<sup>237</sup> [i. 2].

necessárias para formar a vontade social” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 8).

<sup>234</sup> A Instrução CVM nº 247/1996 delimita a compreensão de controlada de forma bastante completa: “Art. 3º Considera-se controlada, para os fins desta Instrução: I - sociedade na qual a investidora, diretamente ou indiretamente, seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente: a) preponderância nas deliberações sociais; e b) o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores. II - filial, agência, sucursal, dependência ou escritório de representação no exterior, sempre que os respectivos ativos e passivos não estejam incluídos na contabilidade da investidora, por força de normatização específica; e III - sociedade na qual os direitos permanentes de sócio, previstos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso I deste artigo estejam sob controle comum ou sejam exercidos mediante a existência de acordo de votos, independentemente do seu percentual de participação no capital votante”.

<sup>235</sup> Alinhamo-nos, nesse ponto, com a orientação de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, para quem basta a constatação de controle para a atribuição de consequências jurídicas (TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas...*, p. 702). Também com essa posição: PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 99. No direito alemão, apresentando como “*fattispecie* de perigo”, que independe de concretização: LUTTER, Marcus. Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un’esperienza. *Rivista delle società*, ano 20, p. 1.295-1.311. Novembro-Dezembro/1975. p. 1.298. Em posição contrária está Modesto Carvalhosa, que afirma: “O que identifica essa posição de privilégio e responsabilidade legal (arts. 117 e 245) é o efetivo exercício desse poder de impor a política e os quadros de administração das sociedades, direta ou indiretamente, controladas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...* op. cit., p. 8).

<sup>236</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 124.

<sup>237</sup> Prevaleceu, na construção do direito alemão, a teoria de que há grupos mesmo que não se identifique uma unidade substancial de atividades (uma sociedade seria mero departamento do grupo). Comportam-se “diversas formas de organização de empresas, com variação da intensidade da influência exercida pela dominante

O direito brasileiro juridicizou a relação de controle entre sociedades, atribuindo a esse vínculo consequências jurídicas variadas, seja para grupos de direito, seja para aqueles meramente fáticos. Assim, uma sociedade controladora pode formar relações societárias de preponderância permanente nas deliberações e na administração das sociedades controladas, em estruturas que podem combinar *holdings* puras ou mistas e mesmo moldar desenhos radiculares, circulares, estelares, piramidais, de acordo com a criatividade e a necessidade da atividade empresarial. Diante disso, a identificação do poder passa por detida investigação do encadeamento das participações societárias, atribuindo-se responsabilidades ou contenções de controle justamente a partir do isolamento da fonte de onde emana o poder. Essa referência no controle em grupos é sintetizada por Viviane Müller Prado:

De fato, nos grupos de sociedades, o poder de controle é exercido em vista de interesses econômicos diversos da simples obtenção de lucros auferidos com o desenvolvimento da atividade empresarial distribuídos a todos os acionistas. O controlador não pretende apenas exercer os direitos decorrentes da sua posição de sócio, mas também coordenar a atividade da sociedade isolada, de acordo com uma esfera maior que representa o conjunto de todas as sociedades sob seu domínio<sup>238</sup>.

Assim, vislumbra-se no poder de controle o critério preponderante da legislação brasileira, até mesmo para medição do exercício desse poder do controlador no interesse do grupo ou em benefício de uma das unidades do grupo, qualificando-se a conduta do controlador a partir desse fato.

Se o controle implica supremacia permanente nas deliberações e na administração, induz-se que a direção unitária [i. 1.3] poderá ser decorrente do controle manifesto na administração da controlada. Entretanto, quando a sobreorganização societária se molda somente com as meras participações (art. 1.100 do CC), o isolamento do poder de controle é um trabalho gráfico de desenho de organogramas, muitas vezes de indefinição de controle e indistinção de quem se manifesta preponderantemente na administração.

sobre a dependente” (PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 107). Na interpretação do direito italiano, que pode ser transportada para os demais sistemas, Pier Giusto Jaeger sustenta que não há responsabilidade objetiva dos administradores de sociedades controladoras de grupo e que a imputação aos administradores decorre da direção unitária (JAEGER, Pier Giusto. <<Direzione unitaria>> di gruppo e responsabilità degli amministratori. *Rivista delle società*, ano 30, p. 820-821 e 826-827).

<sup>238</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 107.

Pontos como esse não são alcançados pela legislação brasileira, que não regulou situações econômicas determinantes de dependência econômica e unidade administrativa, que podem se tornar decisivas para a solução de problemas como a falência.

Constata-se, assim, que nos faltaram critérios complementares, por não terem sido agregados os conceitos de dependência econômica (§ 17 *AktG*) e direção unitária (criada pela doutrina a partir do § 18 *AktG*) para orientar a identificação de estruturas societárias grupadas. Como não se adotou a influência dominante e a direção unificada do direito alemão, algumas realidades de contratos parassocetários podem não ser alcançadas pelo direito de grupos. É o caso da existência de acordos de acionistas no âmbito da sociedade controladora, sem que os partícipes dessa avença tenham participação acionária direta em sociedades controladas.

Apropriado que se investigue a direção unitária como critério no direito alemão. A primeira corrente, mais restrita, considera somente a centralização das empresas para a unidade de administração, notável do ponto de vista financeiro. A outra visão da direção unitária é mais ampla, pois compreende que a gestão, controladoria e comércio também são controlados pela empresa dominante<sup>239</sup>. Essa segunda visão prepondera e gera efeitos sobre o financiamento da empresa dentro do *Konzern*, porque a atuação da sociedade dominante gera efeitos diretos de liquidez e capacidade de produção de rendimentos das sociedades filiadas<sup>240</sup>.

Além disso, conforme sustenta Uwe Schneider, a questão da direção unitária gera diferentes perspectivas nos grupos quanto à interpretação:

(a) do financiamento, que geraria o efeito de securitização (*Tresoreffekt*): ao se considerar o pressuposto da direção unitária e da gestão da filiada pelos administradores da sociedade dominante, os lucros da filiada “securitizariam” empréstimos e financiamento das empresas consorciadas<sup>241</sup>;

(b) do que seria capital próprio e capital de terceiros<sup>242</sup>, já que a sociedade controladora pode ser fonte de financiamento das demais sociedades, abastecendo-as com capital que pode ser qualificado como próprio num efeito metamorfose (*Metamorphosen effekt*), que preferimos tratar por re-

<sup>239</sup> Sobre o assunto: PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 114.

<sup>240</sup> SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 999.

<sup>241</sup> SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 1.000.

<sup>242</sup> Sobre as funções do capital: DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização...*, op. cit., p. 91-127. SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 1.006-1.007.

qualificação<sup>243</sup>. Além disso, o mútuo de grupo receberia tratamento diverso no confronto com demais créditos externos, gerando o chamado efeito de canalização (*Durchleitungs effekt*), que a doutrina norte-americana trata como *downstream loan* e *upstream loan* [i. 11]<sup>244</sup>.

A partir dessas considerações, Uwe Schneider sustenta a existência de um dever de correto financiamento das empresas em grupo, que formulam um verdadeiro *standard* de conduta da direção unitária no financiamento do *Konzern*<sup>245</sup>. As conclusões desse estudo são derivadas da especial influência da sociedade dominante no financiamento das atividades das sociedades filiadas, com os efeitos perniciosos de “securitização”, “canalização”, “metamorfose”, “pirâmide”, para usar as metáforas de Schneider para caracterização dos riscos especiais aos credores. Assim sendo, a disciplina do financiamento do grupo faz parte da própria gestão e pode ser penalizada por consequências da subcapitalização<sup>246</sup>.

Para Engrácia Antunes, a direção unitária ressalta o papel do controle e determina certa perda de independência econômica, sobretudo constatada na condução de políticas financeiras centralizadas, com perda de autonomia das sociedades controladas para inserção de capital no fluxo da cadeia produtiva, por aumento de capital, busca de capital no próprio grupo ou financiamento de terceiros<sup>247</sup>.

<sup>243</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização...*, op. cit., p. 163-167. No direito brasileiro, é interessante lembrar que em grupos financeiros imperam severas restrições a empréstimos entre as sociedades componentes do grupo para evitar prejuízos ao capital, problemas nos balanços e comprometimento das operações passivas do banco. Essa, em essência, a razão do art. 34 da Lei nº 4.595/1964 e da vedação de empréstimos para partes relacionadas, especialmente nos casos dos incisos III a V, que restringem: “III - às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central da República do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral; IV - às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento); V - às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% (dez por cento), quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o segundo grau”.

<sup>244</sup> SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 1.000.

<sup>245</sup> SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 1.004.

<sup>246</sup> SCHNEIDER, Uwe. *La disciplina...*, op. cit., p. 1.035-1.038. IRUJO, José Miguel Embid. *El derecho...*, op. cit., p. 41.

<sup>247</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 116-117.

No Brasil, segundo entende Viviane Müller Prado, a direção unitária e o controle repercutiriam em igual monta, por serem critérios que chegam a um mesmo resultado, porque se a relação de dependência gera estrutura de grupo, a ideia de controle também alcança resultado semelhante, inclusive na gestão<sup>248</sup>.

Outra ponderação importante está em efeitos gerados pelo abuso do poder de controle por sobre os credores. Em outros termos, decisões conduzidas pela sociedade controladora que tragam prejuízos à estrutura de capital das sociedades controladas podem transferir riscos próprios da sociedade para os credores, criando privilégios indevidos para a controladora. Jorge Lobo exemplifica a situação de caução de títulos e valores mobiliários ou a constituição de gravame real de bens do ativo das controladas, que podem repercutir diretamente na falência<sup>249</sup> [i. 18].

Não é demasiado anotar, ainda, o problema dos arranjos contratuais que implicam reuniões de esforços de sociedades em empreendimentos comuns, sem que se vinculem diretamente em sociedades, como nas hipóteses de *joint ventures* e consórcios<sup>250</sup>. Evidentemente esses contratos produzem efeitos para terceiros<sup>251</sup>, sem que se possa necessariamente sustentar a existência de sociedade entre as partes envolvidas.

### 5.3. Subsidiária integral

Como reconhecido pela doutrina e pela legislação, a subsidiária integral é tipo societário peculiar no direito brasileiro: trata-se de sociedade moldada para a estruturação de grupos<sup>252</sup> segregados por entidades separadas, “embora

<sup>248</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 146.

<sup>249</sup> LOBO, Jorge. *Grupos de sociedades...*, op. cit., p. 37.

<sup>250</sup> HO, Virginia Harper. Theories of corporate groups: corporate identity reconceived. *Seton Hall Law Review*, v. 42, 3, p. 879-950. 2012. p. 887.

