

Edições Anteriores

2ª edição – 1977
3ª edição – 1983
4ª edição – 2005
4ª edição – 2005 – 2ª tiragem

FÁBIO KONDER COMPARATO
CALIXTO SALOMÃO FILHO

**O PODER DE CONTROLE
NA
SOCIEDADE ANÔNIMA**

5ª Edição



Rio de Janeiro
2008

companhia, ou da economia nacional" (grifo nosso).⁹⁷ A regra é reafirmada, em relação às sociedades controladoras, no art. 246, impondo-se o dever de reparação dos danos causados, a requerimento de acionistas da sociedade prejudicada.⁹⁸

A confusão patrimonial, nos grupos societários de fato, é, assim, nitidamente profiigada.

Nota de Texto 66 O estudo da disciplina da responsabilidade e da descon-sideração da personalidade jurídica dentro dos grupos (de fato e de direito) é particularmente importante.

Como forma de controle externo (pelos credores sobretudo) do comportamento das empresas do grupo e seus controladores é dispositivo complementar às regras de organização interna. Pode-se dizer inclusive que, quanto mais deficientes ou meramente formais essas regras, mais importantes e aplicadas serão as regras de descon-sideração.

Assim sendo, para uma correta definição da tipologia jurídica de cada estrutura grupal não basta se ater às dis-tinções da lei, que tem por base a organização interna. É preciso também analisar o grau efetivo de separação patrimonial entre as empresas do grupo a partir do estu-do da realidade da aplicação da teoria da descon-sidera-ção da personalidade jurídica.⁹⁹

113. Com base nas considerações que precedem, iremos focalizar, nos capítulos seguintes, não todas as questões ligadas ao afastamento da personalidade jurídica em razão do poder de controle, mas apenas as que nos parecem mais relevantes. A idéia central é a que anima todo este nosso estudo, ou seja, a especificidade do *status* jurídico do titular do controle, em relação aos demais acionistas ou interessados na companhia.

97 A lei omite, ali, o interesse dos credores da sociedade controlada, que pode ser, eviden-temente, prejudicado pelo desvio de poder do controlador.

98 Cf. nota precedente.

99 Cf., para uma tentativa de elaboração da tipologia nesses moldes mais abrangentes, Nota de Texto 77.

Capítulo II

DEVERES E RESPONSABILIDADES DO TITULAR DO CONTROLE INTERNA CORPORIS. DESVIO DE PODER E FRAUDE À LEI

114. O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisso nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um *direito de controle* re-presenta um elemento indispensável na economia social, embora ele não tenha sido sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal, até o advento da Lei nº 6.404/76. Não há sociedade sem poder, e sem organiza-ção do poder — ou seja, sem direito — como saibentamos desde as páginas in-troduórias.

Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima. Ora, uma das mais sentidas lacunas de nossa ordenação jurídica, até a promulgação da nova lei acionária, consistia, justamente, na falta de previsão de limites rigorosos para o exercício do controle societário, na medida em que esse fenômeno social havia sido descuroado, quase que totalmente, na visão do legislador, ou concebido como realidade menos honesta, numa democracia acionária próxima da ilusão comunitária.

Superada a formidável lacuna legal, recai agora sobre a doutrina o en-cargo de orientar o intérprete na compreensão e aplicação das novas nor-mas. É o que tentaremos fazer, analisando os conceitos de desvio de poder e de fraude à lei, as suas manifestações e os remédios jurídicos propostos.

A) Os *Conceitos*

115. A aplicação ao direito societário da doutrina do desvio de poder, consagrada no direito administrativo moderno pela iniciativa pioneira do Conselho de Estado francês, constitui uma das grandes conquistas atuais.

Falando-se de desvio, subentende-se, evidentemente, uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado. Supõe-se, pois, antes de tudo, a falha de um objetivo ou finalidade, impostos pelo direito, ou *aberratio finis legis*, como já foi dito, em paráfrase a consagrada expressão do direito penal.¹ Mas desvio de finalidade, esse compatível com a observância das regras de procedimento formal, que disciplina o exercício do poder, o que torna o ato particularmente perigoso, pela dificuldade em que se encontram os prejudicados de comprovar a ilicitude; o desvio de poder consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legis*, e não *contra legem*, segundo a conhecida advertência de Paulo: *Contra legem facit, quia id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (D. 1, 3, 29, *libro singulari ad legem Cinciam*).

O Código Civil italiano filiou a fraude à lei ao elemento causal do negócio, reputando "ilícita a causa, quando o contrato constitui o meio para eludir a aplicação de uma norma imperativa" (art. 1.344). Ou seja, reconhece que há um desvirtuamento da função econômico-social do negócio, acarretando a falha do objetivo visado pelo legislador.

Do desvio de poder deve ser destacado o excesso, que ocorre quando o agente, embora perseguindo fins consagrados ou impostos pela ordem jurídica, interfere, não obstante, de modo mais do que necessário na esfera jurídica alheia (Código de Processo Civil, art. 620; excesso na execução judicial; Código Penal, art. 23, parágrafo único, e Código Civil de 2002, art. 188, parágrafo único: excesso culposo nos atos praticados em legítima defesa ou estado de necessidade).

Situação diversa do abuso em sua dupla forma, de desvio e excesso de poder, é a falta de poder jurídico (manifestação de poder de fato). Aqui, a antijuridicidade é do título, não do modo de exercício do poder. O controle extremo, não sancionado pela ordem jurídica, é um dos exemplos de poder de fato.

De qualquer forma, tratando-se de abuso de poder de controle na sociedade anônima, importa definir, preliminarmente, essa finalidade ou objetivo que legitima o exercício do poder. Na verdade, seria mais correto falar no plural em finalidades ou objetivos, pois eles são de duas ordens: os intra e o extra-empresariais. Os primeiros correspondem à satisfação dos

interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extra-empresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa.

Falar em interesses externos à empresa, a serem atendidos pelo empresário ou controlador, é usar de linguagem inteiramente estranha à tradição do capitalismo liberal. Para este, o empresário é proprietário dos meios de produção e, como tal, tem direito ao exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade (Código Civil de 2002, art. 1.196), e à apropriação dos lucros, como fruto de bens próprios. A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas consequências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente (justificação teleológica e não pelo título casual); sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição e instrumentados na lei do plano. De outro lado, o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresarial, obedecidas as finalidades sociais fixadas em lei.

Isto posto, a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito. O direito ao lucro ou à expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional em que ela se insere; interesses esses não só de ordem econômica (independência tecnológica ou economia cambial, por exemplo), como também de ordem social em sentido amplo (proteção do meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural).

No seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados sucede, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana.²

1 J. Cerejlla Junior, *Amulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

2 A noção de norma-objetivo foi introduzida no Brasil pelo Professor E. R. Grau. Cf. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 242 e ss. e verbe "norma-objetivo" na *Enciclopédia Saraiva de Direito*.

A discussão sobre os interesses intra e extra-empresariais não é estranha à doutrina do direito privado.

116. É muito conhecida a concepção dita da "empresa em si", que Walter Rathenau divulgou na Alemanha, ao final da Primeira Guerra Mundial, sustentando que os empresários detêm o poder de controle não para servir os capitalistas — sócios ou acionistas — e sim no interesse público representado pela empresa, como organização que transcende a sociedade comercial.³ A lei acionária germânica, de 1937, aceitou (pelo menos verbalmente) essa concepção no seu § 70, ao assinar aos membros do *Korstand*, sob sua responsabilidade, o dever de dirigir os negócios sociais segundo o "bem do estabelecimento" (*Mohl des Betriebs*) e dos seus empregados, assim como no interesse comum da nação e do *Reich*. O dispositivo foi, sem dúvida, a fonte do art. 116, § 7º, do nosso Decreto-Lei nº 2.627. A doutrina alemã, no entanto, tal como a brasileira, procurou minimizar o alcance da norma.⁴ A lei acionária de 1965 não repetiu a fórmula, de certo modo maquiada de espírito nazista, limitando-se a declarar, laconicamente, que "a diretoria (*der Vorstand*) deve dirigir a sociedade sob sua responsabilidade" (§ 76). Mas consagrou, em contrapartida, o princípio da co-gestão dos trabalhadores no seio do *Aufsichtsrat*, já instituída nos anos imediatamente posteriores à guerra (§ 96).

Nota de Texto 67 Na verdade, a evolução da lei alemã de 1937 para as leis de participação operária das décadas de 50 e 60 correponde exatamente à evolução doutrinária do institucionalismo clássico ou publicista ao organizativo.

3 Cf. W. Rathenau, *Vom Aktienwesen, Eine geschichtliche Betrachtung*, Berlin, 1917; tradução italiana "La Realtà della Società per Azioni", na *RS*, 1960, pp. 912 e ss.

4 Em seus autorizados comentários à lei de 1937, R. Godin e H. Wilhelm, co-autores do projeto, afirmam que a fórmula legal significaria que os administradores sociais agem no interesse não só dos acionistas atuais, mas também dos futuros, o que era uma evidente interpretação a *latere*: "Der Vorstand leitet die Gesellschaft, d.h. führt ihre Geschäfte, wie es das Interesse der Aktionäre, aber nicht nur der augenblicklicher (erst recht nicht nur des Augenblicks) sondern auch der künftigen, d.h. der Bestand und die Entwicklung des Unternehmens (wofür das Gesetz "Betriebe" sagt) verlangt, und mit gewissen aller Rucksicht auf das Wohl der Gesellschaft, in die das Unternehmen einbezogen ist" (*Aktiengesetz*, cit., p. 286).

Na mesma época da elaboração da anterior Lei acionária alemã, a Suíça introduziu, no seu Código Federal das Obrigações, alguns dispositivos de proteção do interesse da empresa no funcionamento de sociedades por ações. Assim, o atual art. 671, terceira alínea, tratando do fundo de reserva legal, dispõe que "enquanto o fundo de reserva não ultrapassar a metade do capital social, não pode ser utilizado senão para cobrir os prejuízos ou para se tomarem as medidas que permitam manter a subsistência da empresa em período de exploração deficitária, evitar o desemprego ou atenuar-lhe as conseqüências". No art. 674, cuidando das reservas estatutárias ou facultativas, edita: "A assembleia geral pode, por ocasião da fixação do dividendo, constituir reservas não previstas, nem pela lei, nem pelos estatutos, ou que excedem as exigências da lei e dos estatutos, na medida necessária para assegurar, de forma durável, a prosperidade da empresa ou a distribuição de um dividendo tão constante quanto possível" (alínea 2); "ela pode, igualmente, mesmo na falta de cláusulas estatutárias, operar, sobre os lucros líquidos, deduções para criar e manter instituições de previdência em proveito dos empregados e operários da empresa, ou outras instituições análogas" (alínea 3).

Nos Estados Unidos, em pleno período de depressão conseqüente à crise de 1929, E. Merrick Dodd, então professor na Harvard Law School, sustentou, em polêmica com Berle, que os diretores de uma sociedade anônima não são, propriamente, *trustees* dos acionistas, mas têm também deveres mais amplos, de natureza social.⁵ A idéia continua a ganhar adeptos, até hoje, naquele país.⁶

Nota de Texto 68 É preciso reconhecer, no entanto, não sem pesar, que em especial nos EUA hoje é absolutamente prevalente a chamada análise econômica do direito societário.

É interessante observar que seus defensores, de assumida inspiração Coasiana, se afastam de seu inspirador quando se trata de definir interesse social.

5 E. M. Dodd, "For Whom Corporate Managers are Trustees?" in *Harvard Law Review*, 45 (1932), p. 1.145. Berle, como sabido, acabou depois concordando, substancialmente, com essa opinião.

6 Cf. E. V. Rostow, "To Whom and for What Ends is Corporate Management Responsible?" in E. S. Mason (coord.), *The Corporation in Modern Society*, Cambridge-Massachusetts, 1966, p. 46.

Isso porque a idéia central de Coase tem no fundo uma mensagem organicista e até institucionalista. Ver na empresa um feixe de contratos e um feixe de interesses nada mais significa que identificar um ente voltado a captar e organizar todos esses interesses, sem distinção entre eles.⁷ Mesmo na idéia Coasiana de custo de transação

7 Na formulação mais ligada à idéia de Coase a empresa é vista como um feixe de contratos — *nexus of contracts* (essa visão da empresa foi originariamente elaborada por A. Alchian e H. Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organization", *American Economic Review*, 62 (1972), p. 777, 783 e posteriormente desenvolvida por M. Jensen e W. Meckling, "Theory of the firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, 3 (1976), p. 305). Em uma linguagem mais jurídica, a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimo necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa (cf. H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 18).

A própria definição e os termos nela utilizados revelam sua origem econômica. A precupação em desconsiderar as formas jurídicas para centrar-se na realidade econômica é evidente.

Essa precupação fica mais clara no passo seguinte da teoria. Trata-se de determinar qual o fundamento do controle interno da empresa. Na perspectiva econômica, o fundamento está na teoria dos custos das transações (cf. O. Williamson, "Transaction cost economics" in R. Romano, *Foundations of Corporate Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 12). O controle interno da empresa, obtido através da propriedade de suas ações, é naturalmente atribuído àquele grupo de pessoas com as quais transacionar no mercado é excessivamente oneroso para a própria empresa ou para esse grupo de pessoas, seja porque algum deles mantém uma situação monopolista (imagina-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado por uma determinada situação pode ser extremamente negativo para a empresa. Isso é um ponto muito importante que distingue a análise econômica aqui empreendida de uma pura e simples aplicação da teoria da eficiência. Entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam.

Essa consideração tem duas consequências bastante relevantes. Em primeiro lugar, a relativa irrelevância da forma societária escolhida. Com efeito, é tradicional a comparação na doutrina econômica entre a sociedade de capitais e a cooperativa, entendendo-se a contribuição dos sócios nas sociedades de capitais como *economometricamente equivalente* a uma hipotética junção de capitais próprios a custo zero realizada em uma também hipotética cooperativa (v. a interessante comparação feita por H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit., p. 14).

sação e na proposta de sua eliminação⁸ está presente a idéia de internalização dos interesses mais relevantes e influentes para a sociedade, exatamente por que isso elimina custos de transação elevados.

Tanto isso é verdade que análises iniciais de alguns pós-Coasianos no campo societário eram em essência profundamente ligadas ao institucionalismo organizativo.⁹

Ocorre que acabou por se formar um consenso em torno de certas idéias gerais de teóricos da análise econômica do direito, bem mais ideológicos e políticos (como Posner e Bork) e bem menos profundos que a de seus pais e inspiradores como Coase.

A principal e mais política delas, a idéia de eficiência, aplicada tanto ao direito antitruste como ao direito societário, acabou por reduzir o interesse societário apenas ao interesse dos acionistas à maximização do valor das ações e levar os próprios pós-Coasianos inicialmente mais coerentes (como Hansmann) a rever suas posi-

A segunda e mais importante delas é a equivalência substancial entre controle interno e externo do ponto de vista jurídico. O que a teoria dos custos de transação procura demonstrar é que ambos podem ser úteis para os interesses da empresa.

O controle interno, naqueles casos em que o estabelecimento tinha de relação externa, contratual, de mercado com determinado grupo, seria muito custoso. E o controle externo, na medida em que os interesses de eventual grupo de controle interno sejam tão heterogêneos que levem a custos de transação (leia-se de tomada de decisões) altíssimos, acarretando virtualmente a paralisação da empresa ou sua operação ineficiente. A consequência de tudo o que foi dito é bastante simples e pode ser assim resumida. O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extrema, à auto-preservação. Deve isso sim ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente — e aqui a eficiência é a distributiva e não a alocativa — as relações jurídicas que envolvem a sociedade. Essa conclusão é evidentemente bastante próxima do institucionalismo organizativo acima identificado.

8 R. H. Coase, "The nature of the firm" in *Econométrica* 4, cit., p. 386, e in *The firm, the market and the law*, cit., p. 33.

9 Cf. H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit.

ções, adotando em pleno as premissas ideológicas da análise econômica do direito.¹⁰

Há um traço comum em todas essas concepções ou disposições legais: é o fato de terem surgido em plena crise econômica. Dal já se haver falado (com evidente alusão ao famoso ensaio de Spengler) em produtos de uma *Untergangswirtschaft*.¹¹ É, talvez, por isso que, a cada período de prosperidade econômica ulterior, a ideia do exercício do poder de controle, no interesse da empresa e do bem público, é posta em surdina. Mas ela permanece latente e sempre pronta a surgir à tona.