<sup>251</sup> Em obra essencial sobre efeitos contratuais perante terceiros, ensina Luciano de Camargo Penteado: “seria necessário dizer que existem terceiros que, embora não sejam partes do contrato na sua formação, pois não declararam a oferta e a aceitação que formam o negócio jurídico, vêm a integrar o efeito do contrato. Isso pode ocorrer, basicamente, de duas formas. De maneira direta, mediante simples anuência, tácita ou expressa conforme o caso; ou mediante a prática de atos jurídicos de integração à relação contratual mais complexos, os quais podem ser mesmo negócios jurídicos, como ocorre com a cessão de crédito e a cessão de posição contratual” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47).

<sup>252</sup> Trata-se da sociedade controlada ideal: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68.

vinculadas por laços acionários, financeiros e administrativos comuns<sup>253</sup>. Trata-se do caso de sociedade tendo por única sócia outra sociedade brasileira (art. 1.126 do CC), conforme prevê o art. 251 da LSA, com função de permitir a *união de empresas*<sup>254</sup>. Seja na constituição da sociedade, seja por posterior incorporação de ações pela controladora (art. 252 da LSA), há a perfeita identificação da fonte de poder de controle, com as consequências inerentes a esse fato<sup>255</sup>.

Em termos de responsabilidade, segundo argumento de Fran Martins, a falta de regra específica traz à sociedade controladora os mesmos deveres dos acionistas controladores de sociedades individualizadas (arts. 116 e 117 da LSA)<sup>256</sup>.

O direito português também conhece instituto semelhante para os grupos de direito, regulando a participação totalitária ou a relação de grupo por *domínio total* (arts. 488º a 491º do CSC), “a meio caminho entre o grupo constituído por contrato de subordinação e a fusão societária”<sup>257</sup>, composto por uma sociedade anônima unipessoal e moldada especificamente para expansão de atividades de grupos.

### 5.4. Grupos de subordinação e coordenação

Outra peculiaridade a se compreender nos grupos de fato é a divisão doutrinária que se faz nos impactos do controle, a exemplo do que ocorre com o § 18 da *AktG* [i. 2 e 5.2]<sup>258</sup>.

Nesse sentido, nos *grupos de subordinação* identifica-se a unicidade de direção e controle, sob comando dos interesses de sociedade controladora, com subordinação do interesse do grupo (nos grupos de direito) e certa mitigação dos interesses de cada uma das sociedades do conglomerado, desde que sem prejuízos (nos grupos de fato).

<sup>253</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 725. Como fonte histórica: MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\\_Exposicao.asp](http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp)>. Acessado em: 17/12/2013.

<sup>254</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 725.

<sup>255</sup> O art. 3º, parágrafo único, da Instrução CVM nº 247/1996 presume a subsidiária integral como sociedade controlada.

<sup>256</sup> MARTINS, Fran. *Comentários...*, op. cit., p. 313. Também: EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. III, op. cit., p. 393.

<sup>257</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 843.

<sup>258</sup> EMMERICH, Volker; HABERSACK, Mathias, op. cit., p. 66-67.

Por meio dos grupos de subordinação, a responsabilidade de sociedade controladora pode ser extraída da necessidade de proteção do capital da sociedade controlada para o cumprimento do objeto, a impossibilidade de favorecimento da controladora com o esvaziamento patrimonial da controlada e a advertência de que “os bens particulares dos sócios são os componentes do ativo patrimonial de cada uma das sociedades grupadas, máxime da controladora do grupo”<sup>259</sup>. Esse é reflexo de responsabilidade por influência dominante e abuso de poder de controle, ainda que no direito brasileiro não haja regra semelhante ao § 15 da *AktG* alemã, dando consequência jurídica à influência dominante (*beherrschender Einfluss*). O fundamento brasileiro acaba sendo outro: regras de proteção do capital social e responsabilidade do acionista ou do administrador de acordo com a medida de acesso à estrutura do poder de decisão e ao abuso no exercício do controle.

Já nos grupos de coordenação, normalmente identificados em consórcios (art. 278 da LSA), ocorre cooperação interempresarial<sup>260</sup> na qual as sociedades resguardam a independência econômica para executar somente a parte prometida nos esforços conjuntos do consórcio, com delimitação da responsabilidade de cada consorciada. Entre as sociedades não existe dependência hierárquica ou vínculo societário que implique controle, mesmo que a Exposição de Motivos da LSA tenha tratado o consórcio como sociedade não personificada<sup>261</sup>. Privilegia-se a regulação de uma forma associativa<sup>262</sup>.

O sistema de responsabilidade é distinto e a relação entre as participantes é de poliarquia<sup>263</sup>. Como as sociedades conservam autonomia e somente se obrigam nos limites do contrato que as une (art. 278, § 1º, da LSA), não ocorre influência em eventuais decisões que impliquem abuso da persona-

<sup>259</sup> PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 32.

<sup>260</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *Algunas reflexiones...*, op. cit., p. 24. SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 503-504.

<sup>261</sup> Expressamente: “Completando o quadro das várias formas associativas de sociedades, o Projeto, nos artigos 279 e 280, regula o consórcio, como modalidade de sociedade não personificada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\\_Exposicao.asp](http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp)>. Acessado em: 17/12/2013).

<sup>262</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 794. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. III, p. 556.

<sup>263</sup> SAH, Raaj Kumar; STIGLITZ, Joseph E. The architecture of economic systems: hierarchies and poliarchies. *Working Papers*. Abril/1985. Disponível em: <[http://raajsah.com/uploaded\\_files/working\\_paper/SOM\\_D9\\_1985.pdf](http://raajsah.com/uploaded_files/working_paper/SOM_D9_1985.pdf)>. Acessado em: 11/12/2013. p. 24.

lidade jurídica – a menos que se comprove a existência de grupo fático em subordinação a uma controladora<sup>264</sup>. Com isso, devem ser isoladas as análises de endividamento excessivo da consorciada com capitais de terceiros para eventual responsabilização de acionistas controladores. Isso se confirma, inclusive, pelos efeitos de falência não extensivos às demais sociedades, conforme dispositivo do art. 278, § 2º, da LSA. Em caso de falência de uma das consorciadas, os créditos dela perante o consórcio são levados à massa, ao passo que os débitos também recebem o tratamento comum dispensado aos credores na classificação do art. 83 da LREF, já que a falência não desconstitui “os vínculos convencionais”<sup>265</sup> entre as demais consorciadas.

Ressalve-se, com a peculiar desestruturação de institutos para garantir a preponderância de interesses fiscais, que a MP nº 510/2010, convertida na Lei nº 12.402/2011, determinou no art. 1º que empresas consorciadas respondem pelos tributos devidos em decorrência da atividade do consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento. Nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, a regra fixa responsabilidade solidária das empresas pelo recolhimento de tributos retidos de pessoas físicas ou jurídicas. Além de imputar responsabilidade solidária em matéria de consórcios – que, em princípio, deveria respeitar os limites da convenção para responsabilidade das consorciadas – ainda guarda inconstitucionalidade formal, já que o art. 146, inciso III, alínea “a”, da CF, determina a reserva da lei complementar para normas gerais de indicação dos contribuintes tributários.

Por fim, o consórcio brasileiro difere da experiência europeia associativa dos *Groupements d'Interêt Economique* do modelo francês regulado na *Ordonnance* nº 67.821/1967<sup>266</sup>. A opção francesa foi de criar pessoa jurídica para coordenar e facilitar as atividades isoladas entre os sócios, com responsabilidade solidária. Inspirado nesse modelo francês, adotou-se no âmbito da União Europeia (UE), após o Regulamento CEE nº 2.137/1985, o Agrupamento Europeu de Interesse Econômico (AEIE), que pode ser formado por sociedades e outras entidades jurídicas de direito público ou privado, constituídas nos termos da legislação em vigor nos países da UE. Em termos de responsabilidade dos componentes do AEIE, o art. 24 do referido Regulamento dispõe que a responsabilidade será ilimitada e solidária entre os

<sup>264</sup> PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 35.

<sup>265</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 801.

<sup>266</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 795. MAGANO, Octavio Bueno. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: RT, 1979. p. 47-49.

membros, remetendo às respectivas legislações nacionais as consequências dessa imputação. Tal medida é subsidiária, porque os credores devem pleitear o pagamento primeiramente ao agrupamento. No tocante à insolvência, diz o próprio Regulamento CEE nº 2.137/1985, nas motivações, que o “agrupamento está submetido às disposições de direito nacional que regulam a insolvência e a cessação dos pagamentos e que este direito pode prever outras causas de dissolução do agrupamento”<sup>267</sup>.

### 5.5. Participações recíprocas

A legislação veda as participações recíprocas entre sociedades controladoras e suas respectivas controladas, assim como no caso das sociedades coligadas, conforme previsão do art. 244, *caput*, e art. 265, § 2º, ambos da LSA. A razão desse dispositivo está intimamente relacionada ao malferimento da intangibilidade do capital social<sup>268</sup>, vez que a troca de participações pode provocar a irrealidade no capital social nominal previsto no passivo do balanço e artificialismo no patrimônio ativo da sociedade. “A sociedade participante torna-se sócia de si mesma, fazendo girar em um círculo fechado na aquisição das ações das sociedades envolvidas os mesmos valores iniciais”<sup>269</sup>.

Uma das ressalvas é o caso de aquisição de ações próprias com direito de voto suspenso nos moldes do art. 30, § 1º, “b” e § 2º, da LSA, que regula a aquisição de ações para permanência em tesouraria. A previsão legal determina a venda das ações ou quotas, em seis meses, quando excederem o valor dos lucros ou reservas. A outra ressalva é da participação recíproca informada nos relatórios e decorrente de incorporação, fusão, cisão ou aquisição de controle, casos em que tal reciprocidade deverá ser eliminada no prazo de um ano.

Optou o legislador por sancionar o descumprimento das regras de reciprocidade com a responsabilização civil solidária e até penal do adminis-

<sup>267</sup> Sobre o tema, com excelente análise comparada de direitos: MILAN, Victor Hugo Polim. *O agrupamento de interesse econômico como forma de colaboração empresarial para o direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca, 2013. p. 91-149.

<sup>268</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., p. 246. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 714. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Sociedades coligadas...*, op. cit., p. 143. CARVALHOSA, Modesto, *Comentários...*, op. cit., p. 21. MARTINS, Fran. *Comentários...*, op. cit., p. 261. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. III, op. cit., p. 347. EIZIRIK, Nelson. *Inexistência...*, op. cit., p. 83. ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 378.

<sup>269</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008. p.704. Também: MARTINS, Fran. *Comentários...*, op. cit., p. 262. GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 498-499.

trador de quem adquiriu ações da sociedade que já era sua acionista<sup>270</sup> e não com a invalidade do negócio, conforme previsão do art. 244, § 6º, da LSA. Se essa foi a via eleita, a demonstração de danos aos sócios ou a terceiros é condicionante para eventual reparação pelos administradores, mantendo-se eventualmente a estrutura grupada com participações recíprocas.

O art. 244 da LSA não tem a mesma disciplina da participação recíproca do art. 1.101 do CC<sup>271</sup>. Como a regra geral do CC ressaltou a legislação especial, nosso sistema agora convive com duas possibilidades: em caso de sociedade anônima e sociedade em comandita por ações, a regra aplicável é a da LSA; nos demais tipos societários aplica-se o art. 1.101 do CC. E tal disciplina veio acompanhada da possibilidade de participações recíprocas entre os tipos societários, desde que nos limites das próprias reservas no balanço (excluída a reserva legal). O limite da reserva tem a ver com a intangibilidade de capital, de modo que a reserva livre cubra o montante da participação recíproca e evite referência artificial entre as sociedades do grupo. À falta de regra semelhante, aplicam-se as medidas do art. 244, § 5º, para determinar, no caso de coligadas, a alienação de quotas e ações de aquisição mais recente ou, se da mesma data, que representem menor porcentagem do capital social para desfazer a participação recíproca.

Por envolver regra de ordem pública do capital social, também nesse ponto há a proteção específica do grupo de interesse dos credores, que podem ser levados ao engano sobre o volume de capital de cada sociedade do grupo. Isso repercute, por exemplo, em hipótese levantada por Jorge Lobo ao admitir a participação recíproca entre sociedades coligadas “desde que sejam observadas as normas jurídicas que visam manter íntegro o capital das companhias”<sup>272</sup>. Outra situação em grupos, levantada por Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, é a da aquisição de ações de sociedade controladora por sociedade controlada, satisfazendo requisitos de (a) permanência de ações em tesouraria ou cancelamento sem redução

<sup>270</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários...*, op. cit., p. 102. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 717.

<sup>271</sup> “Art. 1.101. Salvo disposição especial de lei, a sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.

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

<sup>272</sup> LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades...*, op. cit., p. 105.

de capital e (b) controladora com volume suficiente de lucros e reservas para garantia do capital social<sup>273</sup>.

No direito italiano, as participações recíprocas são previstas no art. 2.359-bis do *Codice Civile*, que permite aquisição de ações nos limites de lucros e reservas, sem exceder 10% do capital da controladora e com vedação do direito de voto da controlada na assembleia da controladora.

Já no direito alemão, o chamado controle recíproco é regulado pelo § 19 da *AktG*, dispondo no Abs. 3 a admissibilidade de participações entre sociedades, quando uma detém maioria acionária na outra ou se ocorre, direta ou indiretamente, manifestação de poder de controle. A preocupação do legislador alemão foi com a restrição de direito de voto, de modo que até um quarto das ações qualificadas com participação recíproca poderão votar na outra companhia, de acordo com o previsto § 19, Abs. 4 e § 328 da *AktG*. Em caso de identificação de participação majoritária e de influência dominante, o tratamento passa a ser de subordinação entre sociedade dominante e dependente (§ 19, Abs. 2). Assim, a política legislativa é de minimização dos efeitos de supressão de direitos com a participação recíproca<sup>274</sup>.

Na Espanha, María Luisa de Arriba Fernández descreve as hipóteses de participações recíprocas com os tipos simples, qualificados pelo controle e circulares. Em todas elas, diz a autora, a preocupação da legislação deve ser com os perigos inerentes a essas participações, de forma a eliminar o *aguamiento del capital* e o *aguamiento de la voluntad social*, justificando a vedação do art. 82 da lei societária espanhola<sup>275</sup>.

A matéria também é regulada pelo direito português, com admissão das participações recíprocas no art. 482º, “b” e 485º do CSC, sempre que uma sociedade seja titular de participação igual ou superior a percentual no capital de outra. A consequência jurídica do fato decorre somente do descumprimento do dever de informar a participação, com a penalidade da proibição de aquisição de novas ações, na suspensão de exercício de direitos superiores a 10% e na responsabilidade de administradores<sup>276</sup>.

<sup>273</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 716.

<sup>274</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 387.

<sup>275</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba. *Derecho de grupos de sociedades*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2009. p. 65-66 e 70.

<sup>276</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 280.

## 5.6. Preponderância do controle em outros sistemas

Conforme já se observou [i. 4], os grupos convencionais não são utilizados no direito brasileiro e são gradativamente abandonados no próprio sistema originário alemão. De outro lado, o fator de conexão entre as sociedades em grupo vem se identificando na noção de controle, fazendo com que o Brasil se aproxime de outros sistemas.

Exemplo disso é a Itália, que não regula expressamente os grupos no *Codice Civile*, mas utiliza o critério do controle<sup>277</sup>, previsto no art. 2.359, 1<sup>278</sup>, para conduzir os rumos dos grupamentos. Pelo mencionado dispositivo, o controle é obtido com maioria de votos em assembleia, influência dominante em assembleia ou influência dominante obtida por vínculos contratuais. Foi com o advento da *Legge Delegata* nº 366, de 3 de outubro de 2001, que estabeleceu diretrizes para a disciplina de grupos societários, prevendo a defesa do interesse do grupo, das sociedades controladas e dos sócios minoritários. Alterou-se, com isso, o art. 2.497 do *Codice Civile*, que passou a reconhecer o caráter de organização do grupo, valorando-se o exercício do poder de controle. A modificação não obsta o que Paolo Montalenti chama de conflito entre fisiologia e patologia, porque as sociedades singulares ampliam a limitação de responsabilidade, mas com gestão centralizada que aumenta riscos de credores e sócios minoritários. Acrescenta-se, ainda, a capacidade financeira pela multiplicação de sistemas de garantias internas entre sociedades, mas potencializam-se benefícios exclusivos à sociedade controladora<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> Antes das alterações da legislação, Galgano apontava a relação instrumental do controle acionário, faltando à legislação italiana a identificação da direção unitária, prevista no § 18 da *AktG* alemã. Era a direção unitária, disse Galgano, o liame gerador da relação de grupo (GALGANO, Francesco. *L'impresa e le società. Le società di capitali e le cooperative*. v. 3. T. 2. Padova: CEDAM, 1990. p. 159).

<sup>278</sup> “Art. 2.359. [1] Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”.

<sup>279</sup> MONTALENTI, Paolo. I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa e asimmetrie del mercato. *Rivista delle società*. Milano, ano 53, n. 1, p. 318-348, Janeiro-Feveiro/2008. p. 328-329. Apontando como vantagem jurídica a divisão dos riscos da exploração empresarial: ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 68-71. GALGANO, Francesco. *L'impresa...*, op. cit., p. 156. Com percuciente análise crítica do desvirtuamento da responsabilidade em grupos: VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre*

No caso italiano, diz Massimo Rossi que o art. 2.497 reconheceu a direção unitária do grupo, mas a interpretação atual rompeu com a mera hipótese de vulnerar a autonomia operativa da sociedade filiada, para consolidar o dever de reparação em razão de prejuízos causados à unidade do grupo – já que o legislador fez preponderar a atividade e seu financiamento sobre o sujeito<sup>280</sup>. Isso não obsta que a alternativa, conforme orienta Giuliana Sconamiglio, esteja no *disclosure* e na investigação de escolhas de gestão realizadas pela administração da sociedade controladora para imputação de responsabilidade à heterodireção societária ou dos administradores da sociedade controladora<sup>281</sup>. Tal proteção derivaria do abuso no poder de controle e, conforme Galgano, também tutelaria os credores de uma sociedade controlada com fundamentos de reparação do dano injusto<sup>282</sup>.

*os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 55-58.*

<sup>280</sup> ROSSI, Massimo. Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo. *Rivista del Diritto Commerciale*. Roma, ano CV, n. 7-8-9, p. 613-660, Julho-Setembro/2007. p. 620-623. Ainda afirma o autor: "l'esame della disciplina della direzione e coordinamento di società conferma l'impressione che la fattispecie regolata dal c.c. sai l'attività, piuttosto che i 'soggetti', cui essa si imputa; attività che esprime al vértice un potere impreditoriale sull'impresa di gruppo, senza che il tradizionale rilievo della distinta soggettività giuridica della società partecipate rappresenti per il legislatore uno stacolo dogmatico insuperabile (...). Ciò, ben inteso, non significa negare rilievo alla società come soggetto di diritto – o, meglio, come autonomo centro di imputazione di relazione giuridiche – ma, più semplicemente, contestare il riferimento a tale nozione in termini assoluti, nel senso cioè che le dinamiche che involgono la società debbano essere descritte in ogni vicenda attingendo agli schemi logici dei soggetti e, *in primis*, delle persone fisiche" (op. cit., p. 630-631). Também: SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Motivação das decisões e governo do grupo (de sociedades sujeitas à direção e coordenação). In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 196.

<sup>281</sup> SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Motivação..., op. cit., p. 199 e 205. Também: CORAPI, Diego, op. cit., p. 226.

<sup>282</sup> "Ancora dai principi generali, infatti, deriva che il creditore della controllata, il cui diritto abbia subito pregiudizio dal danno cagionato alla società sua debitrice dalla società che sudi essa esercita influenza dominante, potrà agire nei confronti di quest'ultima per la lesione da essa arrecata al proprio credito. È lecito argomentare, e proprio da una norma di diritto societario, ossia dall'art. 2394, che nel nostro sistema legislativo è <<danno ingiusto>>, come tale rissarcibile ex art. 2043, oltre che la lesione del credito in senso stretto (che è l'estinzione del diritto per il fatto doloso o colposo altrui), anche il danno che consista nella lesione della aspettativa di prestazione del creditore. In applicazione di questo generale principio se potrà ritenere che la società controllante che abbia esercitato una influenza dannosa sulla

Ainda na Itália, aponta-se a relevância da lei sobre administração extraordinária da grande empresa em crise (Lei nº 270, de 30.01.1979, alterada em 08.07.1999), com a exigência da direção unitária, aliada ao controle, para determinar a caracterização de grupo (art. 3º, § 3º) [i. 13].

Na França, identifica-se também o controle como fator de moldura dos grupos, apesar da classificação doutrinária faltar em grupos financeiros (com participação no capital), grupos pessoais (com administração comum) e grupos contratuais (com ligações contratuais estáveis)<sup>283</sup>. Naquele ordenamento, dá-se relevância à chamada doutrina Rozemblum – derivada da jurisprudência<sup>284</sup> – que destaca a sólida estrutura de grupo e correlação entre as atividades das sociedades, de modo complementar entre as unidades, formando um todo coordenado e com interesse comum do grupo<sup>285</sup>. Anota Viviane Müller Prado que a doutrina Rozemblum leva em consideração muito mais o interesse comum do grupo do que a direção unitária, descaracterizando os

controllata sai responsabile verso i creditori di questa per i danni subiti da costoro come diretta e prevedibile conseguenza della pregiudizievole influenza esercitata sulla società loro debitrice" (GALGANO, Francesco. *L'impresa e le società. Le società di capitali...*, op. cit., p. 165). Também: MARCHISIO, Emiliano. *Usi alternativi del gruppo si società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del <<governo>> delle società e diritto settoriale delle imprese*. Napoli: Jovene, 2009. p. 53-60.