Em caso muito comentado, a Justiça francesa teve ocasião de reafirmar o princípio do interesse empresarial como escopo da sociedade anônima.¹² Tratava-se da subsidiária francesa da companhia norte-americana *Fruehauf*, que havia firmado com outra sociedade francesa um importante contrato para a fabricação de rebouques de caminhão, destinados à exportação para a República Popular da China. Um ano após a celebração do contrato, a sociedade norte-americana controladora decide desfazer o negócio, alegando pressões políticas, e dá ordem aos administradores da subsidiária para tomarem as medidas necessárias nesse sentido. Diante da recusa da co-contratante em operar o distrito, só restava a solução do inadimplemento, acarretando a resolução com perdas e danos de elevado montante. Inconformados, os administradores de *Fruehauf-France*, representando os acionistas minoritários franceses, requereram ao Tribunal de Comércio que nomeasse um administrador judicial para gerir, temporariamente, os negócios da sociedade, a fim de executar o contrato em causa, o que foi deferido. Confirmando a decisão em grau de recurso, o tribunal de segunda instância declarou que um administrador judicial podia e devia substituir os órgãos administrativos de uma sociedade anônima, em circunstâncias excepcionais, em atenção ao interesse da empresa, cujo equilíbrio financeiro e crédito no mercado seriam gravemente comprometidos com a resolução contratual, suscetível de arruiná-la definitivamente e de provocar a dispensa de mais de seiscentos empregados.

Nesse caso, porém, o interesse societário confundia-se, efetivamente, com o da empresa, e a fundamentação do julgado poderia ter sido dada com base naquele. O que havia, de fato, era o sacrifício da sociedade francesa ao interesse geral do grupo econômico, no qual se inseria, de não entrar em conflito com a política externa do governo norte-americano.¹³

No Brasil, a lei de sociedades por ações de 1976 veio consagrar, ao que parece definitivamente, o abandono da teoria do exclusivo atendimento dos interesses acionários e, até mesmo, dos interesses intra-empresariais em seu conjunto, como objetivo da atuação de controladores e administradores. Na norma do parágrafo único do art. 116, assim como na expressão de uma modalidade de abuso de poder, constante da alínea *a* do art. 117, § 1º, vem imposto o respeito aos interesses da "comunidade", ou da "economia nacional". No art. 154, definindo-se a finalidade das atribuições administrativas, assinalam-se "as exigências do bem público e da função social da empresa".

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

Ora, essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios. Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente o círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação? Certamente não os acionis-

10 *K. g.*, a pueril análise contida em H. Hansmann e R. Kraakman, "The end of history of corporate law", in *Georgetown Law Journal* 89 (2001), pp. 439 e ss.

11 Nussbaum, cit. por P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 15.

12 "Juris-Classeur Pénodique", *La Semaine Juridique*, 1965, vol. II, 14.274-bis: RTDc, 1965, p. 631; RS, 1969, p. 418 (com comentários de Ragusa-Maggiore).

13 D. Schmidt critica a decisão judicial que, a seu ver, desconsiderou as prerrogativas da maioria acionária de decidir, em todos os casos, qual o interesse de sociedade (*Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, cit., n° 298), quando, na verdade, era patente o desvio de poder, não legalizado na França, pela falta de uma regulamentação dos grupos societários, autorizando a subordinação do interesse individual de cada sociedade ao do grupo.

tas, mesmo minoritários ou não-controladores. Na formulação legal do mecanismo da responsabilidade civil, houve a definição de novos interesses protegidos e de novo responsável (o controlador), ao lado dos administradores. Mas não houve a indispensável designação do agente legitimado a agir em prol do bem público.

Imagina-se que essa omissão é suprida na companhia de economia mista pelo fato de o Poder Público sempre exercer o controle acionário, com a autorização expressa de "orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação" (art. 238). Mas essa interpretação lógica é abstrata e não encontra apoio na realidade.

Em primeiro lugar, "interesse público" não quer dizer interesse estatal, pois ambos podem não coincidir, necessariamente, sobretudo em país como o nosso, em que o Estado muito raramente foi representativo do povo, ou da sociedade civil. Ademais, a estrutura da sociedade de economia mista encerra, em si mesma, grave contradição. As companhias exploram, por definição legal, empresas lucrativas. Mas o regime econômico consagrado na Constituição não assina ao Estado, por função, produzir lucros. A legitimidade da ação estatal, ainda e sempre, é o serviço público, a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos no regime da exploração privada, de modo eficiente e justo, sem discriminações entre os consumidores, de acordo com o princípio da demanda solvável, como ocorre com a empresa capitalista. A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desativado com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (Constituição Federal, art. 173). O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é pois o de perseguir o interesse público antes e acima da exploração lucrativa — o que torna sem sentido a participação societária do capital privado no empreendimento; ou dar lugar ao interesse público apenas quando este se coloca em conflito com objetivo normal de produção de lucros — o que infringe o princípio constitucional assinalado.

Nota de Texto 69 Na verdade, vista sob um certo prisma, essa aparente contradição é capaz de incluir na dinâmica das deliberações societárias outros interesses que não o interesse privado do acionista.

Exercendo suas atividades em setores que geralmente afetam o interesse de todos ou de relevantes parcelas da população, nada mais coerente que garantir de alguma forma a participação interna de seus representantes.

Uma das maneiras, ainda que imperfeita, de fazê-lo, é exatamente atribuir ao acionista (controlador) o Estado, ao menos em teoria, instrumento de representação de interesses coletivos, o dever de representar (fidejuciarmente), tais interesses, além de seus próprios interesses capitalísticos. É o que faz o art. 238 da lei societária.

A experiência prática nos últimos anos tem sido, nesse aspecto, mais rica que a própria intuição teórica.

Esses dispositivos têm se revelado poderosos e às vezes únicos instrumentos regulatórios de certos setores da economia. Especialmente naqueles setores em que a União detém monopólio de fato, o uso do poder de controle no interesse público tem ajudado no planejamento e direcionamento dos referidos setores.

Nessa perspectiva a empresa pública e de economia mista ressurgem como objeto de análise e estudo tanto para o direito societário quanto para a teoria da regulação.

117. Convém analisar agora, mais de espaço, o conteúdo e o alcance da expressão "interesse social", que o legislador de 1976 substituiu por "interesse da companhia" (arts. 115 e 117, § 1º, e).

Sobre isto, muito se discutiu e se continua a discutir em doutrina. A revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, tal como a expusimos, resumidamente, no capítulo anterior, parece haver eliminado de vez a concepção gierkeana da *Person an sich*, que considerava o interesse social como algo distinto e superior ao dos próprios sócios. De resto, se assim fosse, como bem salientou Ascarelli, não se poderia recusar a obrigatoriedade do voto do acionista em assembleia nem a possibilidade de se considerarem inválidas as deliberações sociais tomadas pela totalidade dos sócios.¹⁴

14 T. Ascarelli, *Studi in Tema di società*, cit., p. 163.

Nota de Texto 70 Essa posição de Tullio Ascarelli, bastante compreensiva na época que foi exarada, está hoje superada.

O contratualismo despreendeu-se da crença de que apenas o interesse do grupo de sócios forma a vontade social. O institucionalismo de seu lado também se despreendeu da concepção original de Rathenau (sem dúvida influenciado pela tradição realista Gierkeana de um interesse próprio da sociedade identificado ao interesse público).

Ambas as concepções – contratualismo e institucionalismo – saíram em busca de novos consensos.¹⁵

a) Institucionalismo

No institucionalismo, essa busca leva a resultados muito satisfatórios do ponto de vista social e societário, ainda que deixe várias questões a serem resolvidas.

O exemplo é ainda aqui a Alemanha, berço e escola do modelo institucional. No imediato pós-guerra, a ideia, influente também para o direito societário, é a de desconstrução dos centros de poder. Um deles – talvez o mais forte – é exatamente o poder empresarial.

Fazê-lo implicava repensar o modelo empresarial alemão, fortemente baseado em estruturas de poder concentrado. Isso se fez através de modelo muito interessante de ser observado, sobretudo da perspectiva brasileira, a participação operária nos Conselhos de Supervisão (*Aufsichtsrat*) das empresas alemãs. Esse modelo, mais do que forma de alterar a estrutura empresarial, serviu como potente incentivador de um pacto capital-trabalho e do desenvolvimento industrial alemão na segunda metade do século XX. Iniciou-se com a *MitbestG*, de 1951, atingindo seu ponto mais avançado com a *Mitbestimmungsgesetz*, de 1976.

Hoje, o modelo de participação operária, ainda que criticado nos círculos neoliberais mais tradicionais,¹⁶ tem seus méritos mais do que comprovados.¹⁷ Do ponto de vista societário, operou uma importante transformação da concepção institucional. Da visão clássica, genérica e pouco aplicativa, passou-se a um institucionalismo integracionista, cujos objetivos societários supra individuais se revelam na integração concreta (e não em princípios mal definidos) dos interesses dos trabalhadores na estrutura de poder societário.

Mas é exatamente essa integração concreta que coloca uma questão séria e importante, a exigir reflexão doutrinária mais profunda: por que só os interesses dos tra-

16 No plano das consequências econômico-jurídicas, a co-participação germânica tem sido criticada por literatura de forte viés neoclássico. Estudos de *corporate governance* enumeram quatro características negativas dos órgãos de representação: grande tamanho (enquanto seriam desejáveis órgãos compostos de número reduzido de representantes, com subcomitês especializados); encontros frequentes; pequeno fluxo de informações e altos índices de conflitos de interesses. As principais consequências desse conjunto de fatores seriam a vagarosidade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa. Alçada à tradição concentracionista das empresas alemãs, o sistema de co-gestão administrativa seria também causa da fragilidade do mercado acionário alemão (para maior detalhamento, v. M. J. Roe, "German co-determination and german securities markets", in *Columbia Journal of European Law*, n.º 5, 1999, pp. 199-202 e pp. 209-211). Esse tipo de crítica, de forte viés neoclássico, claramente subestima o valor da cooperação capital – trabalho na eficiência empresarial, e na criação de uma estrutura administrativa profissional em uma realidade econômica concentrada (onde o controlador tem poder incontestável), como é o caso da realidade alemã e brasileira.

17 É interessante observar a avaliação fortemente positiva feita por Comissão de Professores que realizam a avaliação dos efeitos da *Mitbestimmung* para o governo alemão. Entre as principais vantagens mencionadas destacam-se: os efeitos positivos para a eficiência das empresas decorrentes da cooperação capital-trabalho (*Produktivität der Kooperation*) e a introdução de formas de gestão não hierárquicas e baseadas em constante fluxos de informação. A conclusão é que, "Die zukünftige Entwicklung der Mitbestimmung muß dem Leitbild einer kooperativen, dezentralisierten, beteiligungsorientierten und informationsintensiven Unternehmenskultur verpflichtet sein) – v. Bericht der Kommission Mitbestimmung, Bonn, entregue em 19 de maio de 1998, realizada por um grupo de professores coordenado por W. Streck, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

15 O termo é usado por F. Galgano, *Storia del diritto commerciale*, cit., p. 135, para descrever a evolução do institucionalismo alemão. Como se verá, entretanto, essa mesma descrição é aplicável, em certa medida e por outras razões, ao contratualismo.

balhadores merecem essa atenção? Uma visão que se pretenda não individualista da realidade societária deve necessariamente ter em conta os vários interesses envolvidos pelas estruturas empresariais de porte: interesses de consumidores, comunidade afetada por conseqüências ambientais da atividade empresarial etc. Quais os critérios para identificar quais podem ser lúculos internamente e quais devem permanecer externos à sociedade, com disciplina própria?

À resposta a essas perguntas, dedicar-se-ão os esforços da teoria organizativa, verdadeiro complemento e ampliação das idéias do institucionalismo integracionista.

b) *Contratualismo*

Como dito acima, o contratualismo também sofre profunda revisão crítica. Só que aqui os resultados são bem mais parcos e indesejáveis, talvez porque a revisão tenha seguido orientação filosófica oposta à do institucionalismo.

Esse último busca escapar de qualquer pré-definição do interesse social, procurando integrar interesses que possam levar a uma definição mais ampla e compreensiva do interesse social, concentrando-se na participação efetiva na sociedade de representantes dos interesses por ela envolvidos. Já o primeiro tenta, como se verá, uma definição absoluta e definitiva do interesse social.

As correntes contratualistas modernas criticam a liberdade atribuída pelos contratualistas clássicos aos acionistas para definição do interesse social. Afirma-se que essa liberdade não é compatível com a existência do mercado de capitais, que pressupõe a existência de acionista futuro e incerto.

É com esse investidor, acionista futuro e incerto, que se busca novo consenso, procurando-se agora não apenas pré-definir as regras de organização interna da sociedade, como tinha sido feito na segunda metade do século XIX, mas sim pré-definir e se possível positivar o próprio conceito de interesse social. Esse consenso se mostra necessário para possibilitar a organização e cres-

cimento dos mercados de capitais sobretudo após a catástrofe de 1929.

Para tanto, lança-se mão do conceito de maximização do valor das ações. Tal idéia, cara aos neoclássicos americanos,¹⁸ seduz também os contratualistas.¹⁹ Essa passa a ser a definição última do conceito de interesse social, além do qual não haveria desenvolvimento possível para o direito societário.

Dessa última afirmação advém a primeira fraqueza, óbvia, dessa concepção. Como toda tentativa de pré-definição, engessa e limita o desenvolvimento científico. O próprio título do artigo de H. Hansmann e R. Kraakman, ao mesmo tempo pretensioso, e talvez por isso mesmo pueril, é boa demonstração desse risco.

Mas não é só. Tal definição do interesse social – exatamemente por permanecer autocentrada – acaba por favorecer um único tipo de comportamento, a especulação. Não é de se esquecer que a definição de interesse social é parâmetro para a atuação de acionistas e administradores. Afirmar que o interesse social reduz-se ao interesse à maximização do valor das ações implica justificar atuação de administradores e acionistas que visem exclusivamente esse objetivo, inclusive aquelas manobras puramente especulativas.²⁰

Em presença de tal definição do interesse social, não são de espantar os recentes escândalos societários no mercado de capitais. Esses escândalos societários, de

18 H. Hansmann e R. Kraakman, "The end of history of corporate law", cit., pp. 439 e ss.

19 V., sobre a concepção de interesse social na teoria contratualista, P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., bem como sua revisão pelo mesmo autor em "L'interesse sociale revisito (quarant'anni dopo)" in *Giurisprudenza commerciale*, parte I (2000), pp. 795 e ss.

20 Não se deve esquecer que um resultado pacífico da moderna teoria dos jogos é que os comportamentos individuais são fortemente influenciados por estrutura de relacionamento social que leva em conta o comportamento passado dos demais agentes do mercado e as regras sugeridas de comportamento. Ou seja, a reputação do outro com quem se interage é elemento fundamental além das regras que determinam o objeto da interação (jogo). Se essas regras instigam o comportamento individualista dificilmente a cooperação poderá ocorrer.

resto, não são novos – repetem-se ciclicamente desde o *South Sea Bubble*, de 1720, na Inglaterra²¹ e revelam a absoluta incapacidade da legislação de mercado de capitais de prevenir grandes prejuízos aos investidores. Essa incapacidade não deriva de insuficiências próprias, mas da incoerência da concepção societária contratualista, que continua a estimular especulação e não a permanência na empresa.²²

Foi o que ocorreu nos recentes grandes escândalos especulativos norte-americanos. Ali se demonstrou outra fraqueza do modelo contratualista. A extremada concepção contratualista, além de influenciar a definição do interesse social, ajuda a determinar a própria remuneração dos administradores, que nessas empresas consistia basicamente em opções de compra de ações. Isso significa que tanto maior será o ganho do administrador quanto maior for o valor – real ou artificial – das ações. Toda a filosofia e organização societária gira portanto em torno da idéia, especulativa, de maximização do valor das ações. O estímulo à criação artificial de valor pela administração, grande causa desses escândalos, decorre diretamente dessas características societárias e não de falhas na legislação de mercado de capitais.

c) Conclusão – as perspectivas teóricas para as sociedades anônimas

Todas as insuficiências até aqui detectadas sugerem a necessidade de uma visão mais abrangente, capaz de captar os vários interesses envolvidos na sociedade anônima sem pré-definições que impeçam a evolução do sistema.

Para tanto, duas noções, ambas bem conhecidas e já mencionadas, são úteis para encaminhar a análise. É necessário aqui resumidamente repeti-las e organizá-las. A primeira, a famosa idéia coasiana²³ da empresa como feixe de relações jurídicas ou um feixe de interesses.

A segunda, a também conhecida e resiliente construção do contrato de sociedade como um contrato-organização,²⁴ que visa não a dar guarida a diferentes interesses ordenados a um fim, mas sim organizar tais relações em prol de um interesse societário destacável do individual.

Ora, não é difícil daí derivar uma noção procedimental da sociedade e do interesse social. O objetivo maior de qualquer estrutura societária parece ser então reconhecer e internalizar interesses envolvidos pela sociedade e assegurar regras que permitam a composição de conflitos entre esses vários interesses. Em presença de uma tal definição procedimental não é difícil que a discussão se desloque da definição do interesse social (entre público e privado) para outras, mais aplicativas e prementes, como a distinção dos interesses interiorizáveis dos não-interiorizáveis e a identificação da disciplina a se aplicar a estes e àqueles.