<sup>283</sup> ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. A doutrina Rozemblum do direito francês: o reconhecimento do caráter exoneratório dos grupos de sociedades em matéria de crime de *abus des biens sociaux* e a consequente influência do direito penal na estruturação e no funcionamento dos grupos de sociedades. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85. Também: DI MAJO, Alessandro. *I gruppi di imprese...*, op. cit., p. 174-175.

<sup>284</sup> No caso Rozemblum, o controlador fez transferências de ativos intragrupo consideradas abusivas e prejudiciais às unidades descapitalizadas, mesmo que tais transferências se justificassem para manutenção das sociedades beneficiadas. Narra Danilo Borges S. G. Araújo, que a opção da Corte de Cassação foi afastar o caráter exoneratório de responsabilidade do grupo, adotando como critérios (a) que somente haverá grupo se a sociedade controladora definir política geral de desenvolvimento do conglomerado e (b) que não pode haver sacrifício excessivo à sociedade filiada, além da necessidade de previsão de contrapartida tempestiva pela sobrecarga da sociedade controlada (ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de, op. cit., p. 100). Também sobre o tema: MUNHOZ, Eduardo Sechi. Estrutura de governo dos grupos societários de fato na lei brasileira: acionista controlador, administradores e interesse do grupo. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (et. al.) (coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 279. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. III, op. cit., p. 329. VIO, Daniel de Avila, op. cit., p. 137-138.

<sup>285</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses...*, op. cit., p. 132 e 239.

conglomerados pela falta de complementaridade entre as sociedades<sup>286</sup>. Em termos parafraseados de Engrácia Antunes: ocorre sacrifício de interesses individuais das sociedades em prol da política global do grupo<sup>287</sup>.

No mesmo sentido, Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo constata que a jurisprudência francesa unificou o conceito do grupo a partir do “equilíbrio entre o interesse do grupo e os interesses próprios da filial e dos seus associados”<sup>288</sup> e o socorro financeiro entre sociedades do mesmo grupo dependeria de estrutura estável, política de grupo e compensações para sacrifícios da sociedade filiada, que não pode ser colocada em situação de risco superior à capacidade financeira e patrimonial<sup>289</sup>. A violação das regras da doutrina Rozemblum vem sendo penalizada com reparação dos danos – e, portanto, importada para outros ordenamentos – o que confronta com institutos específicos do direito alemão<sup>290</sup>.

A Espanha se ressentida da falta de regulamentação específica e lá se constata a alternância do conceito de grupos de acordo com o setor<sup>291</sup>, variando entre os critérios de controle (art. 42 do *Código de Comercio*)<sup>292</sup>

<sup>286</sup> PRADO, Viviane Müller. *Conflicto de intereses...*, op. cit., p. 137 e 190-200.

<sup>287</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *The governance...*, op. cit., p. 42.

<sup>288</sup> ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de, op. cit., p. 100.

<sup>289</sup> FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa. *Rivista delle società*, ano 46, p. 341-448. Março-Junho/2001. p. 376-379.

<sup>290</sup> FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, op. cit., p. 381-382.

<sup>291</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba. *Derecho de grupos de sociedades*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2009. p. 33-34. PERANDONES, Pablo Girgado. El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61 e 63.

<sup>292</sup> Com redação pela Ley 16/2007, dispõe o texto: “Art. 42.1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

e direção unitária (art. 4 da *Ley de Mercado de Valores*)<sup>293</sup>. Em termos de responsabilidade das sociedades em grupo, sustenta-se a teoria italiana das vantagens compensatórias, de modo que o exercício de poder pela sociedade controladora deve envolver compensação entre vantagens e desvantagens, ganhos e perdas, para permitir a integração do grupo<sup>294</sup>. Desse modo, Embid

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona (...).”

<sup>293</sup> “Art. 4. A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.
- b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.
- c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas.”

<sup>294</sup> PERANDONES, Pablo Girgado, op. cit., p. 67. Também: ANTUNES, José Augusto Engrácia. *The governance...*, op. cit., p. 43. Engrácia Antunes critica a tendência de vantagens compensatórias, sendo falácia que o sistema de grupos e compensações levaria a sociedade filiada à situação de equilíbrio se fosse sociedade isolada. O cenário seria inimaginável no grupo, porque a integração de sociedade é “caminho sem volta” (op. cit., p. 44).

Irujo constata a prevalência do modelo orgânico a partir do controle e de conceitos como influência dominante de uma sociedade sobre outra, aferível especialmente pelo critério da direção unitária<sup>295</sup>.

Segundo María Luisa de Arriba Fernández, basta que haja o poder de influência durável e estável, mesmo que não seja exercido (art. 87 da *Ley de Sociedades Anónimas*)<sup>296</sup>. A mesma autora interpreta as ingerências externas da sociedade dominante sobre a dependente, qualificando-as como positivas e negativas. Aquelas são estimuladas por gerar benefícios às sociedades dominadas, enquanto estas são hipóteses penalizadas pelo ordenamento espanhol com a reparação de danos – medida indireta de proteção dos credores<sup>297</sup>.

Já em Portugal, conforme já se notou, o legislador seguiu o sistema alemão, diferindo relações de controle (ou domínio, prevista nos arts. 486º e 487º do CSC) e relações de grupo (arts. 488º a 508º-F do CSC – Decreto-lei nº 262/1986).

Na relação de domínio, prepondera o critério da *influência dominante*, com presunção legal (arts. 486º, 1 e 2, do CSC) quando uma sociedade, direta ou indiretamente<sup>298</sup>, detenha participação majoritária no capital, disponha de mais da metade dos votos e designe mais da metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização. Sobre essa opção portuguesa, Engrácia Antunes interpreta o conceito de influência dominante como pressuposto normativo central das consequências jurídicas em matéria de grupos. Por isso, o conceito é qualificado pelo autor como *funcional*, já que dele derivam conjuntos de regras protetivas de sócios minoritários e credores, apesar da escassa proteção feita pelo legislador de Portugal a esses grupos de interesse<sup>299</sup>. De acordo ainda com Engrácia Antunes, a influência dominante se caracteriza por: (a) *potencialidade* no uso, ou seja, é indiferente o exercício sobre a sociedade dependente<sup>300</sup>; (b) *estabilidade* ou contínua interferência de poder

<sup>295</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *Algunas reflexiones...*, op. cit., p. 31 e 35. Também: FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 113-114.

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 123.

<sup>297</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 161-162.

<sup>298</sup> “Teremos influência *directa* quando a sociedade dominante dispõe em nome e por conta própria dos instrumentos sobre os quais se alicerça o domínio exercido ou exercitável sobre a sociedade dependente (v.g., maioria de capital ou de votos); teremos uma influência *indirecta* quando aquela exerce ou pode exercer tal influência graças à mediação de um ou mais terceiros que, situando-se dentro do perímetro do respectivo controlo, são titulares jurídico-formais dos instrumentos de domínio intersocietário” (ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 482).

<sup>299</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 453.

<sup>300</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 454.

sobre as controladas<sup>301</sup>; (c) *amplitude* a ponto de interferir sobre diversas áreas das sociedades controladas, da política de investimentos à direção financeira. Sobre esse último tópico, constata-se corrente majoritária da amplitude geral, para indistintos setores da atividade da empresa – dos investimentos ao financiamento – e tese minoritária da amplitude setorial. Engrácia Antunes, nesse ponto, expõe preocupação de destacar que na empresa vários setores são interligados e a influência dominante sobre um deles pode desencadear consequências sobre os demais, sendo necessário verificar a extensão do domínio e o quanto a decisão influencia na atividade da controlada<sup>302</sup>.

De outro lado, o legislador lusitano fixou os grupos de direito a partir de três contratos descritos no Código de Sociedades Comerciais que permitem a subordinação dos interesses da sociedade controlada àqueles provenientes do grupo: (a) domínio total (arts. 488º e 489º); (b) grupo paritário (art. 492º); (c) contrato de subordinação (art. 493º a 508º). Igualmente ao Brasil, os grupos de fato são derivados de um poder decorrente do controle majoritário<sup>303</sup>.

De relevante para o presente estudo, destaca-se que no contrato de subordinação do direito português fica determinado um regime de responsabilidade ilimitada por dívidas e perdas sociais alheias, prevista expressamente nos arts. 501º e 502º do CSC, como derivação do próprio dever de diligência na gestão do patrimônio da sociedade dependente<sup>304</sup> e também do interesse do grupo previsto no art. 503º, 2, do CSC. Com a celebração da convenção do grupo, as sociedades dependentes renunciam parcela da autonomia e mudam a equação de risco para os credores, que indiretamente se submetem aos interesses do grupo conduzidos pela sociedade dominante. Essa a justificativa da responsabilidade ilimitada da sociedade diretora (art. 501º do CSC) e da

<sup>301</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 467-468.

<sup>302</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 453.

<sup>303</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 73.

<sup>304</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 615. Interessante provocação sobre os efeitos econômicos benéficos da ilimitação de responsabilidade pode ser encontrada em HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255-325. Sobre a relevância das teses defendidas por Hansmann e Kraakman e os impactos para os estudos de responsabilidade nos EUA: ELGUETA, Giacomo Rojas. Divergences and convergences of common law and civil law traditions on asset partitioning: a functional analysis. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 12, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1395342>>. Acessado em: 21/11/2013. p. 3-5.

compensação de perdas anuais (art. 502º do CSC)<sup>305</sup> e também da pouca utilização das convenções no direito de grupos portugueses<sup>306</sup>.

Não é demasiado noticiar os esforços europeus para a unificação de regras do direito de grupos, com minuciosa descrição de trabalhos e incompatibilidades feita por Klaus Hopt, divulgada na valiosa obra coordenada por Danilo Araújo e Walfrido Warde<sup>307</sup>. De notável para o presente estudo, pode-se destacar a resistência na adoção do modelo dual alemão, mas também a anotação de insuficiência da tradição anglo-saxônica de tratar com indistinação o acionista controlador da sociedade controladora<sup>308</sup>. Propôs o autor, ainda, que o direito europeu poderia se aproveitar de decisões de aperfeiçoamento do direito de grupos para também unificar o tratamento da matéria no espaço comum dos países da União Europeia<sup>309</sup>. Isso não necessariamente implicaria adoção do modelo de *enforcement* norte-americano, baseado principalmente na doutrina *lifting the corporate veil*, que tem bastante resistência num dos grupos avançados de estudo, o *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>310</sup>. A propósito, referido grupo gerou importante documento para a base de estudo de unificação do direito europeu nessa matéria, mas também relata grande resistência na adoção do modelo dual alemão. Todavia, o documento reconhece o controle como elemento nuclear para o conceito de grupo, apesar da peculiar visão alemã e portuguesa da direção unitária como determinante de influência decisiva<sup>311</sup>. Além disso, resolveram propor medidas de compatibi-

<sup>305</sup> A propósito dessa compensação, Engrácia Antunes constata a diferença entre o sistema alemão do § 302 da *AktG* e do art. 502º do CSC, respectivamente, determinando a recomposição do saldo negativo na conta do próprio exercício social do prejuízo e ao final do contrato de convenção do grupo (ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 822).