A grande questão a ser resolvida, então, está exatamente na determinação dos interesses que podem ou não ser interiorizados.

A lei não contém critérios teóricos gerais definitivos que possam responder a essa questão. A análise empírica de cada interesse específico envolvido e de sua relação momentânea com os interesses societários é fundamental. Bom exemplo disso é a própria lei de participação operária alemã, que surgiu em um momento histórico de grande interdependência entre empresas e trabalhadores. Foi essa interdependência, mais do que qualquer preocupação teórica, que determinou a intro-

21 V., sobre o caso, A. A. Berle Jr e G. Means, *The modern corporation and private property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1940, p. 131.

22 At está o segundo elemento citado na nota 20, a reputação – do controlador ou administradores – maior estímulo para comportamento individualista (especulador) dos demais acionistas e maior prejuízo ao mercado de capitais.

23 R. H. Coase, "The nature of the firm" in *The firm, the market and the law*, cit.

24 P. Ferro-Luzzi, *I contratti organizzativi*, cit., 1976.

dução do sistema de participação operária, apesar das resistências ideológicas existentes.

Apesar dessas dificuldades, é possível tentar identificar critérios gerais, indicativos de maior ou menor probabilidade de obtenção de bons resultados com a internalização, critérios que podem servir para iluminar a análise empírica de cada relação específica de interesses.

Os critérios gerais a serem utilizados são aqueles sugeridos pela teoria da cooperação. A razão é simples. Exatamente por partir do pressuposto de que o objetivo das estruturas societárias é organizar interesses, eliminando os conflitos existentes, fundamental é ao menos a possibilidade de cooperação entre os interesses envolvidos. A moderna teoria da cooperação sugere três critérios bem simples e até intuitivos, ainda que bastante genéricos, para determinar essa possibilidade: continuidade da relação, pequenos números e boa quantidade de informação.²⁵ Essas três características, tomadas em seu conjunto, são capazes de garantir a interdependência e a confiança recíproca necessárias para a cooperação.

Não é de espantar, portanto, que a conjugação e cooperação de vários interesses internos à sociedade tenham ocorrido voluntariamente exatamente nas hipóteses em que a cooperação era possível.

Tome-se, por exemplo, o caso das cooperativas de produtores agrícolas nos EUA que acabaram por dominar parte substancial do mercado de insumos agrícolas (27%). Essa aquisição voluntária deveu-se à grande dependência e necessidade da constante relação econômica entre produtores de insumos e seus consumidores (produtores agrícolas) fazendo com que os últimos finalmente optassem pela aquisição. Assim, interesses de consumidores acabaram por adentrar a sociedade via aquisição acionária.²⁶

Outro exemplo, da experiência brasileira, bem demonstra a relação entre os requisitos para a cooperação e a internalização de interesses externos à sociedade. Trata-se de notícia publicada no jornal *Valor Econômico* de 21.05.2002 dando conta da aquisição por empregados de empresas em estado pré-falimentar, como forma de sua salvação (o caso mais conhecido citado é o da indústria de lavadoras "Enxuta"). Em situações de crise, só aqueles interesses mais dependentes e constantemente relacionados com a sociedade se dispõem a salvá-la, internalizando-se.

Esses exemplos demonstram a possibilidade de cooperação dos respectivos grupos de interesses com os interesses típicos de grupos internos à sociedade, como os acionistas, exatamente pela existência de dependência recíproca.

Dadas essas premissas, que sugerem fortemente o reconhecimento interno de interesses tão interdependentes com os societários, como o dos trabalhadores e consumidores, um dos novos grandes campos da investigação societária se torna (i) a determinação das condições concretas para essa internalização e (ii) o estudo específico e detalhado de cada um dos interesses, verificando-se, quando e como é mais conveniente sua internalização e, em caso negativo, qual a melhor forma de regulamentar a relação desses interesses (externos) com a sociedade.

Mas o interesse social não é reduzível a qualquer interesse dos sócios e sim, unicamente, ao seu interesse comum de realização do escopo social. A comunhão de interesses existe tanto na sociedade quanto na comunidade. A especificidade da sociedade resulta do fato de ser ela uma *comunhão voluntária de interesses* distinta, portanto, não só da meramente incidente (ou accidental) que ocorre, por exemplo, na avaria comum, como também da comunhão necessária.²⁷ Ora, quem diz comunhão voluntária, refere-se, implicitamente, a um escopo ou objetivo. Os sócios reúnem-se para a

25 R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, Nova Iorque, Basic Books, 1984, pp. 129 e ss.

26 H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit.

27 T. Ascarelli, *Sindii in Tema di società*, cit., p. 148.

realização de um objetivo comum. O interesse social consiste, pois, no interesse dos sócios à realização desse escopo. Daí a possibilidade de existência de um conflito entre sócio e sociedade, na medida em que aquele persegue, enquanto sócio, objetivos diversos desse escopo comum.

Em matéria societária, esse escopo comum decomõe-se em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização. O objetivo final é a produção de lucros, com a sua repartição entre os sócios; e nisto vai a diferença específica entre sociedade e associação. Ora, ao controlador, mais do que a qualquer dos outros participantes na sociedade, compete o dever de atuar em vista da realização dessa finalidade; não só pelo exercício do voto, mas também fora da assembléia, definindo a política empresarial e promovendo sua aplicação pelo órgão administrativo.

118. Para garantir a realização do interesse social, no sentido que acabamos de definir, a lei costuma impor limites à ação do controlador. No sistema da *common law*, essa limitação legal ao exercício do controle é organizada, preferencialmente, em torno da proibição da prática de atos extravagantes do objeto social, entendido como definição da capacidade da pessoa jurídica (*ultra vires*). Nos demais sistemas jurídicos, como o nosso, preferiu-se garantir o respeito, em qualquer hipótese, a um certo número de direitos dos acionistas, concebidos analogamente aos direitos individuais do homem e do cidadão na sociedade política (Lei nº 6.404/76, art. 109). Em ambas as hipóteses, como reconhece a jurisprudência francesa, restando expressão consagrada pelo Conselho de Estado, mas que nos parece imprecisa, a violação da norma configura um *excesso de poder* por parte do órgão social que praticou o ato, ou tomou a deliberação.²⁸ A sanção é a nulidade, por ter sido o ato praticado *contra legem*.

Ora, o desvio de poder, como assinalamos, caracteriza-se pela elusão de disposições imperativas, pela sua observância meramente aparente ou formal, frustrando-se a finalidade da norma. Sobreleva, neste campo, a função inquisitória do juiz, que não se deve contentar com as aparências, mas atentar sempre para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5º).

A sanção própria dos atos de fraude à lei deveria ser a ineficácia e não a nulidade. Se se constitui sociedade por ações para elidir a aplicação de disposições sucessórias ou a imposição fiscal da transferência de proprie-

dade imobiliária *causa mortis*, por exemplo, essa companhia não é nula a todos os outros respetos, notadamente quanto às suas relações contratuais com fornecedores, clientes ou empregados. O legislador não pode deixar de modular as sanções que comina, de acordo com a multiplicidade dos fatos típicos a sancionar. No caso, a ineficácia, que é sempre relativa a certos atos ou relações, parece-nos a única sanção adequada, dada a extrema variedade dos atos eventualmente praticados *in fraudem legi*.

O desvio de poder de controle é anomalia sempre ligada à opressão dos não-controladores, à situação que na prática norte-americana denomina-se *inracorporate oppression* ou *freezing out* ou *squeezing out minority shareholders*.²⁹ No direito inglês, fala-se, de modo análogo, em *fraud on the minority*, mas a doutrina salienta que a expressão deve ser interpretada em sentido largo.³⁰ Por outro lado, pode haver, também, elusão de disposições legais imperativas, sem opressão aparente. Mas é óbvio que, sendo as normas de direito societário editadas para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, os atos de fraude à lei trazem sempre consigo a potencialidade de dano.

Na Lei nº 6.404/76, a sanção, prevista genericamente, é apenas a de perdas e danos (art. 117), salvo quando o abuso de controle ocorre mediante voto em assembléias gerais, hipótese em que têm aplicação as normas do art. 115, com a previsão, em seu § 4º, da anulabilidade da deliberação tomada em decorrência do voto de acionista com interesse conflitante com o da companhia; ou, então, da norma geral de anulação de deliberações viciadas por dolo, fraude, ou simulação (art. 286).

Essa preferência pela sanção compensatória é, aliás, um dos traços marcantes do individualismo patrimonialista que domina nossa organização jurídica. Diante do dano a interesses sociais ou coletivos, a legitimidade do particular de agir somente aparece quando pode produzir a prova de um prejuízo individual. E como a defesa do interesse geral é monopoliza-

29 Veja-se, sobre o assunto, o estudo claro e completo de F. H. O'Neal e R. B. Thompson, *Oppression of Minority Shareholders*, cit.

30 "Fraud" here connotes an abuse of power analogous to its meaning in a court of equity to describe a misuse of a fiduciary position. Nor is it necessary that those who are injured should be a minority; indeed, the injured party will normally be the company itself, though sometimes those who have really suffered will be a class or section of members, not necessarily a numerical minority, who are outvoted by the controllers" (L. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, cit., p. 564).

da, comumente, pelo titular do poder, a consequência indefeçível é a inaplicação de sanção adequada aos casos de abuso de poder.

A lei de sociedades por ações de 1976, ainda aí, não obstante consagrar a instituição do acionista controlador, deixou de completar a disciplina do instituto com o aparelhamento de cômputas sanções, a começar pelo mecanismo da ação social *uti singuli*, tradicionalmente prevista para os casos de responsabilidade administrativa. Diante da omissão legislativa, porém, parece irrecusável a aplicação analógica do direito positivo, segundo o mandamento da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º). Qualquer acionista, em nosso entender, é parte legítima para propor ação de perdas e danos, no interesse da companhia contra o controlador, observando, no que couber, os dispositivos do art. 246, § 1º. Não vamos obstar a insuperável, para tanto, na norma do art. 6º do Código de Processo Civil, uma vez que essa autorização legal para a substituição processual não pode ser interpretada de modo estrito, como previsão direta e taxativa da lei.

Nota de Texto 71 De todo modo, o princípio genérico de substituição processual em matéria societária já foi estabelecido no art. 246, § 1º, da lei societária. Não haveria sentido aplicar o dispositivo apenas quando o controlador fosse pessoa jurídica, deixando de se aplicar na hipótese autorização legal expressa para substituição processual no caso de controlador pessoa física.

Alé porque, tendo em vista o princípio constitucional do amplo acesso à justiça, a interpretação das regras sobre legitimidade ativa não pode e nem deve ser restritiva ou exclusivamente gramatical.

Não é esse o local e nem é o subscritor fonte autorizada em matéria de direito processual. Mas, duas observações gerais sobre o direito processual aplicado a questões societárias, de tão triste história em nosso país, devem, no entanto, ser feitas. Ambas partem de constatações pontuais de direito material.

Em primeiro lugar, da definição institucional-organizativa do interesse social aqui defendida, decorrem certas consequências processuais. Ainda que não redutível ao interesse público, a concepção institucional moderna do interesse social (v. Nota de Texto 70) ao identificar interesses dignos de tutela societária, cria legitimação

ativa ordinária (art. 6º do Código de Processo Civil) ao menos para os sujeitos identificados no art. 116, parágrafo único, da lei societária. Isso significa que decisões sociais que possam afetar a vida dos trabalhadores ou da comunidade em que atua a empresa (além, é óbvio, dos demais acionistas que já contam com legitimidade expressamente prevista em lei) poderão ser contestadas por trabalhadores ou membros da comunidade em que atua a empresa. Sendo a legitimação ordinária a regra para quem tem direitos e interesses legítimos (art. 6º do Código de Processo Civil) e o art.

116, parágrafo único, os atribui a trabalhadores e comunidade em que atua) não há como negar-lhe a legitimidade para buscar tutela específica de seus interesses, ainda que individualmente. A definição de interesses legítimos cria necessariamente a legitimidade ativa para sua tutela.³¹

Evidentemente, devido às limitações subjetivas da coisa julgada é de se esperar, especialmente para demandas reparatórias, a elaboração de regras especiais para proteção também dos interesses difusos, coletivos e in-

31 Um dos problemas da lei acionária de 1976 está na aparente diferença entre a definição dos titulares do interesse social e dos legitimados ativos para as demandas societárias. O art. 116, parágrafo único, da lei define como titulares do interesse social (entendido, nesse caso, como interesse à manutenção da empresa) os *acionistas*, os *empregados* e os *investidores do mercado*. Em face da norma do art. 246 da Lei nº 6.404/76, no entanto, a doutrina tende a negar a possibilidade de atribuição de legitimidade ativa a investidores e empregados para a referida demanda; v. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 301; v., contra, E. L. Teixeira, J. A. T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, São Paulo, Busnasky, 1979, p. 301. Essa interpretação deve ser, no entanto, contestada. Trabalhadores e membros da comunidade em que atua a companhia, como co-titulares do interesse social, são legitimados a defender seus interesses individuais (legitimação ordinária), independentemente de regra específica prevendo essa legitimidade. Ao contrário, só as hipóteses de legitimação extraordinária exigem previsão legal expressa - v. Código de Processo Civil, art. 6º, *in fine*. Assim, o art. 246 da Lei nº 6.404/76 deve ser interpretado como mera disciplina dos requisitos para que acionistas (e só eles) proponham demanda ressarcitória. Não pode ser interpretado *a contrario sensu*, excluindo outros interesses legítimos, dotados de legitimação ordinária.

dividuais homogêneos envolvidos pela sociedade — o que não impede, repita-se, a proteção, desde já, dos interesses dos trabalhadores e membros da comunidade em que atua a empresa.

A segunda característica material importante com reflexos processuais é bem conhecida. Sua importância para o direito processual tem sido, no entanto, absolutamente desconsiderada.

Constituindo a vida societária uma atividade e não uma sucessão desencadeada de atos, uma série de institutos processuais perdem sentido. Um julgamento de um ato do passado, sendo um ato humano, além de (ou talvez antes que) jurídico, acaba por ter em conta os efeitos da reversão do ato sobre a situação presente. Daí a pouquíssima frequência de anulação de atos societários ou de jurisprudência consistente nessa matéria. A dificuldade em alterar um ato vários anos depois, consumadas várias de suas consequências, é evidente. Não mais isolável, o ato já se conjugou à atividade, sendo impossível aplicar-lhe a disciplina dos atos. Urge aqui pois uma reforma processual, específica para o direito societário, transformando a tutela antecipatória ou cautelar da nulidade (absoluta ou relativa) dos atos societários em tutela definitiva. Só assim será possível controlar o ato antes que se integre à atividade societária.

De lege ferenda, no entanto, a experiência acumulada neste país sobre a frustrante aplicação dos mecanismos jurídicos de proteção a não-controladores está a adoção de sanções punitivas ou dissuasórias contra o abuso de controle, a par da ineficácia do ato e das perdas e danos.³²

32 Na doutrina constitucional norte-americana, já se sustentou com brilho a conveniência de uma defesa dos direitos individuais por meio de sanções de dissuasão (*deterrence*), saindo do tradicional esquema da responsabilidade civil (*tortis*). Cf., a esse respeito, a excelente nota publicada na *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 5, março de 1980, pp. 966 e ss. Não se deve olvidar, de resto, que as funções tradicionais da responsabilidade civil não se limitam à mera indenização, mas objetivam também, em certas hipóteses, a punição do responsável. Cf. a tese de B. Starck, no direito francês, *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

B) As Manifestações e os Remédios

119. Não há dúvida de que o poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e a conveniência do exercício da atividade empresarial, em cada situação conjuntural, cabe ao titular do poder de controle, e só a ele. Trata-se de prerrogativa inerente ao seu direito de comandar, que não pode deixar de ser desconhecida, como salientamos, em homenagem a uma concepção anárquica, ou comunitária, da sociedade por ações.

Freqüentemente, no entanto, sob a invocação de interesses superiores da sociedade (análoga à invocação da razão de Estado na esfera política), o que ocorre, na verdade, é o sacrifício dos não-controladores ao capricho ou interesse pessoal dos controladores; ou a interesses que não são, propriamente, os da sociedade em questão, e sim do grupo econômico mais vasto no qual se insere.

Esse conflito de interesse pode manifestar-se pelo exercício do direito de voto em assembleia, ou por decisões tomadas em nível administrativo. O Decreto-Lei nº 2.627 tinha, no que concerne ao conflito de interesses no exercício do voto, as disposições dos arts. 82 e 95.³³ A existência de uma contradição de interesses, como salienta a doutrina, é questão de fato, a ser apreciada em concreto, conforme as circunstâncias.³⁴ Mas, de qualquer forma, o que a lei previa era apenas um conflito entre o interesse pessoal do acionista, que toma parte na votação, e o da sociedade. Bem se vê que a realidade do grupo econômico estava totalmente ausente do espírito do legislador de 1940, pois, no seio do grupo, como frisamos, é normal o sacrifício de uma sociedade ao interesse coletivo do grupo econômico, que não se confunde, propriamente, com o interesse particular do acionista controlador. A lei acionária alemã (§ 243, alínea 2), muito mais aderente à realidade econômica, inclui na proibição também o voto em assembleia por interesse de outrem, em conflito com o da própria sociedade (a menos que haja o reconhecimento expresso da existência de grupo, com a celebração de um "contrato de empresa", como veremos abaixo).

33 Art. 82. "O acionista não pode votar nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação dos bens com que concorrer para a formação do capital social, nem nas que venham a beneficiá-lo de modo particular."

34 M. Valverde, *Sociedade por Ações*, cit., II, nº 455; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., L., § 5.322,4.

A Lei nº 6.404/76, nesse particular, aperfeiçoou o direito anterior, admitindo que possa haver abuso no exercício do direito de voto com o fito de obtenção de vantagem para o votante ou para outrem, em prejuízo não só efetivo, mas também potencial "à companhia ou a outros acionistas" (art. 115). Prevê, ademais, a ocorrência de abuso da minoria, no exercício do voto (§ 3º).

Nota de Texto 72 A questão do conflito de interesses é na verdade nuclear para o controle do exercício do poder pelo controlador e para a própria criação de um ambiente societário cooperativo. Aqui, a teoria dos jogos é de grande valia para demonstrar o porquê. Como explanado na Introdução, a moderna teoria dos jogos demonstra que o comportamento individual é fortemente influenciado pela estrutura de relacionamento interindividual. Se essa estrutura estimula a cooperação, haverá possibilidade de cooperação, caso contrário não. Dois elementos importantes para determinar essa estrutura são a reputação dos agentes e o próprio tipo de integração, ou seja, se é de soma zero (tudo o que um ganha o outro perde) ou não. O primeiro elemento é relevante, pois se a reputação do segundo agente for individualista, o primeiro terá mais estímulo a um comportamento individualista (como ocorre no dilema do prisioneiro). Quanto ao segundo elemento, sua relevância decorre de sua própria efetivação. Interações que não são de soma zero podem trazer benefício a um jogador sem prejudicar o outro. O comportamento cooperativo é mais provável.

Ora, a regra de conflito (sobretudo a formal) pode influenciar decisivamente os dois fatores. De um lado, retraindo o acionista das decisões em que tem interesse individual, impede a formação de uma reputação individualista. A cooperação entre os acionistas é mais provável. De outro, a mesma proibição de voto em uma rodada da interação que seria seguramente de soma zero (pois havendo interesse individual envolvido em uma determinada decisão, tudo o que a companhia perder reverterá em benefício para o acionista) acaba por transformá-lo em interação de soma diferente de zero.

Aumenta ainda mais, portanto, a possibilidade de cooperação. A regra do conflito de interesses formal tem, portanto, dupla função. Além de evitar decisão seguramente prejudicial à sociedade, ajuda a formação de um ambiente cooperativo, fundamental para seu desenvolvimento.

A todos esses argumentos teóricos e de fato têm sido dada muito pouca atenção, em função exatamente da interpretação contratualista, retro criticada (Nota de Texto 70), da lei societária brasileira.

A posição contratualista tradicional privilegiava a chamada regra de conflito de interesses material. Segundo ela o voto do acionista em assembleia é sempre permitido, devendo ser *a posteriori* comparado ao interesse social para eventual anulação. Essa ideia contratualista vem sendo utilizada na interpretação do art. 115, § 1º, da lei societária, e vem gerando inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito da sua aplicação. Dúvidas não há sobre as primeiras duas hipóteses do dispositivo.

Sobre a última hipótese, no entanto, paira forte discussão doutrinária. A dúvida é sobre sua caracterização como conflito de interesse formal ou material.³⁵ E no-

35 Parte da doutrina classifica a hipótese do art. 115, § 1º, como conflito formal, no sentido de que não poderia o acionista concorrer para a formação da vontade expressa em deliberação assemblear relativa "ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador". A participação do acionista em duas posições jurídicas contrapostas é razão suficiente para a suspensão do exercício de voto. Nesse sentido, v. M. Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 410 e 411. Por outro lado, há a indagação se existiria, no dispositivo legal, uma efetiva violação a acarretar a nulidade do voto *per se* ou se a sanção legal de anulação somente seria aplicada na presença de conflito material de interesses. v. E. Valadao França, *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.*, cit., p. 92. Este questionamento serve à parte da doutrina que considera necessária a avaliação de conflito de interesses *in concreto*, não bastando sua mera previsão formal: "cabe indagação relativamente ao mérito da incompatibilidade entre o exercício do voto com a matéria submetida à deliberação da assembleia geral, de onde deva ser encarado casuisticamente, para efeito de sua anulação", v. L. C. Leães, "Conflito de Interesses", in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, cit., p. 25. Por fim, há terceira posição no sentido de que embora o conflito de interes-

ta-se que essa é a hipótese mais importante, pois é nela exatamente que se formula o princípio geral de conflito repetido, de resto, corretamente no art. 156 da lei (conflito de interesses dos administradores).³⁶

O grande problema é, ainda aqui, o recurso à expressão "interesse conflitante com o da companhia". Mal definido e mal estabelecido estruturalmente como é o interesse social, tal menção só reforça posições jurisprudenciais tendencialmente avessas a intervir nos negócios sociais.³⁷

Na prática, esse sistema tem levado à virtual desaplicação das regras sobre conflito de interesses, pois a anulação de atos é incompatível com a atividade societária. Chegado o momento da decisão final em processo de conhecimento visando a anulação da Assembleia, tantas e tão várias consequências da assembleia impugnada já decorreram para a companhia e para terceiros que é inviável anulá-la. Em jurisprudência, esse tipo de questão tem se resolvido ou pelo simples atendimento de pedido subsidiário de perdas e danos (solução ineficaz para o controle do poder do controlador, como visto no texto) ou pela pura e simples rejeição do provimento

36 Como já visto anteriormente, o princípio geral de interesses é aplicável a todos os gestores de patrimônio alheio.
37 Tais posições baseiam-se exatamente na impossibilidade de definição judicial do interesse da companhia. As decisões proferidas por nossos Tribunais Superiores manifestam alinhamento à interpretação dada pela doutrina à matéria, que considera o interesse da companhia como o interesse comum dos acionistas abstratamente considerados (*uti socii*) e não como a soma dos interesses individuais de cada acionista (*uti singuli*) (v. RT 615/162, e TJSP, 18.11.1996, in N. Eizirik, *Sociedades Anônimas - Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 175).

pedido, com base na maioria das vezes em razões processuais.³⁸

Na perspectiva institucional organizativa a regra de conflito de interesses assume uma função nova e bem mais importante. Trata-se do instrumento mais importante de depuração dos interesses individuais dos sócios, permitindo a convivência e a cooperação societária.

Para tanto, ao contrário do que vem sendo a interpretação do art. 115, § 1º, da lei das sociedades anônimas, é preciso reforçar a idéia de conflito de interesses formal. Em presença de uma definição procedimental do conflito de interesses, como é a organizativa, torna-se inútil qualquer definição que exija a pré-definição do interesse social. É claramente o que ocorre com a concepção material, que só pode ser aplicada comparando em cada caso o interesse do sócio com o interesse da sociedade.

Ora, a interpretação organizativa, além da conveniência teórica, implica nada mais que dar valor à letra do art. 115, § 1º, da lei societária, expresso ao afirmar que não pode participar da deliberação acionista com qualquer interesse especial no negócio de deliberação. Trata-se, portanto, de proibição de participação e não-participação controlada pela regra de conflito de interesses material. Mas não só gramatical é a interpretação. Também teleológica. Basta observar a já mencionada dicção claramente organizativa do art. 116 da mesma lei.

38 A análise de decisões recentes leva a concluir pela preferência de uma maior flexibilidade de aplicação dos dispositivos legais que ensejam a anulação e manutenção da validade da assembleia impugnada, ou anulação de apenas parte de suas deliberações. V. os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo: Recurso Especial nº 74.683-SP (1996), que rejeita a anulação de assembleia em que os votos que teriam sido proferidos irregularmente não eram suficientes para modificar o sentido da deliberação; Apelação Cível nº 40.514-4/3 (1998), que considera insuficiente para anular a assembleia geral erro formal na redação de sua ata, bastando sua correção; Recurso provido TJJ (227/147), que determina a anulação da assembleia geral ordinária apenas na parte em que deliberou quanto à forma de apuração dos dividendos das ações e seus reflexos nas demonstrações financeiras.

Aqui, portanto, verifica-se um dos mais graves desajustes da aplicação da lei. Embora na teoria moderna, os objetivos e princípios da lei e a própria letra do art. 115, § 1º, indiquem no sentido institucional organizativo, a interpretação contranaturalista da lei tem levado à impossibilidade de imposição de limites ao poder do controlador. A nossa tradicional e histórica tolerância com o poder econômico (v. Introdução) se revela de forma particular e nefasta nessa interpretação da lei societária.

No art. 117, dá-se o elenco das manifestações de abuso de controle. A enumeração constante do § 1º, de caráter obviamente exemplificativo, enseja uma aplicação analógica da norma. Mas a analogia supõe a identidade de um elemento nuclear, entre a hipótese de incidência definida em lei e o caso real assemelhado. Daí por que, adiantando o que será exposto no capítulo seguinte, não nos parece legalmente possível fazer atuar a regra do art. 117 a fim de responsabilizar o acionista controlador pelos débitos da companhia para com terceiros em caso de abuso. Tal hipótese não encontra nenhum elemento central de analogia com as modalidades abusivas previstas no § 1º do artigo, nem tampouco se compreende na fórmula geral do art. 116, parágrafo único. Ademais, a sanção prevista no art. 117 — perdas e danos — não se confunde com a responsabilidade subsidiária pelas dívidas sociais.

Na enumeração legal das hipóteses de abuso, não se descobre nenhum caso típico de excesso de poder, tal como definido acima, ou seja, o emprego de meios desnecessariamente custosos para alguns dos participantes da empresa na realização do que o empresário entende ser o interesse empresarial. O fato, previsto na alínea b, de liquidação de companhia própera, não está obviamente ligado a interesses empresariais legítimos, mas ao interesse egoísta do controlador de obter vantagem indevida.

Torna-se difícil, nessas condições, aplicar a norma legal a casos frequentes de excesso de poder, como a contenção salarial excessiva (sob a justificacão de mera obediência a índices de reajuste oficiais), ou a dispensa maciça de empregados.

Nota-se, ainda, completa ausência de previsão do abuso por omissão no exercício dos poderes de direção das atividades sociais e na orientação do funcionamento dos órgãos da companhia. Todas as hipóteses contempladas no § 1º do art. 117 são comissivas. No entanto, a fórmula genérica do art. 116, parágrafo único, comporta, evidentemente, um dever ativo do

controlador, e é este princípio que deve prevalecer, não se podendo interpretar isoladamente esses dispositivos legais.

Observa-se, ainda, que todas as modalidades abusivas descritas no § 1º do art. 117 são dolosas, sendo que algumas delas (alíneas b e c) exigem do agente dolo específico. Em certos casos, o intento fraudulento ou predatório do controlador é facilmente dessumível dos fatos. Em outras hipóteses, porém, a prova do elemento subjetivo revela-se diabólica, a não ser recorrendo a presunções *hominis*, fundadas em indícios e circunstâncias; ou então admitindo, para efeitos civis, que a culpa grave ao dolo se equipara.

Nota de Texto 73 É importante aqui aprofundar um pouco a questão, indagando o significado do dolo específico.

Para tanto, o recurso à teoria de direito penal é muito útil, pois aí é que mais se desenvolveu — por razões óbvias — a discussão acerca do significado dos elementos subjetivos. Como é sabido, desde a adoção plena da teoria finalista, a partir da reforma de 1984 do Código Penal, o elemento intencional é parte da ação típica.³⁹

O resultado imediato desse deslocamento no âmbito do direito penal é que o dolo e a culpa, influenciados pela finalidade da ação, deixam de ser elementos da culpabilidade, e passam a ser elementos da conduta típica. Assim, não é o delito que se caracteriza como doloso ou culposos, mas os delitos serão de ação dolosa e ação culposa.

A conduta que pode se manifestar na forma de ação ou omissão, pode ser dolosa ou culposa. A diferenciação é estabelecida por Welzel da seguinte maneira: se há uma lei que proíbe ou prescreve uma determinada ação, com o objetivo de evitar um fim social indesejado, preocupa-se a lei com a finalidade pela qual o autor realiza a ação. No entanto, há regras que apenas prescrevem a seleção e aplicação de determinados meios, independentemente dos fins visados pelo agente. A lei exige a seleção e aplicação dos meios como medida

39 A respeito da teoria finalista, ver a obra de H. Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, p. 26.

minima para direção final com o fim de evitar efeitos socialmente indesejados.⁴⁰

Note-se que o agente, nesse segundo caso, não pode realizar a ação se não puder empregar os meios necessários para sua realização. Nesse sentido, a prudência na direção é exigida dos motoristas. Se não houver tal prudência, e um fim social não desejado for atingido, ainda que não fosse esse o fim do agente, ele será punido. Esses delitos, que visam a proteger a sociedade de fins sociais indesejados, são os delitos culposos.

O delito culposo diferencia-se, dessa maneira, do delito doloso: no segundo há uma preocupação com a finalidade da ação do agente, apenas configurando-se o delito quando o agente visa a atingir o fim proibido pela lei. No primeiro, não importa o fim visado pelo agente, mas apenas o emprego dos meios prescritos por lei como necessários à realização daquela ação.

A idéia da vontade, no direito penal, como é bem sabido, tem como elemento central a idéia de que a ação dolosa é aquela praticada consciente e voluntariamente. Há, portanto, um elemento cognitivo – consciência da ação e de seu resultado – e um elemento volitivo – disposição de realizá-lo.⁴¹

Assim, o dolo específico resume-se na realidade à demonstração da ligação da conduta descrita na norma ao resultado. Havendo, portanto, descrição e objetivação em lei da conduta ilícita – o dolo se resume à demonstração do nexo causal dessa conduta com o resultado. Essa conclusão é absolutamente coerente com a legalidade estrita do direito penal. É ela que permite e exige a incorporação da finalidade (dolo específico) no próprio tipo. A situação é absolutamente diversa de cláusulas genéricas como a existente para a responsabilização civil. Ali em ausência de previsão legal expressa e deta-

lhada da conduta ilícita é necessário verificar nos fatos a ausência de cuidados (culpa) ou a intenção lesiva.

Ora, as hipóteses do art. 117 da lei societária fazem parte do primeiro grupo. Há definição expressa e taxativa das hipóteses de abuso. Exatamente como no direito penal, a definição exaustiva das condutas se de um lado é garantia da legalidade, de outro serve para objetivar o dolo. A prova do dolo resume-se então à conduta e ao dano causado à companhia, estando o dolo objetivamente caracterizado em lei na prática da conduta.

De se notar, por fim, que a lei nem sempre exige que o ato abusivo seja praticado em benefício do próprio controlador, exceto nas hipóteses das alíneas b e f.

Esclarecidos, assim, os conceitos, bem como o sentido geral das normas em vigor entre nós, convém analisar agora as manifestações mais frequentes de desvio do poder de controle ou de fraude à lei, com os remédios jurídicos disponíveis, tanto no caso de sociedade anônima isolada, como no de grupo societário.

a) Na sociedade anônima isolada

120. Já salientamos que o desvio de poder difere do ato *contra legem* pelo fato de, naquele, o agente procurar respeitar a legalidade formal, ou meramente aparente. Assim, o acionista que vota deliberação conflitante com o interesse social procura sempre justificar seu voto com razões de aparente benefício para a sociedade, ou, pelo menos, de inelutabilidade de outra decisão por imposições inderrogáveis de ordem econômica.

É o caso, notadamente, do clássico problema do autofinanciamento. O controlador pode obter satisfação do seu interesse econômico pessoal, na sociedade, sem a distribuição de dividendos, sobretudo, quando ocupa postos de direção na companhia, e se atribui elevados honorários, além de gozar de outras vantagens inerentes ao cargo. Pode acontecer, mesmo, que a sistemática retenção de lucros líquidos constitua uma política deliberada de “congelamento” da minoria, como se diz no jargão societário norte-americano, compelindo-a a desfazer-se de suas ações a baixo preço.