<sup>306</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. *Os grupos...*, op. cit., p. 797-798 e 819-820.

<sup>307</sup> HOPT, Klaus J. Direito de grupos societários: uma perspectiva europeia. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 415-457.

<sup>308</sup> HOPT, Klaus J., op. cit., p. 418.

<sup>309</sup> HOPT, Klaus J., op. cit., p. 428.

<sup>310</sup> Trata-se de grupo de estudos formado por grandes juristas europeus estudiosos do direito de grupos, tendo no comitê central Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt, Marcus Lutter, Peter Doralt, Jean-Nicolas Drucey e Eddy Wymeersch. Além deles, outros grandes juristas como Embid Irujo, Giuliana Scognamiglio, Pier Giusto Jaeger, dentre outros, integraram o projeto (FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT. *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*. *Rivista delle società*, ano 46, p. 341-448. Março-Junho/2001).

<sup>311</sup> FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, op. cit., p. 364-367.

lização da doutrina de Rozemblum para o tratamento unificado do conflito de interesses entre sociedade controladora e controlada<sup>312</sup>.

Apesar de não ter regras específicas<sup>313</sup> e também diferir do modelo alemão [i. 2], o sistema de grupos do direito norte-americano é pautado pelo controle, de modo que a atribuição de direitos e responsabilidades de uma sociedade para outra, com delimitação de unidades e limitação de riscos, é o que emerge da formação do grupo<sup>314</sup>. Para Blumberg, ressaltam-se algumas características: (a) controle (*control*) da sociedade mãe sobre as filiadas em razão da propriedade das ações que atribui poder de conduzir a administração e, através desse critério preponderante, os poderes intrusivos podem ser o critério para a atribuição de responsabilidades<sup>315</sup>; (b) integração econômica (*economic integration*), que envolve, por critérios de jurisprudência, gestão centralizada e interação controlada<sup>316</sup>; (c) interdependência administrativa (*administrative interdependence*), que é fato decorrente da permissão de serviços de gestão contábil, financeira, controladoria, dentre outros, que são confiados à sociedade controladora ou outras filiadas<sup>317</sup>, em verdadeira concessão de autonomia ou soberania administrativa; (d) interdependência financeira (*financial interdependence*), que é bem ligada à característica anterior, mas específica que as sociedades filiadas dependem de avanços e

<sup>312</sup> FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, op. cit., p. 384.

<sup>313</sup> Nesse contraponto, Alessandra Daccò constata, em estudo sobre o sistema de grupos norte-americano, que a falta de regras positivadas permite evolução da prática empresarial e de adequação do intérprete às evoluções econômicas. Não obstante, o desenvolvimento do *Model Business Corporation Act* tem sido observado como consagrador de parâmetros que já são estáveis, permitindo evolução em outros aspectos pela doutrina e jurisprudência (DACCÒ, Alessandra. *Alcune riflessioni in merito ai recenti orientamenti in materia di gruppi societari nel diritto statunitense*. *Rivista delle società*, ano 42, p. 159-192. Janeiro-Fevereiro/1997. p. 159-160).

<sup>314</sup> BLUMBERG, Phillip I.; STRASSER, Kurt A.; GEORGAKOPOULOS, Nicholas A.; GOUVIN, Eric J. *Blumberg on Corporate Groups*. v. 1. p. I. [N.c.]: Wolters Kluwer, 2011-2012. p. 6-7. Na mesma obra: BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 67-56. Em estudo de Virginia Harper Ho, acrescenta-se ser possível caracterizar o grupo no esquema de firma de Coase, por ser forma de organização racional da empresa a partir do controle: HO, Virginia Harper. *Theories of corporate groups: corporate identity reconceived*. *Seton Hall Law Review*, v. 42, 3, p. 879-950, 2012. p. 886.

<sup>315</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-8.

<sup>316</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-8. Também: DACCÒ, Alessandra, op. cit., p. 163.

<sup>317</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-8.

equilíbrios da sociedade controladora<sup>318</sup>; (e) interdependência entre empregados (*employee interdependence*), com rotação entre funcionários de um mesmo grupo, pagamento com opções de ações de sociedades do grupo e qualificação funcional<sup>319</sup>; (f) singularização de produtos e da imagem de grupo, o que Blumberg centralizou na figura da *common public persona*<sup>320</sup> ou até mesmo da sociedade filiada que conduz suas operações sob o nome do grupo sem identificação de suas organizações em separado (controle intrusivo e integração econômica)<sup>321</sup>.

Outro aspecto importante apontado pela doutrina norte-americana, em estudo de Virginia Harper Ho, é a funcionalidade da limitação de responsabilidade das empresas em grupo, implicando alocação de ativos para redução da exposição da sociedade controladora aos riscos, assim como se criam escudos de proteção entre as unidades grupadas em relação aos riscos criados nas demais controladas<sup>322</sup>.

<sup>318</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-9. Pela relevância para a tese, transcreve-se o critério: "Group financing is a common place. Subsidiaries frequently do not seek financing independently. Instead, they are dependent on advances from their parent corporations or on guaranties by their parent or sister subsidiaries when they need to borrow directly. Frequently, financing takes place on the group level, with loans resting on the cross-guaranties of the component companies of the group. Funds raised by particular component companies may not be used by the borrowing company, but may be allocated to other affiliates that will realize greater returns on the capital employed. This internalization of the capital market by a corporate group has been said to be one of the major reasons for the growth of corporate groups, particularly in the case of multinational corporations".

<sup>319</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-9.

<sup>320</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 1., p. 1, op. cit., p. 6-9.

<sup>321</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 58-27.

<sup>322</sup> HO, Virginia Harper, op. cit., p. 899. Também: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. *Law...*, op. cit., p. 62. VIO, Daniel Avila, op. cit., p. 55-58. Nesse último estudo, os autores apontam que a subpartilha de ativos e responsabilidades nos grupos causam três efeitos: (a) perda de condições de avaliação da empresa; (b) dificuldade de credores da sociedade mãe em monitorar os ativos espalhados em unidades do grupo; (c) complexidade de processos falimentares para conciliação de interesses de credores do grupo. Textualmente: "As the recent bankruptcies of Enron and WorldCom demonstrate, this subpartitioning of assets and liabilities into entities controlled by the firm but often absent from the firm's balance sheet greatly diminishes investors' ability to evaluate the firm's financial condition. An elevated risk of fraud is one cost of such profligate asset partitioning. A second, equally important, cost is that unsecured lenders to parent companies face increased difficulty in monitoring the assets that bond their claims. A third cost is the heightened complexity of

Em termos de responsabilidade intragrupo, Blumberg explica que a imposição da responsabilidade à sociedade mãe por danos da sociedade filiada é consequência do desenvolvimento de uma técnica para essa finalidade. O pressuposto desenvolvido pelos tribunais foi de ampliação da responsabilidade da sociedade controladora via conceitos como agência, autoridade aparente e assunção de obrigações<sup>323</sup>, para responsabilidade por danos e contratual. De qualquer modo, diz Blumberg, a questão central é a identificação da inter-relação íntima entre as sociedades do grupo, com isolamento do fator *controle* como base de extensão de responsabilidade<sup>324</sup> e utilização das teorias *piercing the veil* para imputação que rompa a separação entre sociedades e sócios.

Para imputação de responsabilidade à sociedade mãe por aplicação da teoria *piercing the veil* por condutas irregulares, Blumberg aponta algumas hipóteses da jurisprudência<sup>325</sup>: (a) utilização da sociedade filiada para propósitos fraudulentos; (b) mistura de ativos e drenagem de patrimônio em benefício de sócios; (c) fragmentação excessiva da empresa; (d) averiguação da capitalização inadequada<sup>326</sup>. Essa imposição de responsabilidade ocorre, portanto, com a subsidiária como parte da economia ou da empresa da sociedade mãe.

A preocupação ainda vai às raias da responsabilidade intragrupo entre sociedades afiliadas, mas a integração econômica das sociedades é fator que contribui para a imposição de responsabilidade, especialmente

bankruptcy proceedings, in which courts must reconcile the competing claims of the parent company's and the creditors of hundreds of subsidiaries".

<sup>323</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 57-3.

<sup>324</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 57-5.

<sup>325</sup> BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 60-3 e 69-3. Também: DACCÒ, Alessandra, op. cit., p. 182-184.

<sup>326</sup> Sobre a errática posição dos Tribunais norte-americanos acerca da capitalização, escreveu Blumberg: "Financial weakness as a result of inadequacy of capitalization presents a different problem from that arising from financial weakness as a result of economic reverses. Inadequate capitalization plays an equivocal role. Some courts that rely on entity law to defeat intragroup tort liability go so far as to reject even "gross inadequacy" of capitalization as decisive. Other courts rely on the adequacy of capitalization at the time of initial organization as a major factor immunizing a parent or other controlling shareholder from liability. Courts refusing to impose intragroup tort liability frequently list inadequacy of capitalization among the important factors making for liability. As we have seen, however, it does not appear to play an important role in cases that do impose a subsidiary's tort liability on its parent" (BLUMBERG, Phillip I. (*et al*), v. 2., p. IV, op. cit., p. 60-11 e 67-59).

em matéria de responsabilidade contratual. Diz Blumberg: “economic integration may contribute to the imposition of intragroup contract liability even when subsidiary conducts significant operations of its own but those operations are part of the enterprise operated by the group”<sup>327</sup>. Essa responsabilidade excepcional intragrupo é apontada por Virginia Harper Ho como decorrente da impossibilidade de proteção contratual dos credores de responsabilidade civil<sup>328</sup>.

#### 6. SELEÇÃO DE CRITÉRIOS DA TEORIA GERAL NO DIREITO BRASILEIRO PARA IMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA DE TUTELA COLETIVA DE CREDORES

Sem o intuito de exaurir e avocar para esse trabalho a montagem de uma teoria geral dos grupos (o que, aliás, faria perder a hipótese de pesquisa), foram selecionados alguns elementos de teoria geral [i. 1] que auxiliarão na solução dos problemas encontrados.

O percurso que se fez permite concluir que existe um fenômeno econômico amplo que se pode denominar *concentrações empresariais*<sup>329</sup>. Nesse gênero se identificam três espécies de qualificações funcionais no âmbito do direito brasileiro: (a) grupos econômicos; (b) concentrações por relações contratuais; (c) grupos societários.