Antes da lei acionária de 1976, a doutrina e a jurisprudência ainda não haviam definido, claramente, o remédio jurídico que competia ao acionista prejudicado, nesse tipo de desvio de poder. Em sua excelente monografia

40 Cf. H. Weizel, *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 30.

41 A respeito do dolo, ver a clássica lição de F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, Parato, Giachetti, 1874, vol. I, p. 292.

sobre o direito do acionista ao dividendo, Luiz Gastão Paes de Barros Leães apontou dois caminhos: a ação de nulidade ou de anulação da deliberação da assembleia geral e a ação de responsabilidade civil e criminal dos diretores e fiscais.⁴² Trata-se, a nosso ver, de remédios indiretos e, por isso mesmo, nem sempre adequados à satisfação do interesse lesado.

A jurisprudência, por sua vez, admitta que pudesse haver dissolução compulsória da companhia, pela não-distribuição de lucros, durante vários exercícios. Em acórdão de 1962, o Tribunal de Justiça do Paraná adotou essa solução, invocando para tanto o "preceito da lei que estabelece que a sociedade anônima, qualquer que seja seu objeto, é sempre mercantil, não podendo, por isso mesmo, deixar de ter por finalidade precípua o lucro e atendendo que, na espécie, não obstante ter dez anos de existência, a sociedade ainda não distribuiu dividendos, tornando-se passível de liquidação, nos termos do art. 138, b, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940."⁴³ O Tribunal de Justiça de São Paulo também assim já decidiu, embora, na espécie, o não-pagamento de dividendos não tivesse sido o motivo único, nem mesmo o principal, da dissolução da companhia. A fundamentação do aresto, no entanto, faz explícita referência ao desvio de poder: "A sociedade apelante suspendeu a distribuição de dividendos desde o exercício de 1949 até o de 1954, quando foi proposta a ação. Podia fazê-lo, sem dúvida, pois a lei não veta a retenção de dividendos desde que haja necessidade ou conveniência para o interesse coletivo. Mas esse princípio não é, nem pode ser, absoluto. E isso porque, desde que haja abuso ou malícia das assembleias gerais da sociedade na deliberação de não distribuir dividendos, a retenção destes chocar-se-ia com o direito do acionista aos lucros sociais, consagrado no artigo 78, a, da Lei das Sociedades por Ações (Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940). (...) Pelo exposto, para que se justificasse a retenção dos dividendos pela apelante, necessário seria que esta demonstrasse, cumprimadamente, a necessidade ou conveniência dessa medida para a conservação de seus objetivos sociais, coisa que não se depara nestes autos e que conflita com o disposto no art. 15 dos estatutos da apelante, onde se prevê o pagamento dos dividendos na base de 6% ao ano, sobre o valor do capital social".⁴⁴

Ora, quando há previsão dos dividendos fixos nos estatutos, parece muito mais natural a admissibilidade da ação de cobrança, uma vez demonstrado o desvio de poder. Foi, aliás, o que reconheceu o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão posterior, julgando incabível a ação cominatória.⁴⁵

A Lei nº 6.404/76 estabeleceu uma garantia de dividendo mínimo a todos os acionistas, em função do lucro líquido do exercício (art. 202). Previu duas exceções ao pagamento desse mínimo: nas companhias fechadas, desde que não haja oposição de nenhum acionista presente à assembleia geral; e, de modo geral, no exercício em que os órgãos da administração informarem à assembleia ordinária ser esse dividendo incompatível com a situação financeira da companhia. Nesta última hipótese, o conselho fiscal, quando em funcionamento, dará parecer a respeito e, se se tratar de companhia aberta, uma informação será transmitida à Comissão de Valores Mobiliários. Os lucros assim retidos devem ser registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, serão pagos como dividendos assim que o permitir a situação financeira da companhia.

Nota de Texto 74 A Lei nº 10.303/01 introduziu uma terceira hipótese de retenção do lucro líquido. Trata-se daquela retenção destinada a captar recursos por debêntures não-conversíveis em ações, desde que evidentemente não haja oposição de nenhum acionista (art. 202, § 3º, I, da Lei nº 6.404/76).

É bem de ver que a lei não estabeleceu a igualdade de direitos de todos os acionistas sobre esse dividendo obrigatório; ao contrário, ressaltou, expressamente, as preferências ou vantagens dos titulares de ações preferenciais (art. 203 da Lei nº 6.404/76). O indispensável é que o dividendo global não seja inferior ao mínimo legal, ainda que os dividendos atribuídos, por exemplo, às ordinárias não atinjam a porcentagem fixada em lei, ou nos estatutos, para aquele.

Nesse sistema, é indubitável que o acionista tem ação de cobrança dos dividendos correspondentes à porcentagem mínima contra a companhia fora das situações excepcionais assinaladas.

42 L. G. Leães, *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1969, cap. VII.

43 Apelação Cível nº 255/61, 3ª Câm. Civ., Relator Segismundo Gradowski, RT 320/527.

44 Apelação Cível nº 80.668, 5ª Câm. Civ., Relator J. C. Ferreira de Oliveira, RT 265/454.

45 Apelação Cível nº 142.811, 1ª Câm. Civ., Relator Pinto do Amaral, RT 368/129.

Convém, no entanto, assinalar que o sistema do dividendo obrigatório não eliminou a possibilidade jurídica de abuso do controlador na fixação da política de remuneração dos acionistas. Tanto mais que em muitas companhias, aproveitando-se da *vacatio legis*, o controlador fixou a porcentagem do dividendo obrigatório em nível bem inferior ao estabelecido no § 2º do art. 202. Seja como for, o simples respeito à exigência mínima fixada em lei não dá ao empresário um *bill de indemnidade* nessa matéria.

É possível uma redução do dividendo obrigatório, fixado no estatuto, em menos de 25% do lucro líquido ajustado? A ambígua redação do dispositivo legal (art. 202, § 2º) parece ensejá-la; e essa interpretação é corroborada pela previsão do recesso, como remédio de proteção ao acionista dissidente (art. 137).

121. Uma maneira disfarçada de se desviarem lucros da sociedade, os quais, normalmente, deveriam aproveitar aos acionistas, consiste na exagerada remuneração dos administradores. O caso ocorre com frequência, quando estes são também os controladores e pode combinar-se, ou não, com a inadequada distribuição de dividendos.

O Tribunal de Justiça de Alagoas teve ensejo de decidir, há vários anos, uma dessas manifestações de desvio de poder, aplicando a doutrina que vimos desenvolvendo.⁴⁶ Na ação, o autor alegou que os três diretores da companhia eram os únicos sócios de uma sociedade limitada, que detinha dois terços do capital daquela. Em 1947, o autor já havia acionado esses diretores, pretendendo que fossem condenados a devolver aos cofres sociais quantias referentes a comissões sobre os lucros líquidos, percebidas de forma dupla e indevida, tendo sido a demanda julgada procedente. Em repressália, a diretoria convocou a assembleia geral, algumas semanas depois, promovendo uma substancial elevação de seus honorários. Preca- vendo-se, no entanto, contra uma possível arguição de nulidade dessa deliberação, a sociedade acionista, controlada pelos diretores, transferiu para seu procurador ações da companhia, em quantidade pouco superior à do autor da demanda. Dois anos após, havendo a companhia adquirido máquinas sem lançar no ativo o seu valor, o autor moveu nova ação judicial, também julgada procedente. Onze dias depois, a diretoria convocou a assembleia para decidir novo e substancial aumento de seus honorários, bem como uma elevação de sua participação nos lucros líquidos, de 20% para 30%. Sem apli-

car a tese da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sociedade constituída pelos diretores, que era acionista majoritário, tal como pedia o autor, o Tribunal anulou, não obstante a deliberação da assembleia geral por abuso de poder.

Nos Estados Unidos, em que essa prática de abuso de poder é conhecida como *siphoning off corporate wealth*,⁴⁷ os tribunais têm reconhecido aos acionistas não-controladores o direito de propor uma ação social *uti singuli* contra os controladores-administradores (*derivate action*), fundada no fato de que uma remuneração excessiva constitui malversação dos bens sociais.

A nossa vigente lei acionária procurou tornar menos frouxo, nesta questão, o regime do Decreto-Lei nº 2.627. Estabeleceu o princípio de que a remuneração dos administradores deve ser fixada "tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado" (art. 152 da Lei nº 6.404/76). Vinculou a possibilidade de previsão estatutária de uma participação dos administradores no lucro líquido da companhia à fixação, pelos estatutos, do dividendo obrigatório em pelo menos vinte e cinco por cento desse lucro; e o pagamento de tal participação, à efetiva atribuição do dividendo obrigatório. Por outro lado, visando aos *fringe benefits*, que os administradores se outorgam fora de qualquer autorização da assembleia, conferiu a acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social o direito de exigir que o administrador de companhia aberta informe à assembleia geral ordinária "os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo", bem como "as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível" (art. 157, § 1º, c e d).

Nessa matéria, aliás, espera-se que a Comissão de Valores Mobiliários saiba fiscalizar, adequadamente, o procedimento dos administradores nas companhias abertas.

122. Em contrapartida, pode também ocorrer desvio do poder de controle em detrimento de um ou alguns dos administradores. Mesmo não sendo acionista, o diretor participa do interesse social de produção e distribuição de lucros. Ele tem mesmo o dever funcional de atuar em vista

46 Apelação Cível nº 3.330, Relator Meroveu Mendonça, RT 154/341.

47 Cf. F. H. O'Neal e R. B. Thompson, *Oppression of Minority Shareholders*, cit., pp. 85 c ss.

da realização desse objetivo e, uma vez realizado, não pode ser excluído, abusivamente, da partilha de lucros pelo titular do controle social. Sem se chegar ao exagero de considerar que os diretores têm direito a essa forma de remuneração pelo exercício de suas funções, como proclamou um julgador,⁴⁸ não se pode deixar de reconhecer que a exclusão de determinado diretor dessa participação, ou a sua fixação em porcentagem irrisória em relação à dos demais, constitui, em tese, abuso de poder. Mas, justamente, porque não se trata de um direito do diretor, como o do acionista ao dividendo, é bem de ver que o juiz não pode substituir-se à assembleia geral na decisão de distribuir essa participação nos lucros, caso não tenha havido discriminação entre diretores; mormente se a assembleia também decidiu não distribuir dividendos, pois a tanto se opõe a disposição imperativa do art. 152 e parágrafos da Lei nº 6.404/76. Todavia, contra essa orientação, que já resultava clara do Decreto-Lei nº 2.627 (art. 134), houve duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴⁹

123. Outras hipóteses de opressão dos não-controladores, repertoriadas na jurisprudência, são as de aumento de capital por subscrição e de alteração estatutária,⁵⁰ ou de dissolução.

Num caso decidido pela Corte de Cassação italiana, e que mereceu comentário favorável de Ascarelli,⁵¹ a maioria procedeu a depreciações excessivas em verbas do ativo social, consignado no balanço, a fim de justificar um aumento de capital em montante elevado, aproveitando-se da momentânea impossibilidade financeira dos não-controladores em subcrever a parte que lhes tocava nesse aumento. O Tribunal Supremo da Itália julgou que essa deliberação constituía, nitidamente, um desvio de poder.

Igualmente, pode-se considerar abusiva a deliberação de alteração estatutária, decidida pela maioria em assembleia, quando tenha por único escopo consolidar o seu poder, em prejuízo dos não-controladores, e sem

benefício ou interesse aparente da sociedade. O desvio de poder costuma transparecer, claramente, quando a deliberação da assembleia, visando à introdução nos estatutos de uma das cláusulas que analisamos no Cap. II da segunda Parte, ocorre após a manifestação de dissidência, qualificada ou não, no corpo acionário. É óbvio que onde haja desrespeito formal a normas imperativas, como a que fixa a maioria qualificada no art. 136 da Lei nº 6.404/76, ou a que exige a aprovação da alteração pela assembleia especial de acionistas preferenciais (mesmo art. § 1º), a deliberação é *contra legem* e, portanto, nula. Mas a opressão dos não-controladores manifesta-se ali, mais frequentemente, pelo desvio de poder, com o respeito formal das regras legais. A deliberação da assembleia geral, então, pode ser invalidada pela anulação do voto do controlador (art. 115).

Nota de Texto 75 Na verdade, havendo interesse direto do controlador, seu voto sequer deveria ser computado na assembleia, pois há conflito de interesses formal (artigo 115, § 1º, da Lei nº 6.404/76).

No elenco exemplificativo das modalidades do exercício abusivo do poder de controle, constante do seu art. 117, § 1º, a nova lei de sociedades por ações inclui o fato de o controlador "promover a liquidação de companhia próspera (...) com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia". Foi o que ocorreu no caso de *Lebold v. Inland Steel Co.*, decidido nos Estados Unidos:⁵² o controlador lançou mão desse recurso extremo, a fim de se ver livre de um contrato que passara com a companhia, considerado prejudicial aos seus interesses.

124. A jurisprudência estrangeira registra, também, alguns casos de desvio de poder por meio da constituição, pelo controlador, de uma sociedade especialmente destinada a servir de instrumento à opressão dos não-controladores. Nos Estados Unidos, por exemplo, cita-se o caso *Matteson v. Ziebarth*.⁵³ O acionista A, possuindo dois terços do capital votante da companhia X, negociou pessoalmente com a companhia Y, a licença de utilização de marcas de fábrica daquela por quantia irrisória, desde que ele,

48 Trib. Jus. S. Paulo, 1º Grupo Câm. Civ., embargos infringentes nº 112.838, Relator Di-
mas de Almeida, RT 346/169.

49 3ª Câm. Civ., Apelação Cível nº 91.499, Relator Raphael de Barros Monteiro, RT
286/322; e 2º Grupo de Câm. Civ., embargos na apelação retromencionada, relator Pedro
Chaves, RT 294/187.

50 Cf. A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova
Iorque, Ed. Revista, 1967, cit., pp. 221 e ss. e 235 e ss.; T. C. Duarte, *O Abuso do Direi-
to e as Deliberações Sociais*, 2ª ed., Coimbra, 1955.

51 T. Ascarelli, *Sindi in Tema di Società*, cit., pp. 147 e ss.

52 *Lebold v. Inland Steel Co.*, 125 F.2d 369 (7th Cir. 1941).

53 *Matteson v. Ziebarth*, 40 Wash. 2d 286, 242 P.2d 1.025 (1952).

acionista A, fosse contratado pela companhia Y com honorários elevados; ficando, igualmente, assentado que Y receberia uma opção para a aquisição de todas as ações de X. Como um acionista minoritário desta se recusou a dar opção de transferência de suas ações, A constituiu a sociedade Z, na qual detinha o controle absoluto. Logo em seguida, as assembleias gerais de X e Z aprovaram a sua fusão, com a observância rigorosa de todas as regras formais, estipulando-se que os acionistas de X receberiam ações preferenciais sem voto na nova companhia oriunda da fusão. Concluída esta, a nova companhia celebrou o acordo de licenciamento de marca de fábrica com Y, que também contratou A como *manager*.

A Corte de Cassação francesa também teve ocasião de aplicar o princípio do abuso de poder, ao anular a deliberação de assembleia geral de uma companhia que aprovava a celebração de um contrato de "locação-gerência" do seu fundo de comércio, com uma outra sociedade constituída pelos acionistas majoritários especialmente para essa finalidade.⁵⁴ No Brasil, deliberações dessa ordem seriam, sem dúvida, passíveis do disposto no art. 115 da Lei nº 6.404/76.

125. No regime do Decreto-Lei nº 2.627, nada se previa quanto às hipóteses de contradição de interesses fora da assembleia, isto é, sem que houvesse efetivo exercício do direito de voto. Tudo se passava, na visão irrealista do legislador, como se não existisse controle, ou melhor, como se o acionista só manifestasse as suas prerrogativas de poder, inerentes à propriedade acionária, no momento da reunião da assembleia geral. Fora desta, o conflito de interesses só podia manifestar-se entre um diretor e a companhia (Decreto-Lei nº 2.627, art. 120).

São frequentes, no entanto, os contratos entre a sociedade e o seu controlador, ou uma outra sociedade igualmente controlada por este, causando evidente prejuízo aos não-controladores e mesmo aos terceiros credores, pela lesão do patrimônio social.⁵⁵ Só mesmo o respeito a uma concepção

nítica da personalidade jurídica impedia o reconhecimento da existência, em tais hipóteses, de um contrato consigo mesmo que a mais antiga tradição jurídica sempre condenou.

Tais ajustes ou acordos não podiam deixar de ser considerados ineficazes, mesmo na ausência de proibição legal expressa pela aplicação da teoria do desvio de poder. A nova lei de sociedades por ações não se omitiu a respeito. Considerou modalidade de abuso de poder pelo controlador, "contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento, ou não-equitativas" (art. 117, § 1º, J). Deveria, no entanto, ter exigido a prévia autorização da assembleia geral, sem o voto do controlador.

126. Mas quem deve responder pela composição das perdas e danos? Se a ação é intentada por acionista, não há de ser, evidentemente, a própria sociedade, pois isto seria dar com uma mão o que se tira com a outra. A responsabilidade pela indenização dos prejuízos só pode ser do controlador, que incorreu no desvio de poder⁵⁶ como estatui, corretamente, a Lei nº 6.404/76 (art. 117). Mesmo que a decisão seja tomada em assembleia, não se pode considerar o ato como praticado pela própria sociedade, segundo a concepção orgânica. Em primeiro lugar, porque agir é atributo do homem. O que há, em verdade, é um problema de atribuição dos efeitos de atos humanos, como bem salientou a moderna doutrina crítica da personalidade jurídica. Ademais, porque a assembleia não se confunde nunca com a sociedade anônima, como frisamos.⁵⁷ Finalmente, porque o desvio de poder, no qual incorre o controlador, desnaturaliza a legitimidade da decisão coletiva, malgrado a sua regularidade formal, patralisando, portanto, aquela atribuição de efeitos dos atos praticados, que acabamos de mencionar. Sem dúvida, os diretores, que praticaram o ato abusivo e danoso para os interesses dos não-controladores, incorrem na responsabilidade funcional, regularmente estabelecida em lei (Lei nº 6.404/76, art. 158), pelo fato de haverem procedido com culpa ou dolo, não obstante dentro de suas atribuições ou poderes. Mas essa responsabilidade dos diretores não exclui, no novo sistema legal, a do titular do poder de controle, que pode não ser administrador (art. 117, § 3º).

54 RTDC 1973, 3, pp.86/587.

55 Como disse o juiz Brandeis, em julgado sempre citado nos Estados Unidos, "the majority has the right to control; but when it does so, it occupies a fiduciary relation toward the minority, as much so as the corporation itself or its officers and directors. If, through that control, a sale of the corporate property is made and the property acquired by the majority, the minority may not be excluded from a fair participation in the fruits of the sale" (Southern Pacific Co. v. Bogert, decidido pela Suprema Corte em 1919).

56 Cf. A. Wald, "Responsabilidade da Sociedade Anônima por Decisões Nulas ou Abusivas da Assembleia Geral", RDM nova série, nº 12, 1973, p. 11.

57 Cf. *supra* nº 3.

O direito alemão tem, a esse respeito, uma disposição geral repressora do ato de "aproveitamento da própria influência sobre a sociedade" (lei acionária de 1965, § 117), consistente em induzir, pelo exercício intencional da própria influência sobre ela, um administrador, procurador ou preposto, a agir em detrimento da sociedade. O agente é obrigado a indenizar a sociedade e, eventualmente, os próprios acionistas lesados. Com o agente respondem também, solidariamente, os administradores sociais, a menos que o ato por eles praticado seja fundado em uma deliberação da assembleia geral, tomada de acordo com os preceitos legais. Já nos referimos a esse dispositivo, quando tratamos do controle externo.⁵⁸ Na lei germânica, ele se aplica, de fato, a ambos os gêneros de controle. Na nossa Lei nº 6.404/76, deve-se referir a norma do art. 117, § 1º, e, que visa, tão-só, ao acionista controlador. Na hipótese de controle conjunto, todos os acionistas controladores responderão solidariamente pelos prejuízos causados, por aplicação da regra constante do art. 942 do Código Civil de 2002.

127. Há, ainda, situações em que o controle de outra sociedade pode servir para fraudar a aplicação de disposições legais imperativas. Não se trata de questão inserida na problemática do grupo societário, pois não há, necessariamente, conjugação de atividade empresarial entre ambas as sociedades, com a consequente unidade de direção.

É o caso, por exemplo, do diretor que obtém a aprovação de suas contas em assembleia, graças ao voto decisivo de uma sociedade acionista, por ele controlada, frustrando-se, destarte, a aplicação da norma proibitiva do art. 134, § 1º, *in fine*, da Lei nº 6.404/76, sancionada até mesmo penalmente (Código Penal de 1940, art. 177, § 1º, VII). Nota-se que a lei penal fala em aprovação de contas mediante interposição de pessoa. Mas a doutrina considera que essa interposição deve ter sido criada especialmente para o efeito de aprovação de contas.⁵⁹ Assim, se a sociedade controlada pelo diretor não foi constituída com essa finalidade, o seu voto de aprovação de contas não constituirá crime. Não obstante, entendemos que, no caso, a deliberação da assembleia pode ser considerada ineficaz pela ocorrência de fraude à lei, desde que, bem entendido, sem o voto dessa sociedade controlada pelo diretor, não haja aprovação das suas contas.

A vigente lei acionária parece tornar indubitável essa solução, ao dispor, no art. 115, que se considera abusivo o voto exercido com o fim de obter *para si ou para outrem*, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Ainda que se considere que a sociedade controlada pelo administrador não é o seu *alter ego*, é bem de ver que, ao votar abusivamente pela aprovação das contas desse administrador, ela o fez com o fito de obter para este uma vantagem a que ele não fazia jus, daí resultando, obviamente, um prejuízo ou possibilidade de prejuízo para a companhia.

Caso análogo é o do administrador que obtém a concessão de empréstimo, pela sociedade por ele administrada, sem autorização de assembleia geral, a benefício de outra sociedade da qual detenha o controle. A nossa lei penal (Código de 1940, art. 177, § 1º, III) não se refere à obtenção de empréstimo por interposta pessoa, ao contrário, por exemplo, do disposto no Código Civil Italiano (art. 2.624). A doutrina penalista dá ao texto uma interpretação mais compreensiva, admitindo que, para a ocorrência de crime, não há necessidade de o diretor figurar, abertamente, como parte contratante. "Toma empréstimo também aquele que agir por meio de um 'testa-de-ferro', ou por qualquer interposta pessoa. O essencial é que o diretor seja o real beneficiário do empréstimo."⁶⁰

A redação do art. 154, § 2º, b, da Lei nº 6.404/76, embora mais abrangente que a do art. 119, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627, ainda não é suficientemente incisiva para a hipótese. Se o administrador figura como sócio totalitário da sociedade que recebe o empréstimo, ou se ela foi criada, exclusivamente, para essa finalidade, não nos parece admissível dúvida alguma quanto à ilicitude. Mesmo deixando de ocorrer um desses casos externos, o contrato celebrado pode ser considerado ineficaz para a companhia mutuarante, se as circunstâncias de fato evidenciarem a *fraus legi*, como sustentou Ascarelli.⁶¹

b) No grupo econômico

128. No seio do grupo econômico, o problema da disciplina do desvio de controle torna-se mais agudo, pois a própria mecânica de funcionamen-

58 Cf. *supra* nº 18.

59 Cf. C. Pedrazzi e P. José da Costa Jr., *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, cit., pp. 210 e ss.

60 C. Pedrazzi e P. José da Costa Jr., *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, cit., pp. 191/192.

61 T. Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 491.

to do conjunto empresarial tende, como salientamos,⁶² não só à possibilidade de restrição ou supressão da distribuição de lucros, em uma ou em todas as sociedades que o compõem, como também a uma restrição na própria produção desses lucros. O interesse particular de uma sociedade pode ser sacrificado ao interesse geral do grupo.

Nota-se que esse desvio de poder, analisado na ótica do interesse particular de cada sociedade, pode ocorrer não apenas em sociedades controladas, ou "filiais", mas também na própria controladora ou *holding*. Figure-se, por exemplo, a decisão de alteração radical do objeto social das sociedades controladas, de cessão do controle destas, da venda global dos bens do seu acervo empresarial, ou da dissolução das sociedades operantes; tudo isso deliberado em vista do interesse geral do grupo, e não do interesse particular da *holding*, de produção e distribuição de lucros. Imagine-se, mesmo, que a cessão de controle ou a venda dos bens do acervo empresarial de sociedades controladas sejam feitas para outras sociedades pertencentes ao grupo, simplesmente coligadas à companhia controladora, mas não dominadas por ela, por preço manifestamente irrisório, inferior, por exemplo, ao valor contábil das ações. Como não reconhecer o prejuízo sofrido pelos acionistas não-controladores da *holding*, ou a probabilidade de prejuízo?

Por outro lado, como também salientamos, o direito não pode descurar os relevantes interesses econômicos globais do grupo societário, que devem, mesmo, sobrepor-se ao interesse particular das sociedades que o compõem. O ponto de equilíbrio deve ser encontrado na legalização desse fato, acompanhada da imposição de limites, e de toda uma sistemática de adequada proteção aos interesses individuais lesados.

Foi o que fez o legislador alemão, na lei acionária de 1937, e mais completamente na de 1965. Naquela, o § 101, correspondente ao § 117 desta, ao reprimir o aproveitamento da própria influência sobre a sociedade, excluía da obrigação de indenizar o agente que houvesse atuado "para servir interesses mercedores de turela" (*schutzwertigen Belange*). Fundados numa observação da exposição de motivos, os comentaristas e os tribunais admitiram, sem discussão, que tais interesses eram, justamente os do grupo econômico no qual a sociedade em questão se inseria.⁶³

A atual lei acionária alemã adotou uma sistemática um tanto diferente e, de qualquer modo, bem mais complexa. Ela partiu da distinção radical

entre grupos de direitos e grupos de fato (*faktische Konzerne*), como já as sinalamos.⁶⁴ Só os primeiros podem funcionar sem o respeito aos interesses particulares das sociedades componentes, mas com a compensação dos prejuízos causados. O livro terceiro da lei define os tipos de contratos de grupo, denominados "contratos de empresa" (*Unternehmensverträge*), que podem constituir *Konzerne* de direito. São eles: o contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*) e o contrato de transferência de lucros (*Gewinnabführungsvertrag*), ambos regulados no § 291; o contrato de comunhão de lucros (*Gefwinnungemeinschaft*), de transferência parcial de lucros (*Teilge winnabführungsvertrag*) e o arrendamento ou cessão de estabelecimento (*Betriebspachtvertrag*, *Betriebfueberlassungsvertrag*), no parágrafo seguinte. Só estes últimos eram regulados na Lei de 1937. De qualquer modo, esses tipos contratuais são os únicos aptos a constituir um grupo econômico de direito, e os seus instrumentos devem ser levados ao registro do comércio para que produzam efeitos jurídicos. A doutrina salienta que eles operam uma alteração nos fins sociais, passando as partes a atuar em função do interesse geral do grupo.⁶⁵

Acontece que os grupos de fato continuam a ser, ainda hoje, incomparavelmente mais numerosos que os grupos de direito. O arquivamento de um "contrato de empresa" no registro do comércio é fato relativamente raro na Alemanha. Ou seja, malgrado a reafirmação pelo legislador do princípio do respeito ao interesse particular de cada sociedade, no grupo de fato, e a imposição de um relatório pormenorizado sobre as relações entre as sociedades componentes do grupo, a ser apresentado, anualmente, pelos administradores à assembleia geral (§ 312), a maior parte dos empresários entendeu mais conveniente não legalizar os grupos econômicos criados, o que significa excluir da regulamentação legal um número considerável de sociedades anônimas, pois, segundo estimativas correntes, 70% a 80% das companhias alemãs integram-se num *Konzern*.⁶⁷

⁶⁴ Cf. *supra* n.º 112.

⁶⁵ Cf. R. Godin e H. Wilhelm, *Aktiengesetz*, cit., II, pp. 1.579 e ss.; H. Würtzinger, *Aktien- und Konzernrecht*, 3.ª ed., Karlsruhe, 1973, p. 288.

⁶⁶ Alguns juristas estrangeiros superestimam, assim, sem nenhum apoio na realidade, a importância desse relatório sobre as relações com as sociedades pertencentes ao grupo (cf., por ex., L. di Brna, "I Contratti tra Società Collegate nella Legge Tedesca sulla Società per Azioni", in *RDC*, 1972, I, pp. 226/227).

⁶⁷ Cf. H. Würtzinger, *Aktien- und Konzernrecht*, cit., p. 254.

⁶² Cf. *supra* n.º 111.

⁶³ H. Raschl, *Deutsches Konzernrecht*, cit., p. 163.

Constituído o grupo econômico de direito, os "acionistas estranhos" (*aussenstehende Aktionäre*), como são chamados os não-controladores na sociedade dominada ou submetida à transferência de lucros, passam a gozar de duas garantias: uma "indenização apropriada" (*angemessener Ausgleich*), equivalente ao dividendo, para os que desejam permanecer na companhia, na qualidade de "hóspedes tolerados", como disse pioroscaamente um autor;⁶⁸ ou então o direito de recesso, com o recebimento dos controladores de um contravalor (*Abfindung*) pelas ações cedidas.

A garantia do dividendo é dada em função da distribuição de lucros aos acionistas, feita no passado, e da distribuição previsível de dividendos no futuro, caso não tivesse havido o "contrato de empresa"; acrescentando, cautelarmente, a lei que se devem levar em conta as amortizações adequadas e as retificações de valores necessárias, mas não as reservas facultativas, anteriormente constituídas (§ 304, alínea 2), sem o que estaria legitimado até mesmo o autofinanciamento à *outrance*. Pode-se também — o que parece pouco justificado — estipular no contrato que os não-controladores receberão dividendos correspondentes aos distribuídos pela sociedade dominante (*ibidem*).

Quanto à indenização pelo recesso, ela pode ser estipulada em ações de outra sociedade, ou da que exerce sobre ela o controle, ou ainda em dinheiro (§ 305).

Em contrapartida dessas garantias, estabelecidas em favor dos acionistas não-controladores, o legislador alemão, inspirando-se, sem dúvida, no art. 209 da lei acionária inglesa de 1948, em matéria de *take-over bids*,⁶⁹ admitiu que, na hipótese da constituição de um poder de controle correspondente à detenção de 95% do capital acionário de uma companhia, e pertencente a outra sociedade por ações, esta pode apropriar os não-controladores, mediante a entrega de ações do seu capital, ou do capital da sociedade à qual por sua vez se subordina, com uma eventual complementação em dinheiro (§ 320, alíneas 4 e 5).

Nos Estados Unidos, sustentou-se a necessidade de uma disciplina particular para as subsidiárias integrais, que detêm a quase totalidade (*majority subsidiaries*) ou uma parte significativa (*significant subsidiaries*) do acervo empresarial do grupo, isto é, segundo a SEC, mais de 15% desse

acervo, ou cujo faturamento ou receita ultrapassa 15% das vendas ou receitas do grupo.⁷⁰ No primeiro caso, os atos da subsidiária de venda do seu acervo total, de incorporação em outra sociedade, de eleição de administradores, reforma dos estatutos ou dissolução devem ser exercidos, diretamente, por voto da assembleia de acionistas da *holding*, e não pelos representantes legais desta na subsidiária. É a doutrina do *pass-through*. Na segunda hipótese, já se admite que a decisão compiã aos representantes da sociedade controladora na assembleia da subsidiária, mas sempre com a prévia aprovação da assembleia da *holding*.

Nota de Texto 76 Na Alemanha, essa necessidade prática teve elaboração teórica no famoso caso *Holzmueller*.⁷¹ Em uma *fahisypacie* semelhante, de criação de uma sociedade unipessoal através da transferência de parte do patrimônio da sociedade (transformada em) *holding* (pura), em primeiro lugar impôs-se à diretoria (*Vorstand*) a convocação de uma Assembleia Geral para decidir a respeito de uma transferência patrimonial para a sociedade controlada (o que não seria obrigatório de acordo com a lei societária). Afirmou-se também que, dali em diante, qualquer decisão sobre o aumento de capital na sociedade unipessoal deveria ser tratada como uma decisão da sociedade *holding*, exigindo consequentemente uma decisão da Assembleia Geral dessa última com quórum qualificado (75%).

Trata-se, com efeito, de atribuir diretamente à Assembleia Geral decisões que normalmente competiram à diretoria da sociedade controladora como representante do acionista único na sociedade unipessoal. A transferência de parte importante do patrimônio é apenas um exemplo. A mesma ameaça aos interesses da minoria da sociedade *holding* pode ser identificada, por exemplo, em decisões tendentes à conclusão de contrato de grupo, no caso de aumento de capital da sociedade contro-

68 L. Brina, "I Contratti tra Società Collegate nella Legge Tedesca sulla Società per

Azioni", cit.

69 Cf. *supra* n° 79.

70 Cf. M. A. Eisenberg, "Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control", in *Harvard Law Review*, vol. 84, n° 7, de maio de 1971, p. 1.577.

71 Caso *Holzmueller*, decisão de 25.02.1982, in *BGHZ* 83, 122.

lada ou ainda no caso da admissão de terceiros na sociedade (nestes últimos dois casos, a sociedade tornar-se-ia pluripessoal com diminuição da participação relativa dos sócios minoritários).⁷² O perigo evidente nesses dois casos é a utilização da sociedade unipessoal para permitir a diluição da participação votante dos minoritários no grupo. Não há porque, aí também, não se aplicar à controlada as regras existentes sobre utilização abusiva do poder de controle para diluição da participação dos minoritários.