(a) Nos *grupos econômicos* é permitido englobar as junções entre organizações econômicas que atuam em sinergia de atividades – complementares ou não – para integração de cadeias econômicas, manifestação de poder de controle ou até mesmo para desempenho de atividades-meio distintas do objeto principal do grupo econômico. Tais atividades grupadas são objeto de tratamento unitário somente em algumas hipóteses específicas do direito brasileiro, nomeadamente no âmbito trabalhista e concorrencial [i. 3], sem que haja uma política de tutela de crédito que não seja a solidariedade entre unidades com fundamento protetivo dos grupos de interesses diretamente envolvidos.

Em doutrina e jurisprudência, ainda se percebe que os grupos econômicos são tratados indiscriminadamente e com limitação de efeitos à normativa setorial (tal qual se verifica na Espanha<sup>330</sup>), misturando conceitos e pessoas jurídicas sem que haja parâmetro legislativo que não seja o suporte

<sup>327</sup> BLUMBERG, Phillip I. (et al), v. 2., p. IV, op. cit., p. 67-502.

<sup>328</sup> HO, Virginia Harper, op. cit., p. 899.

<sup>329</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *El derecho...*, op. cit., p. 6-7.

<sup>330</sup> FERNÁNDEZ, María Luisa de Arriba, op. cit., p. 81.

do art. 2º, § 2º, da CLT, art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, do art. 33 da Lei nº 12.529/2011 e do art. art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013. Por interpretação adequada do direito positivo, na referência para a relação laboral, para pagamento de contribuições previdenciárias, para a tutela da concorrência e para punição por atos de corrupção ocorre a consideração de uma concentração empresarial não necessariamente societária, que implica a conjugação de *organização* com diversidade de estrutura jurídica. Tais arranjos não são oponíveis caso sejam utilizados em prejuízo do trabalhador ou sejam supressores da livre concorrência, já que esse é o objeto de tutela das regras qualificadoras do tal grupo econômico. Permite-se constatar, então, que grupo econômico, para o direito brasileiro, tem alcance restrito a esses dois campos, com previsões que dão efetividade à tutela dos interesses de trabalhadores e concorrência somente para que as estruturas da sobreorganização grupada não sirvam de óbice ao recebimento de créditos laborais ou então que sejam alcançadas pelas regras concorrenciais.

Esse vazio legislativo permite identificar que o legislador brasileiro não foi extensivo como o alemão, porque, conforme já se afirmou [i. 2], o § 15 da *AktG* estendeu seus efeitos para as *empresas* ligadas (*verbundene Unternehmen*), com tutela das regras ultrapassando lindes societárias.

A constatação nos traz alguns problemas quando se identifica um grupo com sociedades controladas por fundação privada, por exemplo. Não sendo créditos trabalhistas ou tutela concorrencial, a legislação não resolve adequadamente o problema de imputação, relegando a atuação dos credores ao expediente da desconsideração da personalidade jurídica. Acontece que, em caso de insolvência, a sociedade controlada poderá ter a falência decretada, mas esses efeitos não poderão ser de imediato transferidos à fundação controladora para uma tutela coletiva do crédito do grupo, seja porque a fundação não se sujeita à falência, seja porque a liquidação de bens do ativo funcional é sujeita a outro rito (art. 69 do CC, art. 1.204 do CPC/1973 e art. 765 do CPC/2015). A não ser que a pessoa jurídica da fundação seja utilizada com desvio de finalidade ou fraude, o direito brasileiro se vê diante de problema de complicada solução (e a questão apresenta semelhantes desafios se o controlador for associação ou cooperativa).

(b) O outro fenômeno econômico ainda maltrapilho na roupagem legislativa e no tratamento das consequências jurídicas é o das *concentrações por relações contratuais*<sup>331</sup>. Trata-se de realidade presente na economia a

<sup>331</sup> Para caracterizar essa situação intermédia entre a sociedade e os contratos bilaterais de escambo, Ricardo Luis Lorenzetti usa a figura de uma *conexão contratual estraté-*

englobar contratos interempresariais de trato sucessivo e que trazem forte relação de colaboração entre as partes envolvidas. São relações de contratos típicos, socialmente típicos ou atípicos como a franquia, a *joint venture*, a concessão mercantil, a distribuição, dentre outros, que não necessariamente emolduram relação *ex causa societatis*, mas que podem gerar tratamento unitário de consequências econômicas e repercussões variáveis entre a tutela da concorrência, a tutela da dependência econômica contratual e a identificação da controvertida existência do chamado controle externo.

Esse controle externo é reconhecido, por exemplo, pelo art. 2.359, 3, do *Codice Civile* italiano, que prevê controle em sociedades sob influência dominante de uma outra em virtude de vínculos contratuais. Alessandro De Majo, sobre o assunto, afirma a hipótese de controle externo a partir de arranjos contratuais que impliquem dependência econômica, como nos casos de agência, franquia, *factoring*, dentre outros<sup>332</sup>.

Franco Di Sabato sustenta, no direito italiano, que vínculos particulares contratuais podem produzir efeito de controle e gerar influência dominante<sup>333</sup>. No mesmo sentido, mas no direito alemão, Hans Grigoleit reconhece uma influência dominante proveniente de relações contratuais, mas sem caracterização de vínculos societários<sup>334</sup>.

Essa modalidade de integração vertical pela via contratual/obrigacional foge à rígida constituição de sociedades. É uma tendência forte no desenvolvimento atual do capitalismo, já que dispensa a rigidez e a complexidade das participações societárias e os problemas decorrentes do *status socii*. Assim, essa concentração por vias contratuais dispensa a formação de uma organização, sem afastar a manutenção de poder e a dependência econômica no contrato empresarial.

Falta a esse arranjo contratual a formação de uma organização, com interesse social específico, apesar de entendimentos respeitados sobre a caracterização de controle externo nesse tipo de coligação ou de rede contratual<sup>335</sup>.

gica, baseada na colaboração (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. Buenos Aires: Rubinzal, 2004. p. 718).

<sup>332</sup> DI MAJO, Alessandro. *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 15.

<sup>333</sup> DI SABATO, Franco. *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*. In: CAPOTORTI, F. (et. al.) (coord.). *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*. Padova: CEDAM, 1989. p. 7.

<sup>334</sup> GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Aktiengesetz...*, op. cit., p. 129.

<sup>335</sup> Sempre relevante sobre o assunto é a discussão de existência ou não de contrato de sociedade no julgamento do REsp nº 15.247-RJ, que teve parecer contrário de Fábio

Entretanto, a relação jurídica continuativa e de colaboração dos contratos empresariais é marcada por peculiaridades interpretativas bem mais complexas do que a mera análise de atos isolados, já que geralmente haverá uma atividade empresarial desenvolvida de forma complementar e mutualística.

Sob a categoria de contratos relacionais, Ronaldo Porto Macedo Júnior aproxima esses contratos empresariais daqueles de sociedades, em razão da solidariedade (auxílio mútuo), da cooperação (relação de natureza instrumental e econômica), da comunidade (coesão de conduta por consenso espontâneo), além do reconhecimento de possíveis efeitos de grupo na barganha coletiva dos contratos<sup>336</sup>.

Em termos de consequências jurídicas para credores, no entanto, as unidades de concentrações empresariais por contratos ainda são vistas de forma estanque e cada uma arca com os próprios riscos dimensionados nos relacionamentos isolados com os respectivos credores. O envolvimento da empresa detentora de poder econômico não ocorreria, a não ser que fosse demonstrada a direta participação na formação da álea do contrato com o credor e na composição do risco do negócio com terceiro. O máximo que se pode esperar na falência de uma unidade sob dependência econômica do contrato empresarial é o pleito de continuidade do negócio para evitar o aumento do passivo da massa falida ou para preservação dos ativos, na forma do art. 117 da LREF<sup>337</sup>.

(c) Por todos os fundamentos demonstrados, a terceira espécie de concentração empresarial do direito brasileiro é o caso de grupos que envolvam somente sociedades. A identificação de *grupo de sociedades* implica ultrapassar os limites de uma única organização isolada, revelando-se uma sobreorganização societária com três elementos: relação de subordinação, determinada

Konder Comparato, entendendo existir contrato de sociedade com controle externo em afiliada de rede de televisão: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 270-291. Nelson Eizirik trata de hipóteses de controle externo distinto de controle acionário, sem, portanto, gerar “consequência na esfera do direito societário, muito menos responsabilidade pela eventual infração a qualquer modalidade de abuso de poder previstas na Lei das S.A.,” além de casos como ações empenhadas (art. 39 da LSA) e alienadas fiduciariamente (art. 40 da LSA) (EIRIZIK, Nelson. *A Lei das S/A...*, v. I, op. cit., p. 667).

<sup>336</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 150 e 185.

<sup>337</sup> “Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.”

pelo controle de uma ou mais pessoas do grupo, manifestando-se, sobretudo, pela unidade diretiva econômica permanente das atividades [i. 1.3]; por meio do controle, preponderância dos interesses da sociedade controladora, com mitigação dos interesses das sociedades controladas [i. 1.1 e 1.2]; existência de convenção de grupo [i. 4]<sup>338</sup> ou identificação de controle ou de coligação [i. 5] como fonte de proveniência do poder no grupo.

Torna-se relevante a forma do exercício do poder de controle, especialmente considerando a condução imprimida pela sociedade controladora e pelo tipo de interesse que introjeta na administração do grupo. Os fatos e os negócios jurídicos gerados a partir do poder da controladora demarcam a aferição do interesse societário e de eventuais abusos cometidos na subordinação da atividade das controladas.

Além disso, a legislação não chega ao ponto de criar personalidade jurídica própria para o grupo, mas a sobreorganização econômica das sociedades – estejam elas sob contrato ou sob junção pelo controle – emoldura um conjunto de interesse com *causa societas* e, por conseguinte, gera direção unitária e intercâmbio patrimonial entre os componentes do grupo. É sobre essa sobreorganização, então, que advêm consequências de tutela dos grupos de interesse (sócios e credores, especialmente) das sociedades grupadas, demandando do direito as devidas compensações para disfunções ocorridas no exercício do poder de controle sobre a direção e sobre o intercâmbio patrimonial. Tais desdobramentos ocorrem na proteção de sócios minoritários das sociedades controladas, mas também na tutela do crédito e na proteção de interesses do mercado que transaciona com o grupo.

Ante a excessiva parcimônia – para não dizer avareza – da legislação brasileira em relação aos instrumentos de compensação do modelo alemão [i. 2], verifica-se quanto aos credores a salvaguarda da desconsideração da personalidade jurídica como alternativa para essas compensações, mesmo na doutrina mais próxima da aprovação do texto da LSA<sup>339</sup>. A problematização

<sup>338</sup> Os grupos convencionais (de direito) são conceituados por Carvalhosa: “conjunto de companhias sujeitas a um controle comum, que, mediante convenção formal, visam a concentrar, sob a direção autônoma do grupo, a política de administração, os fatores de produção, o patrimônio e os resultados (lucros), mantendo cada uma das pactuantes a sua formal personalidade jurídica” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*, op. cit., p. 326).

<sup>339</sup> Nesse sentido, já falando em confusão patrimonial e compensações: LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades...*, op. cit., p. 108 e 117. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro advertiam sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em matéria grupos, que deveria ser aplicada com cautela

está justamente na medida dessa aplicação da desconsideração da personalidade e na extensão de efeitos da falência, por exemplo.

Em regra, é irrazoável alterar o centro de imputação de responsabilidade a outras sociedades controladas do grupo, com atividades diversas da sociedade geradora da superação da personalidade jurídica. Cada unidade responde isoladamente pelos riscos gerados e a aplicação da regra de desconsideração não se dá horizontalmente – entre as sociedades controladas – mas sim, verticalmente, para atribuição de responsabilidade ao controlador em estruturas de subordinação.

Levantadas essas premissas, compreende-se que os grupos são forma de organização. Para tanto, a fixação de elementos de compreensão de uma teoria geral dos grupos no direito brasileiro pode ser estabelecida com os seguintes critérios – ou premissas para a solução das questões envolvendo a falência – que seguem a teoria geral de Wiedemann [i. 1] com algumas propostas: (a) ordenamento societário do grupo; (b) ordenamento patrimonial do grupo; (c) ordenamento empresarial; (d) garantias no direito de grupos.

#### 6.1. Ordenamento societário do grupo

A identificação de grupo de sociedades rompe os limites de uma única organização isolada (arts. 243 e 266 da LSA), já que as necessidades econômicas determinam arranjos multifacetados de sobreposição de várias organizações societárias em torno de interesse comum do grupo (se for um grupo de direito) ou de subordinação limitada ao respeito do interesse da controlada (se for grupo de fato).

Importa notar, todavia, que a moldura do ordenamento societário do grupo permite partir de uma premissa: a legislação das sociedades isoladas não é revogada pelo direito de grupos societários. Ao contrário, a referência para a solução de omissões do capítulo da LSA é das regras comuns de direito societário. Não importa tanto o tipo societário adotado, bastando o respeito do regramento base do modelo para previsão das consequências advindas do poder fático do controle. Por isso, é perfeitamente possível conceber um grupo societário de fato, de formato piramidal, com uma controladora sociedade anônima e controladas variando entre sociedades limitadas, subsidiárias integrais e outras sociedades anônimas, desde que preservado e respeitado o regramento do tipo societário específico.

e equidade: TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, op. cit., p. 775-776.

Assim se afirma porque ocorre um fenômeno associativo de sobre-organização [i. 4.1] ou uma organização fática de controle [i. 5.2] para o cumprimento de uma ou mais finalidades das sociedades grupadas. Diz Engrácia Antunes que os efeitos das decisões ultrapassam “o círculo das próprias sociedades onde foram tomadas”<sup>340</sup>.

Sejam grupos de direito (ou convencionais), sejam grupos de fato, prepondera uma relação de controle que é determinante da imputação das pessoas jurídicas societárias grupadas [i. 1.2]. Assim, o interesse social das controladas é conduzido para a composição do interesse do grupo (nos grupos de direito) e deverá respeitar à manutenção de viabilidade da controlada (no caso dos grupos de fato) [i. 1.1]. Além disso, dentro da ordem societária, será possível observar a conformação de uma direção unitária ordenada pelo controle [i. 1.3].

Percebe-se a formação de uma sobreorganização privada e finalística: a função do grupo é, por meio do controle (arts. 243 e 269, inciso II, da LSA e art. 1.098 do CC), a coordenação dos interesses sociais e da direção unitária, preservando as unidades do grupo com diversidade de existências jurídicas. Por isso, a coordenação do cumprimento dos objetos sociais respeita o interesse das sociedades controladas (arts. 245, 246 e 276 da LSA), ao mesmo tempo em que as coloca para unir esforços em benefício do grupo. O objeto da sociedade é único, mas o interesse é expandido.

Esse aparente paradoxo [i. 3] não pode ser motivo de superação de direitos dos sócios, especialmente dos minoritários que não participam da sociedade controladora. Por falta de previsão específica, todos os direitos de sociedade isolada continuam a regular o *status socii*. Entretanto, se o interesse social é expandido, tal efeito também se amplia para os sócios minoritários e sociedades controladas, cuja fiscalização de *business judgment rule* passa ao alcance da sociedade controladora.

Outro tema que adquire relevância é a imprevidência do legislador brasileiro na identificação de grupos econômicos baseados em controle não por sociedades<sup>341</sup>: em outros termos, caso ocorra hipótese, por exemplo, de

<sup>340</sup> ANTUNES, José Augusto Engrácia. Os poderes nos grupos de sociedades – O papel dos accionistas e dos administradores na formação e na direção da empresa de grupo. In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho. Problemas do direito das sociedades. Coimbra: Almedina, 2003. p. 159.

<sup>341</sup> FRANCO, Vera Helena Mello. Particularidades da *affectio societatis* no grupo econômico. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano XXXII, n. 89, p. 47-55, Janeiro-Março/1993. p. 48.

uma fundação exercer o controle societário de uma sociedade empresária. A hipótese não nos é desconhecida<sup>342</sup> tampouco no direito estrangeiro, conforme sustenta Embid Irujo<sup>343</sup>. Sem entrar na específica discussão da fundação-empresa e da similitude atividade-fim fundacional e atividade-meio empresarial, a questão que se mostra relevante é a integração de uma entidade peculiar no âmbito da direção unitária do grupo, sem que ocorra desnaturação das organizações tão diversas.

O que se propõe é justaposição da fundação no “cume” do grupo (*Konzernspitze*) e não como entidade dominada<sup>344</sup>, de modo que a participação no grupo empresarial sirva de instrumento para cumprir a atividade-fim da fundação, resguardando-se as peculiaridades dos interesses da fundação e do grupo. Essa proteção estaria tanto no resguardo, pelo Ministério Público (art. 66 do CC), do cumprimento dos fins fundacionais, como também de evitar prejuízos aos fins sociais e benemerentes pelos riscos da atividade empresarial, sobretudo em se tratando de efeitos generalizados da desconsideração da personalidade jurídica<sup>345</sup> [i. 16] e até mesmo da incompatível extensão de efeitos da falência.

Também se considera importante delimitar o nível de coordenação das atividades societárias para caracterização da *sobreorganização societária*. A atuação do controlador passa a ser qualificada a partir de posturas e condutas que não impliquem sobrecarga de prejuízos para as unidades do grupo em favor da sociedade controladora, provocando sistemáticos e anormais desequilíbrios financeiros que podem ocasionar a mudança na imputação de responsabilidade para a controladora e até mesmo a extensão de efeitos de um processo falimentar, dependendo das condições que serão posteriormente analisadas.

<sup>342</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 73. DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 3. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006. p. 547-557.

<sup>343</sup> IRUJO, José Miguel Embid. Grupos y derecho de fundaciones. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371. Também: UNCITRAL. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency – 2010*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acessado em: 10/05/2013. p. 8. DI MAJO, Alessandro. *I gruppi di imprese...*, op. cit., p. 99.

<sup>344</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *Grupos y derecho de fundaciones...*, op. cit., p. 378. Também sobre o assunto: THEISEN, Manuel René, op. cit., p. 72.

<sup>345</sup> IRUJO, José Miguel Embid. *Grupos y derecho de fundaciones...*, op. cit., p. 384. CERZETTI, Sheila Christina Neder. *Grupos...*, op. cit., [no prelo].

Assim, o exercício do poder de controle societário se revela critério relevante para a atribuição das consequências jurídicas descritas, confirmando a já clássica formulação de não haver domínio sem responsabilidade: *keine Herrschaft ohne Haftung*<sup>346</sup>.

Um panorama de comparação de direitos ajuda na confirmação de alguns pressupostos.

A primeira base que pode auxiliar como pressuposto teórico para extensão de efeitos da falência é a “teoria do controle com influência devastadora” (*existenzvernichtenden Eingriffes*), com atuação da controladora sem preservação da controlada<sup>347</sup> [i. 12.1], ressaltando-se, com arrimo no estudo de Walfrido Warde, que a influência devastadora não é consequente a mero julgamento negocial equivocado, na linha de julgamento do *business judgment rule* [i. 1.2].

Outra corrente de interesse para a avaliação de condutas é a teoria italiana do *sócio tirano*<sup>348</sup>, cuja influência e domínio sobre a esfera jurídica alheia ultrapassam os riscos normais do empreendimento societário, expondo os demais sócios a áleas extraordinárias e no interesse exclusivo desse sócio déspota, ainda que em prejuízo exclusivo dos demais grupos de interesse que gravitam em torno da organização.

## 6.2. Ordenamento patrimonial do grupo

Conforme se dessumiu na gênese alemã do direito de grupos brasileiro [i. 2], as sociedades grupadas guardam autonomia de personalidade jurídica

<sup>346</sup> WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 547. GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Gesellschafterhaftung...*, op. cit., p. 19-23.

<sup>347</sup> WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 237-240.

<sup>348</sup> Os Tribunais italianos têm certa resistência para extensão de efeitos de responsabilidade (até mesmo falimentar) para o sócio tirano, conforme constatou a doutrina daquele país: BIGGIAMI, Walter. <<Imprese>> di finanziamento come sur rogati del <<socio tirano>> - imprenditore occulto (studio giurisprudenziale). In: *Impresa e società: scritti in memoria di Alessandro Graziani*. v. 1. Napoli: Morano, 1968. p. 79-135. p. 79. PORTALE, Giuseppe B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., p. 99. Tratando o sócio tirano sob a ótica da confusão patrimonial para desconsideração da personalidade jurídica: GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale. Le società*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1977. p. 239. SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, v. 762, p. 81-97, Abril/1999. p. 90.

entre si, circunscrevendo débitos ao âmbito do patrimônio ativo de cada unidade filiada. Essa hipótese limite é relativizada.

Primeiramente, observou-se que no direito alemão a *dependência econômica* entre as unidades do grupo traz consequências jurídicas protetivas dos grupos de interesse que gravitam em torno da sociedade filiada. Outro aspecto é que a unidade diretiva faz com que a tomada de decisões pela controladora possa ser a causa de efeitos que desequilibrem a sociedade filiada. Por isso é que parte da doutrina brasileira já admite, há algum tempo, a existência de casos de solidariedade entre as sociedades do grupo, em estritas hipóteses<sup>349</sup>.