O antídoto para esse tipo de comportamento é evidente. Na concepção organizativa da sociedade, a procedimentalização da atividade social e o cumprimento das formalidades societárias aparecem como requisito fundamental para a separação das esferas. No caso dos grupos, no entanto, a essa necessidade se contrapõe uma outra: impedir o conflito de interesses na *holding*. A realização de Assembléias exclusivamente com um representante da *holding* pode servir como meio de fortalecer a posição de seu controlador em detrimento dos minoritários (da *holding*). Uma forma de compatibilizar essa exigência com a primeira é sem dúvida a encontrada na já citada decisão *Holzmueller* do BGH alemão, que imputa as atribuições da Assembléia Geral da sociedade unipessoal diretamente à Assembléia Geral da *holding*. Desse modo, as decisões podem ser consideradas verdadeiramente do sócio único (*holding*), permitindo registrar todas as diferentes opiniões que a compõe e não apenas a posição do controlador da *holding*. Opera-se na prática uma transmissão da técnica maioria-minoria, da sociedade controladora à controlada.

129. Voltando os olhos para o nosso país, pensamos que o legislador de 1976 teria incorrido em omissão culposa se não houvesse enfrentado a

realidade dos grupos econômicos, estabelecendo a proteção adequada aos interesses passíveis de lesão. Nada indica que no meio brasileiro esses interesses sejam desprezíveis. Tudo demonstra que a prática e a jurisprudência não souberam e não puderam, no direito anterior, excogitar mecanismos apropriados de defesa dos não-controladores, sem coartar inconscientemente a formação dos grupos societários. Foi, por conseguinte, louvável a orientação da Lei nº 6.404/76 de procurar disciplinar o fenômeno.

Num dos raros casos de constituição contratual de grupo, levados ao conhecimento dos tribunais, a Justiça procurou interpretar ampliativamente os textos legais, para evitar a nulidade. Mas a discussão estabelecida mostrou até que ponto o fato *sub iudice* era estranho à sistemática do Decreto-Lei nº 2.627. Duas companhias de mineração constituíram uma sociedade civil, denominada "consórcio de administração", que passou a dirigi-las, retirando de suas respectivas diretorias, praticamente, todas as suas prerrogativas legais. Um acionista de uma dessas sociedades anônimas ajuizou ação para anular a constituição do "consórcio", alegando violação flagrante da norma constante do art. 116, § 5º, do Decreto-Lei nº 2.627, que vedava a transferência das atribuições ou poderes, conferidos aos diretores, a outro órgão criado pela lei ou pelos estatutos. O texto, às claras, só previa transferência de poderes no seio da própria companhia, e assim mesmo para declará-la inválida. A direção unificada do grupo econômico era problema totalmente desconhecido, ou pelo menos não considerado, pelo legislador. Acresce notar, no caso levado a juízo, que o "consórcio de administração" percebia elevada porcentagem sobre o lucro produzido pelas companhias administradas.

O juiz de primeira instância julgou procedente a demanda, anulando o "consórcio". Todavia, em grau de apelação e de recurso extraordinário, os tribunais entenderam em sentido contrário. No caso, afirmaram, não teria havido delegação de poderes, nem ter passado o "consórcio" a operar como procurador dos diretores de ambas as companhias, mas como mandatário destas, por decisão de suas respectivas assembléias gerais. "E o § 5º citado admite que os diretores constituam, em nome da sociedade, mandatários para as operações que poderão praticar."⁷³ Tal decisão, na verdade, não encontrava o menor amparo na lei. Não se tratava, obviamente, de simples constituição de procuradores para a prática de atos certos e determinados,

72 Cf. V. Emmerich e J. Sonnenschein, *Konzernrecht*, 3ª ed., Munich, Beck, 1989, p. 110.

73 Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 24.034, Relator Min. Barros Barreto, em RT 291/873.

mas de autêntica substituição de administradores: tanto mais que os representantes legais do "consórcio" eram os próprios diretores das companhias em questão, não tendo sentido que eles fossem, a um tempo, diretores e mandatários, a menos que se admitisse que o "consórcio", pelo efeito da personalidade jurídica, nada tinha a ver com esses diretores. Ademais, a constituição de procuradores não é ato da assembleia geral, mas sim da diretoria. A deliberação das assembleias acentuou ainda mais o fato de que houve, efetivamente, delegação de atribuições vedada por lei. E a atribuição ao "consórcio" de porcentagem elevada sobre os lucros apurados pelas companhias administradas demonstrava, à saciedade, que não se estava diante de simples relação de mandato.

130. A regulação legal dos grupos econômicos pressunõe, necessariamente, a própria definição legal do que se deva considerar como grupo, para o efeito de aplicação das normas reguladoras de sua constituição e atividade; bem como, antes de mais nada, o que se deva considerar como controle.

O reconhecimento da existência de um grupo econômico não pode depender da decisão dos próprios interessados. O sistema alemão de distinguir "grupos de direito" e "grupos de fato", segundo a opinião concordante de vários observadores, não provou bem.

Na primeira edição deste livro, antes da promulgação da Lei nº 6.404/76, esboçamos as linhas-mestras de disciplina dessa questão *de jure condendo*.⁷⁴

A lei acionária de 1976 adotou, em parte, as orientações que preconizávamos, notadamente a consagração dos grupos de simples coordenação, ao lado dos de subordinação. Para aqueles — denominados consórcios — admiuiu grande liberdade de estrutura, rejeitando o sistema alemão da previsão de contratos típicos em *numerus clausus*.

Mas o legislador pátrio seguiu o modelo alemão de outra forma e, a nosso ver, criticavelmente, ao aceitar a distinção entre grupos de fato e grupos de direito. Estes últimos, regulados no Capítulo XXI da lei, acabaram

se tornando, como era de prever-se, raras exceções ao sistema vigorante, em razão da possibilidade do recesso acionário (arts. 136 e 265). Com isto a proteção aos acionistas não-controladores repousa, integralmente, sobre a aplicação do princípio indenitário por abuso de poder (art. 246), cujo caráter dissuasório não se tem revelado muito eficaz, nem mesmo com o incentivo do prêmio em dinheiro à ação social *in singulis* dos acionistas não-controladores (§ 2º).

131. Até aqui, a questão do desvio de poder, no grupo societário, foi vista exclusivamente como opressão dos não-controladores. Acontece que não é apenas este o perigo decorrente da falta de regulamentação do fenômeno grupal. Há, também, casos frequentes de fraude a disposições legais imperativas, por meio da utilização do mecanismo do grupo.

Assim ocorre, por exemplo, com as participações reciprocas de capital. Já tivemos ocasião de assinalar que esse entrecruzamento de sociedades, quando intenso, pode esvaziar os poderes decisórios da assembleia geral, além de violar os princípios da integridade do capital social e da sinceridade do balanço.⁷⁵

A regulação da sociedade anônima, nos sistemas jurídicos como o nosso, funda-se em grande parte no princípio da intangibilidade do capital social, do qual decorre toda uma série de regras imperativas: o procedimento de avaliação dos bens não-pecuniários quando da subscrição de ações, a proibição da emissão de ações abaixo do par, a proibição de a companhia negociar com as ações que emitiu, a proteção dos credores quirografários nas deliberações de redução da cifra do capital. A participação reciproca entre duas ou mais sociedades pode tornar inteiramente vão esse princípio. Figure-se, por exemplo, que a companhia A, com o capital de um milhão, constitua, logo após a sua fundação, duas outras companhias, B e C, subcrevendo e pagando, em cada uma, ações no valor de meio milhão, representando 99% do capital social, num e noutro caso. Imagine-se, depois, que A venda a C a totalidade das ações que possui no capital de B, e venda a esta última a totalidade das ações que subcreveu no capital de C. Com essa operação, A logrou recuperar as quantias investidas em ações das duas outras companhias. Se vier a ser dissolvida, com a devolução do seu ativo líquido aos acionistas, terá deixado subsistir duas sociedades, cujo ativo real é pouco superior a zero.

74 Analisamos a regulação dos grupos societários na Lei nº 6.404/76 em artigo publicado

em *RDIM* 23/91, em versão francesa, com algumas alterações (F. K. Comparato "Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1978, nº 3, p. 791, e em *Rivista delle società, seltschaftsrecht*, 1979, nº 4, p. 583.

75 Cf. *supra* nº 63.

Por outro lado, quando a lei não impõe regras adequadas para a avaliação no balanço das ações em carteira, decorrentes de uma participação recíproca de capital, como fazia a lei sueca de 1944 (§ 141, alínea 1), os terceiros credores e os próprios acionistas podem ser iludidos quanto à realidade do ativo das companhias em questão.

A Lei nº 6.404/76, além de disciplinar as participações recíprocas de capital, preenchendo grave lacuna do direito anterior, veio ainda editar regras precisas quanto à avaliação do investimento em sociedades coligadas e controladas, segundo os melhores princípios contábeis (art. 248 da Lei nº 6.404/76).

Deixou, no entanto, sem solução explícita a questão da negociação, pela sociedade controlada, com ações da controladora, que Ascarelli sustentou ser proibida, ainda no regime do Decreto-Lei nº 2.627.

A elusão dessas disposições imperativas pode, com efeito, acarretar sério risco para os acionistas não-controladores e os terceiros credores. Estes últimos, em particular, quando quirográficos, terão, eventualmente, comprometida a garantia representada pelo ativo da companhia, em razão do mau funcionamento dos mecanismos societários de integridade do capital e de fiscalização da gestão administrativa.

Nota de Texto 77 Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. Sepultadas pela prática ou pelo legislador, as principais regras conformadoras do direito grupal (grupo de direito) como originariamente idealizado não têm aplicação. Os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo. Já o por assim dizer direito dos grupos de fato flutua entre regras de responsabilidade mal definidas e disciplina de conflito de interesses de difícil aplicação.

Assim sendo, é necessário refletir criticamente e de forma prospectiva sobre as experiências estrangeiras e particularmente sobre a longa experiência dos Tribunais alemães no perfeccionamento das — como já visto — imperfeitas regras legais deste país sobre grupos.

Antes de passar à análise das tendências atuais, são necessários alguns esclarecimentos a respeito da regulamentação dos grupos na Alemanha. Com relação à proteção dos credores, pode-se qualificar o sistema alemão como uma “solução de três níveis” (“*three stage solution*”).⁷⁶

No primeiro nível, encontra-se a chamada *Eingliederung*. A *Eingliederung* constitui uma forma qualificada de contrato de dominação (*Beherrschungsvortrag*), sendo considerada uma forma intermediária entre contrato de dominação e fusão. Diferentemente da fusão, a sociedade mantém a personalidade jurídica; diferentemente do contrato de dominação, o patrimônio da referida sociedade encontra-se à disposição da sociedade de comando.⁷⁷ Isso porque a administração da *eingegliederte Gesellschaft* é obrigada a seguir todas as instruções da sociedade de comando (*Hauptgesellschaft*), de acordo com o § 323 *AktG*. Essa situação justifica-se com base nas características peculiares desse tipo de sociedade.

A integração total, com manutenção da personalidade jurídica, é apenas admitida com a imposição de regras especiais protetivas dos acionistas minoritários das sociedades agrupadas e dos credores. Com efeito, sua formação é possível apenas quando todas as ações sejam já de propriedade da sociedade de comando (§ 319), ou quando esta possua 95% das ações. Nesse último caso, os acionistas podem ser obrigados a vender suas ações

76 Cf. M. Lutter, “The law of groups of companies in Europe: a challenge to juristsprudence” in *Forum international on commercial law and arbitration*, vol. 1, 1983, nº 1, p. 24, v. também do mesmo autor “Des Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung” in *StAG 1976*, pp. 152 ss.

77 Cf. H. G. Köppenssteiner, in *Köhler Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. 3, Colônia, Berlin, Bonn, Munique, Carl Heymanns, 1985, Vorb § 319, Rdn. 3, p. 203, que depois de haver definido as características acima, afirma: “*Kaufmännisch betrachtet, ist die eingegliederte Gesellschaft eine Betriebsabteilung der Hauptgesellschaft*”, v. também, no mesmo sentido, B. Grünwald-J. Semler, in *Gassler-Hejermehl Aktiengesetzkommentar*, 13. Lieferung, Munique, Vahlen, 1991, § 319 (Vorb.), Rdn. 2, pp. 1 ss.

mediante indenização (§ 320, Abs. 5). Com relação à proteção dos credores, prevê-se a responsabilidade integral da sociedade de comando pelos débitos da sociedade subordinada, em caso de *Eingliederung* (§ 322). Em um segundo nível de integração, encontram-se as sociedades ligadas por um contrato, que pode ser um *Beherrschungsvertrag* ou um *Gewinnabführungsvertrag* (§ 291). Fala-se em nível mais baixo de integração porque o direito da sociedade de comando de determinar o destino da sociedade comandada está sujeito às limitações previstas no contrato de grupo e nos dispositivos dos §§ 308-318 *AktG*. Mesmo não sendo responsável pelos débitos da sociedade subordinada (o § 303 prevê apenas a obrigação de prestar garantias em caso de desaparecimento da relação grupal aos credores que as requisitarem em um prazo de seis meses do registro do término do contrato de grupo), a sociedade de comando é obrigada a repor todo ano as perdas contábeis sofridas pela sociedade subordinada (§ 302).

a) Responsabilidade grupal subjetiva

Exposto o substrato legislativo, pode-se passar à análise de como e com que fundamento os tribunais alemães aplicaram a disciplina do segundo nível de integração, como *repro* defnido, a hipóteses incluídas no terceiro.⁷⁸ Prineiramente é necessário ter conhecimento da posição do *BGH* antes do famoso caso *Autoban*, que representou importante mudança em relação à jurisprudência anterior daquela corte.

Um bom exemplo é o caso *Fertighaus*, decidido por aquele tribunal em 4 de maio de 1977.⁷⁹ Tratava-se de demanda proposta por um fornecedor contra o sócio único de seu devedor, uma sociedade unipessoal subcapitalizada. Dos bens utilizados pela sociedade, a maior parte pertencia ao sócio único. Na decisão, afirma-se expressamente o princípio da separação patrimonial contido no § 13 *GmbHG* e nega-se a possibilidade de responsabilização do sócio único com base apenas na subcapitalização.⁸⁰ Afirma-se em seguida que o fato de que a sociedade seja controlada por uma pessoa jurídica não importa qualquer diferença qualitativa com relação ao caso em que o sócio único seja uma pessoa física.⁸¹

⁷⁹ Cf. Caso *Fertighaus*, decisão de 04.05.1977, *BGHZ* 68, 312.

⁸⁰ Essa afirmação baseia-se em duas premissas: primeiro, o tribunal considerou que a sanção correta contra a subcapitalização encontra-se nas disposições societárias de proteção do capital social e não em uma eventual aplicação da teoria da desconsideração (p. 319) e em segundo lugar no fato de que o Tribunal, ainda que negando do ponto de vista teórico os pressupostos da teoria de Serick, faz uma análise subjetivista da desconsideração, considerando ineficientes critérios objetivos para a atribuição de responsabilidade: "*Entgegen der Auffassung von Serick (Rechtsform und Realität 1.955) hat der Bundesgerichtshof bei der Behandlung von – im einzelnen allerdings ganz unterschiedlich gelagerten – Durchgriffsproblemen weitgehend auf einen objektiven Missbrauch der Rechtsform der Gesellschaft abgestellt und den Nachweis einer Missbrauchsabsicht nicht verlangt (vgl. BChZ 20, 4). Der erkennende Senat hat allerdings in dem Urteil vom 26. November 1.957 (aaO S. 462) ausgesprochen, es müsse (dort: zum objektiv hervorgerufenen Rechtschein) grundsätzlich ein subjektiver Gesichtspunkt hinzukommen, der das Verhalten des sich auf die Selbständigkeit der GmbH berufenden Gesellschafters als einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die Guten Sitten kennzeichnet*" (p. 316).

⁸¹ O Tribunal até admite a maior probabilidade de conflito de interesses nos grupos, mas

não tira qualquer consequência dessa constatação: "*Ob der entscheidende Einfluss auf einer GmbH von einem Privatgesellschafter oder aus einem anderen Unternehmen stammt, ist jedoch unerheblich. Es mag zwar sein, dass wie Wiedemann (Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1.975, Sonderbeilage 4/1.975, p. 20) ausführt, erfahrungsgemäss ein herrschendes Unternehmen die abhängige juristische Person intensiver mit den eigenen Interessen verknüpfen wird, als dies bei einem Privatgesellschafter der Fall ist. Dieser Umstand rechtfertigt jedenfalls nicht ohne weiteres einen allgemeinen unmittelbaren Haftungsdurchgriff der Gläubiger gegen die Muttergesellschaft, wie dies insbesondere auch ein Vergleich mit den konzernrechtliche Vorschriften für die Aktiengesellschaft (§§ 15 95., 302 95., 311 ff AktG) zeigt*" (p. 320).