Permite-se nesse ponto divergir de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que sustenta haver presunção de responsabilidade solidária, inclusive para estruturas de grupo<sup>350</sup>. Afirma-se isso porque a legislação brasileira prevê expressamente a distinção entre personalidades e patrimônios no art. 266 da LSA<sup>351</sup>, sem que haja qualquer dispositivo legal geral prevendo a presumida solidariedade – ressalvadas algumas regras especiais [i. 3]. Trabalhar com essa extensão de efeitos do controle, sem contenções objetivas, implicaria considerar inócua a estruturação de grupos para alocação adequada de estruturas patrimoniais para os respectivos riscos empresariais.

Segundo ponto de análise é que o patrimônio ativo líquido – uma das acepções de capital – é instrumento para atingir o fim social e, por consequência, para dimensionar os riscos empresariais de quem negocia com a sociedade. Por essa razão, o conjunto de regras sobre o patrimônio tem natureza de ordem pública<sup>352</sup> e adquire dimensão mais complexa no direito de grupos, em razão do controle e da direção unitária.

A sociedade isolada é responsável, com todo o seu patrimônio ativo, pelas obrigações contraídas (disso decorrendo a limitação de responsabilidade). Todavia, com a direção da sociedade controlada e com o manejo do patrimônio feito por outra sociedade, a averiguação da correta condução dos rumos da sociedade controlada passa a ser medida de tutela de credo-

<sup>349</sup> Nesse sentido: PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 35-37. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares, v. 2, op. cit., p. 705-707.

<sup>350</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit., p. 489.

<sup>351</sup> “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.”

<sup>352</sup> Os sócios perdem disponibilidade de manipulação patrimonial por compor a organização: GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Gesellschafterhaftung...*, op. cit., p. 9.

res. Não se está a sugerir a solidariedade entre as sociedades do grupo, de resto afastada pela própria LSA (arts. 243 e 266), até para que as unidades controladas não sejam meros departamentos da controladora, para utilizar a imagem de Comparato [i. 5.2].

A sequência dessa ordem de ideias indica, entretanto, que o descumprimento de regras societárias, a deslealdade com a falta de capitalização [i. 1.2] e o abuso de poder de controle [i. 1.2] poderão ser causas adequadas para a mudança do esquema de imputação (seja episodicamente na desconsideração da personalidade jurídica, seja na tutela coletiva da falência). O problema que se coloca é que o patrimônio autônomo – que dá suporte à limitação de responsabilidade da pessoa jurídica – sofre diferenciada influência de poder e de direção unitária proveniente da sociedade controladora (e de seus sócios e administradores). Se a atuação deles é correta, não há muito a se questionar; mas se a gestão do patrimônio da controlada se dá com abuso de poder de controle, o esquema de imputação deve acompanhar essa peculiar influência decisiva.

É o patrimônio separado da sociedade controlada que dimensiona os riscos, as vantagens e as desvantagens dos sócios. Considerando a distinção entre as pessoas jurídicas do grupo, as unidades permanecem estanques, cada qual respondendo por seus débitos, a não ser em casos de coobrigação, garantias e sucessões legais ou contratuais. Entretanto, se considerado um grupo de fato, com utilização dos ativos da sociedade controlada sem as devidas compensações de prejuízos impostos em nome do interesse do grupo ou mesmo em razão de transferências patrimoniais indevidas, pode ocorrer uma mudança substancial na personificação da imputação de obrigações. Isso ocorre porque o poder de controle não é endossocietário nas sociedades controladas. Ao contrário, a proveniência da manifestação de poder é detectada a partir da administração da sociedade controladora, que nada mais faz do que concretizar a vontade do controlador.

Não se trata de reconhecimento da solidariedade em matéria de grupos. Ao contrário: propala-se o refinamento das regras de imputação e de criação de deveres fiduciários como limitadores do controle. Afinal, o dano à pessoa jurídica é dano mediato aos sócios e aos credores e deve ocorrer recomposição do patrimônio para uma reorganização societária.

Verifica-se, em boa medida, que essa conclusão parcial coloca a desconsideração da personalidade jurídica como regra excepcional e ocasional da correção de abusos e não como a sanção jurídica irrestritamente aplicável em matéria de grupos para tutela do crédito individual tampouco para as garantias ao crédito coletivo na falência. Aliás, conforme será observado no tópico próprio [i. 8], desconsideração da personalidade jurídica e falência são institutos jurídicos antinômicos e com objetivos bastante distintos.

De certa maneira, esses pressupostos decorrentes da lealdade no cuidado do patrimônio da controlada constituem uma obrigação de influir com melhores esforços (*best efforts*) no cumprimento do interesse social da controlada, sob pena de reparação de danos (inclusive em casos de culpa *in contrahendo*).

Nosso direito não desenvolveu a categoria jurisprudencial do sócio tirano italiano [i. 18] ou da norte-americana *common public persona* [i. 5.5] para responder por prejuízos da controlada em razão de ser a pessoa que exsurge ao mercado como a detentora do livre-arbítrio de *business judgment rule* (art. 159, § 6º, da LSA). Entretanto, nada nos impede de buscar a sociedade controladora ou grupo de sociedades que realizem a gestão patrimonial e usar instrumentos de prova que apontem a pessoa pública comum, o sócio tirano ou outras adjetivações para caracterizar quem realmente, de fato e aparentemente, impõe os atos societários no grupo.

Tais argumentos justificam a constatação de que a regulação dos grupos no direito brasileiro descuidou gravemente da proteção dos credores<sup>353</sup> e não são todos eles que conseguem obter garantias efetivas para os créditos das demais unidades do grupo (sejam da controladora ou das demais controladas). De acordo com Fábio Konder Comparato, não se positivou sequer responsabilidade subsidiária para uma “departamentalização” real, muitas vezes características de confusão patrimonial, ressalvando-se o tratamento unitário dado pelo direito do trabalho [i. 3]<sup>354</sup>.

Mesmo assim, é possível extrair sentido da composição do patrimônio do grupo, como conjunto de regras de ordem pública de desempenho do objeto social e garantia dos credores.

### 6.3. Ordenamento empresarial do grupo

A formatação da atividade do grupo é volúvel, já que a estrutura poderá ser desenhada para acomodar atividades semelhantes, diversas, horizontalmente ou verticalmente integradas.

Já se observou [Introdução] que a maior parte dos grupos de fato brasileiros se forma por estruturas piramidais de controle e com variedade no objeto social das sociedades controladas, sendo indicativo de que o controle proveniente das *holdings* conduz a integrações verticais (acomodando uma mesma cadeia até o produto final) e horizontais (com organização de diversas atividades).

<sup>353</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários...*, op. cit., p. 105.

<sup>354</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários...*, op. cit., p. 106. PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes, op. cit., p. 32.

Em qualquer dos casos, cabe à *holding* ou à sociedade controladora estruturar a organização econômica das controladas, de modo a formar arranjo de capital apto a suportar os riscos empresariais.

Além de afetar a administração individual das sociedades do grupo e a direção unitária, esse ordenamento da atividade empresarial grupada também causa impactos nas assembleias. Se a matéria de interesse do grupo escapa à competência direta da administração da controladora, desloca-se a atribuição de direção unitária para o âmbito de órgãos deliberativos como o Conselho de Administração e a Assembleia Geral. Nesses órgãos, novamente o problema da averiguação do interesse social volta à plena discussão, já que as medidas deliberadas na sociedade controladora trarão impactos no cumprimento do objeto lucrativo da sociedade controlada (escopo formal da empresa), que também pode ter sua atividade inviabilizada (escopo substancial da empresa).

Em coerência com os demais ordenamentos [i. 6.1 e 6.2], novamente se ressalta o dever de lealdade dos administradores, que são responsáveis pela gestão (arts. 245 e 273 da LSA).

Seria a controladora, então, um órgão do grupo para o qual se desloca a responsabilidade empresarial? Em princípio, não haveria o deslocamento, já que a direção unitária faz nosso sistema utilizar como critério a responsabilidade do administrador. Todavia, a solução não nos parece suficiente para a tutela de credores – inclusive na falência – já que os deveres fiduciários e a lealdade também demarcam a atuação da sociedade controladora em todas as suas instâncias decisórias e deliberativas [i. 1.2].

#### 6.4. Garantias no direito de grupos

O direito de grupos tempera preceitos de organização e de garantia<sup>355</sup>.

A organização conforma os fatores de produção e grupos de interesse para cumprimento do objeto social e as garantias são representadas por um conjunto de regras de ordem pública prescritivas de proteções jurídicas proporcionais aos riscos de ter os bens e direitos geridos por terceiros. Em outros termos, numa organização societária, os sócios minoritários têm o seu capital conduzido pelo controlador e pelos administradores e os credores contratam com a sociedade com a legítima expectativa de recebimento da contraprestação obrigacional prometida. As garantias impregnadas no direito societário se prestam justamente para conter a potestatividade de adminis-

<sup>355</sup> SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 491.

tradores e sócios controladores das sociedades, impedindo a mitigação ou supressão de direitos na organização.

Tal constatação vale para as sobreorganizações em grupos, mas com a devida adaptação para a realidade de superposição ou acomodação de várias unidades sob controle comum e direção unitária, extravasando de uma sociedade controlada componente do grupo a projeção das garantias.

Sob o ponto de vista dos credores – objeto do presente estudo – não é demasiado readvertir que as regras da LSA e do CC não cuidaram especificamente de medidas de proteção distintas daquelas das sociedades individuais.

Nos grupos de fato, por exemplo, prevê-se no art. 245 da LSA a responsabilidade de administradores por favorecimento de controladora ou controlada, desde que não haja comutatividade nas operações nem compensações devidas. A opção do legislador foi fixar relação de causalidade com os administradores e a controladora (art. 246 da LSA), com reconhecimento de deveres fiduciários para esses dois órgãos de controle perante a sociedade e não a partir do pleito de credores. Será por meio da investigação do abuso do poder de controle que poderão os credores ampliar a responsabilidade à sociedade controladora.

Já nos grupos de direito, a existência de um interesse do grupo mais intenso – mesmo com a separação entre as pessoas jurídicas do art. 266 da LSA – permite a imposição de participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos aos sócios minoritários, desde que haja previsão na convenção e sob pena de responsabilidade. Entretanto, também nesse caso observa-se a proteção de sócios e o descuido de compensações ou manutenção de áleas e riscos para os credores das unidades do grupo.

Portanto, as garantias aos credores são derivadas do direito comum de sociedades para manutenção do capital e vedação de atos contrários à sociedade controlada que prejudiquem os credores, sob pena de perda da autonomia dos patrimônios entre as sociedades do grupo. Esse é um indefectível conjunto de regras de ordem pública por projetar efeitos para os grupos de interesses externos da sociedade individualmente considerada, mas também por propagar efeitos para o grupo em geral em razão do liame intersocietário dado pelo fator *controle*.