⁷⁸ Em todos os três casos que serão analisados, trata-se de um *GmbHKonzern*. A doutrina dominante tende, no entanto, a considerar o mesmo raciocínio aplicável ao *AG faktische Konzern* v. V. Emmerich e J. Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 347.

Essa última afirmação foi objeto de muitas críticas na doutrina por não levar em consideração as peculiaridades dos grupos.

Com efeito, é exatamente com base no reconhecimento da peculiaridade dos grupos que se baseia a decisão do caso *Autokran*, de 16 de setembro de 1985.⁸² Trata-se de dívida resultante de contratos de *leasing* de máquinas. O autor era credor de sete sociedades controladas por uma mesma *holding*, que era sua sócia única de fato. A sociedade *holding* controlava não apenas financeiramente o caixa das sociedades ligadas, através de uma outra sociedade que tinha a função de *Hausbank*, mas podia também determinar, como efetivamente fez, a transferência das máquinas de uma sociedade a outra. Através de diversos artifícios, a sociedade *holding* havia conseguido transferir grande parte do patrimônio das controladas para seu patrimônio e para o patrimônio de seu sócio majoritário. Em presença de uma situação fática tão clara, não foi difícil para o *BGH* afirmar que, nos grupos, a co-existência, no mesmo sujeito, de dois interesses sociais, cumlulada com a efetiva possibilidade de pôr um interesse a serviço do outro, justifica a aplicação das regras previstas na lei acionária para os grupos de direito.

Dois são os pontos discutíveis e discutidos na decisão: em primeiro lugar, a determinação dos critérios que permitam afirmar a efetiva possibilidade de utilização de um interesse em função do outro; em segundo, a justificativa da aplicação da normativa dos grupos de direito aos grupos de fato.

Com relação ao primeiro ponto, requer-se a existência do assim chamado “*qualifizierende faktischer Konzern*”, ou seja, o sócio único deve ter exercido a administração da sociedade de forma ampla e duradoura (*dauernd und umfassend*).⁸³ Trata-se claramente de requisito que li-

mita muito o âmbito de aplicação da norma, sobretudo na sociedade unipessoal, na qual o dado formal do exercício da administração não é requisito essencial para o exercício do poder. A decisão afirma que o sócio pode eximir-se de responsabilidade apenas demonstrando que qualquer outro administrador cumpridor de seus deveres legais e estatutários (*pflichtgemäss handelnde Geschäftsführer*) de uma empresa independente teria gerido os negócios da mesma maneira.⁸⁴

O segundo ponto não é tratado em profundidade na decisão. Nega-se a possibilidade de aplicação do § 302 *BGB* afirmando-se que, no caso da sociedade unipessoal, a inexistência de um interesse interno autônomo não justifica a aplicação das regras de proteção do patrimônio social, mas apenas das regras de proteção dos credores.⁸⁵ Como regra substitutiva, invoca-se o § 303 *ABG*, que obriga a sociedade de comando do grupo a prestar garantias aos credores da sociedade subordinada que tenham feito o requerimento até seis meses antes do registro do fim da relação grupal. Tal regra é utilizada, no entanto, mais para aproximar a hipótese da responsabilidade de grupo — formando assim um corpo de regras para o *GmbH Konzern* — do que em função de uma perfeita correspondência da disciplina à *faktispecie*.

A conclusão de *Autokran* é que, ainda que utilizando elementos estruturais (a noção de *qualifizierende faktische Konzern*), o elemento subjetivo continua presente na caracterização da “responsabilidade”.

E é exatamente essa possibilidade de exclusão de responsabilidade por demonstração da inexistência de culpa que caracteriza e justifica a denominação responsávelidade de grupo subjetiva.

82 Caso *Autokran*, decisão de 16.09.1985, *BCHZ* 95, p. 330.

83 *BCHZ* 95, p. 330 (333-334). Fazendo referência às discussões do *Arbeitskreis GmbH-Reform* (*Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform 1972*, vol. 2, pp. 59 e 67), onde a expressão foi pela primeira vez utilizada.

84 *BCHZ* 95, p. 330 (334).

85 O tribunal afirma que tal proteção seria incompatível com a sociedade unipessoal caso se admitisse que o interesse social é o interesse comum dos sócios. Mesmo adotando-se uma noção mais ampla de interesse social, que incluía credores e empregados, o tribunal considerava a proteção “extrema” (do § 303 *ABG*) suficiente — p. 346.

Essa não deve ser confundida com a responsabilidade subjetiva pura, baseada na demonstração da intenção. Nesse caso, não mereceria a denominação *gruppal*, pois nada teria de específico para o grupo. Tratar-se-ia de mera aplicação da regra de responsabilidade por ato ilícito do Código Civil.

Por responsabilidade de grupo subjetiva deve-se entender aquele tipo de regra (legal ou jurisprudencial) que, com base em uma predeterminada configuração da estrutura gruppal, “presume” a existência de um comportamento fraudulento. Presunção simples, motivo pelo qual a disciplina não se confunde tampouco com a responsabilidade objetiva. Permanece sempre possível para a sociedade eximir-se de responsabilidade demonstrando que respeitou a independência patrimonial da sociedade controlada.⁸⁶

b) Responsabilidade estrutural

Com a expressão “responsabilidade estrutural” quer-se exprimir a responsabilidade privativa dos grupos aplicável em função da simples existência de uma determinada estrutura gruppal. Nesse grupo incluem-se as decisões jurisprudenciais alemãs ulteriores ao caso *Autokran* e a lei portuguesa dos grupos, que são analisadas em seguida.

Sucessivamente ao caso *Autokran*, o *BGH* teve de enfrentar o problema da responsabilidade nos *qualifizier-
tatsacheKonzern* no caso *Tiefbau*, decidido em 20 de fevereiro de 1989.⁸⁷ Tratava-se de demanda proposta pelo síndico de uma massa falida em face de seu principal financiador, um banco, que tinha exercido na prática, durante longo tempo, a direção dos negócios da sociedade através de fiduciários, transformados em sócios majoritários da sociedade. Um deles havia exerci-

do também a administração financeira da sociedade.⁸⁸ Ainda que, como já explicado, essa decisão representasse uma decorrência lógica da decisão do caso *Autokran*, pode-se notar um menor fervor pragmático e um maior empenho dogmático por parte do *BGH* em relação àquela decisão. Pode-se dizer que a decisão no caso *Tiefbau* aplica os princípios que em *Autokran* tinham sido declarados mas não aplicados. Enquanto em *Autokran* tinha-se declarado o objetivo de aplicar uma disciplina semelhante à *konzernspezifische Haftung* mas, no final, acabou-se por aplicar uma disciplina semelhante à da responsabilidade delitual, no caso *Tiefbau* procurava-se discutir os pressupostos da responsabilidade gruppal prevista na lei e determinar os efeitos e limites de sua aplicação aos grupos de fato.

Afirma-se a aplicabilidade do § 302 *AktG*, ou seja, a obrigação de compensar as perdas. O desaparecimento das dúvidas existentes no caso *Autokran* a respeito da aplicação desse dispositivo justifica-se sobretudo em função da particularidade da *fattispecie*, que envolve responsabilidade societária (interna) e não-responsabilidade perante os credores. O *BGH*, ao definir os critérios para a aplicação de tais regras, utiliza a mesma noção de *qualifizierte faktische Konzern*, dessa vez, no entanto, depurada de sentidos subjetivos. A responsabilidade da sociedade controladora não é influenciada, portanto, pelos padrões de comportamento do administrador médio. A sociedade controladora pode eximir-se de responsabilidade apenas se demonstrar que os danos nada têm a ver com o exercício da administração.⁸⁹ O

⁸⁶ *BCHZ* 107, p. 19.

⁸⁹ Muito incisiva é a declaração “antisubjetivista” do *BGH* nesse texto: “Die Verlustübernahmepflicht dient zumindest auch dazu, die Ausserkraftsetzung der Kapitalgesellschaftsvorschriften auszugleichen. Sie kann daher entgegen der bisherigen Annahme des Senats nicht davon abhängen, ob das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH pflichtgemäß wie der Geschäftsführer einer selbständigen Gesellschaft geführt hat. Kapitalerhaltungssätze und ordnungsgemäße Geschäftsführung haben”, p. 18.

⁸⁶ Trata-se, portanto, de uma responsabilidade de natureza mista, que utiliza elementos da estrutura (*Konzernstruktur*) e do comportamento gruppal (*Konzernverhalten*) – v. nesse sentido P. Hommelhof, “Konzernpraxis nach Video”, in *DB* 1992, p. 311.

⁸⁷ Caso *Tiefbau*, decisão de 20.02.1989, *BCHZ* 107, p. 7.

elemento subjetivo (culpa) desaparece, permanecendo apenas a necessidade de demonstração do nexo de causalidade. A necessidade de demonstrar o nexo de causalidade justifica-se exatamente por tratar-se de grupo de fato. Se com *Autokran* não se havia inovado tanto, tratando-se nos resultados de mera responsabilidade por comportamento (*Verhaltenshaftung*), em *Tiefbau* admite-se a responsabilidade com base apenas na existência de uma estrutura de grupo e sua ligação causal ao dano (*Strukturhaftung*).⁹⁰

Os limites da aplicação das regras grupais são também fixados. Com efeito, o tribunal afirma que ainda que o § 302 não exija a demonstração do nexo de causalidade entre o exercício do poder de direção e as perdas, a situação deve ser avaliada diversamente quando se trata de grupo de fato. A inexistência de um contrato que implique (como pode acontecer em presença de um *Gewinnablassungsvertrag*) a transferência dos lucros impede a aplicação de uma normativa tão rígida.⁹¹

Outra decisão que deve ser mencionada é a do caso *Madeo* (decisão de 23.09.1991).⁹² Trata-se aqui novamente do sócio único de uma sociedade de responsabilidade limitada, que exercia paralelamente o comércio em nome individual, além de ser sócio de outra sociedade. O primeiro ponto de interesse é a própria caracterização do *Konzern*. O tribunal, fazendo referência a uma interpretação já consolidada dos §§ 15 ss. *AktG*, identifica o *Konzern* com base na existência de dois ou mais inte-

90 V. F. Kübler, "Haftungstrennung und Gläubigerschutz", im "Recht der Kapitalgesellschaften: Zur Kritik der Autokran-Doktrin des BGH" in *Festschrift für Theodor Heinsius* (1991), p. 412.

91 Para o BGH deve-se distinguir entre os diversos poderes de direção: "Im übrigen besteht zwischen der rein tatsächlichen Beherrschung und der Ausübung der Leitungsmacht aufgrund eines besonderen Vertrages ein Unterschied, der es nicht geboten erscheinen lässt, die entsprechende Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Bestimmungen weiter auszuweiten, als es nach den zugrundeliegenden Wertungen erforderlich ist" - p. 19.

92 Caso Video, decisão de 23.09.1991, *DB* 1991, p. 2.176.

resses empresariais na mesma pessoa - o sócio único. A possibilidade de pôr um interesse a serviço do outro é presumida, como nas decisões precedentes, a partir do exercício da administração social. Determina-se, portanto, a aplicação do § 303 *AktG*. A justificativa está na necessidade de proteger os credores sociais, que para o tribunal, no caso da sociedade unipessoal, na qual o sócio único exercia ao mesmo tempo a administração, não é menor que nos grupos de direito.⁹³

Interessante na decisão é também uma afirmação feita em *obiter dictum*. Afirma-se que o sócio único responde pessoalmente com todo o patrimônio, já que se trata normalmente de um empresário individual. No caso, entretanto, em que seu segundo interesse empresarial fosse exercitado também com responsabilidade limitada, poder-se-ia pensar em responsabilização dessa outra sociedade. Trata-se de responsabilidade setorial, ou seja, "eine Haftungsverband zwischen den Einzelgesellschaften unter Schöpfung des Privatvermögens des Gesellschafters".⁹⁴

Para ter uma idéia correta do esquema "evolutivo" - sem que à expressão deva ser atribuída, pelo menos no momento, qualquer função valorativa do tipo "darwiniano" -, é necessário não esquecer que, em todas as decisões, a caracterização como *qualifizierende faktische Konzern* é uma presunção simples, mera inversão do ônus da prova. Analisando-se a regra de responsabilidade juntamente com o elemento presumido, pode-se ter uma idéia melhor das implicações teóricas da regra estabelecida. Em *Autokran*, encontra-se uma *faktispecie* determinada em termos subjetivos. A contra-prova requerida é do comportamento como administrador di-

93 Para o BGH, mesmo realizando uma análise do tipo econômico e verificando os riscos assumidos pelas partes, não se pode presumir que o credor, em presença de um grupo de fato de direção tão integrada, não tenha contado com o patrimônio da *holding* ao contratar com a sociedade controlada (p. 2.178).

94 *DB* 1991, p. 2.176 (2.177).

ligente de uma sociedade independente. Portanto, para a caracterização da responsabilidade é necessária a existência da estrutura grupal aliada ao comportamento contrário aos interesses da sociedade controlada. A essa *fattispecie* definida em termos, por assim dizer, "subjettivos", corresponde uma disciplina também subjettiva. Determina-se a aplicação do § 303 AktG, que pouco se distingue do caso de responsabilidade por dano. A típica "responsabilidade" de grupo, fundada na obrigação de compensar as perdas (§ 302), é negada.

Na segunda decisão (*Tiefbau*), verifica-se uma clara objetivização (da *fattispecie* e da disciplina). Para a caracterização da *fattispecie* basta a existência do *qualifizierende faktische Konzern* e o liame causal com o dano. A disciplina aplicada é precipuamente de grupo (§ 302 AktG). Finalmente, em *Video* pode-se identificar uma ulterior objetivização. Ainda que na definição da *fattispecie* se sigam os critérios de *Tiefbau*, na disciplina adota-se a chamada *sektorale Durchgriff* (desconsideração setorial), objetivando a persecução do patrimônio e não dos "culpados".

Essa evolução jurisprudencial foi objeto de severa crítica doutrinária. A tentativa de estabelecimento de um sistema objetivo ou estrutural de responsabilidade foi criticada em diversos aspectos. A primeira crítica relaciona-se à própria indeterminação da expressão *qualifizierte faktische Konzern*,⁹⁵ excessivamente restrita e ampla ao mesmo tempo. Restrita porque, ao exigir a administração da sociedade pelo sócio único, exclui as hipóteses em que tal situação não exista formalmente, mas em que o exercício do poder por parte do sócio não se distingue na prática (nem quantitativa nem qualitativamente) da própria administração. Excessivamente ampla porque, tendo como fundamento o exercício do poder e aplicando-se também a pessoas físicas, ameça

atingir aquela hipótese que merece mais proteção do ponto de vista juspolítico: a empresa média familiar.⁹⁶ Argumenta-se ainda que a definição dos *qualifizierende faktische Konzern*, na forma como feita, com exigência de demonstração da existência formal de dois interesses empresariais em torno do sócio único, torna o esquema passível de fraude: basta introduzir entre o real sócio controlador e a sociedade controlada uma sociedade *holding* e impede-se a configuração da *fattispecie*.⁹⁷ Nesse caso, o sócio "real" teria um único interesse patrimonial (o da *holding*), enquanto a sociedade *holding* teria dois interesses patrimoniais mas escasso patrimônio.

A responsabilidade grupal não seria suficiente, exigindo-se sempre uma desconsideração ao final para impedir a fraude. Não haveria por que recorrer ao esquema grupal e não diretamente ao da desconsideração.

Mas as críticas mais intensas relacionam-se à mudança de orientação a partir de *Tiefbau*, com claro favorecimento de uma responsabilidade objetiva ou baseada meramente na estrutura da empresa. Do ponto de vista estritamente positivo, argumenta-se que tal tipo de responsabilidade é contrária ao próprio escopo das regras de responsabilidade de grupo da lei acionária alemã.⁹⁸ Atendendo a essa maré de críticas vindas da doutrina e em função do amplo diálogo existente na Alemanha entre doutrina e jurisprudência (em ambos os sentidos), o *BGH* mudou de orientação no mais recente julgamento sobre a matéria. No chamado *TBB Urteil* (29.03.1993),⁹⁹

96 V. a esse respeito P. Hommelhoff, "Konzernpraxis nach Video", cit., p. 312.

97 Cf. F. Kübler, "Haftungstrennung und Gläubigerschutz", cit., p. 422.

98 Cf. W. Flume, "Des Video-Urteil und das GmbH-Recht" in *DB* 1992, p. 26, que afirma: "Seit der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs war und ist auch nach dem geltenden Steuerrecht (14 KStG) Voraussetzung der steuerrechtlich anzuerkennenden Organshaft die wirtschaftliche, organisatorische und finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers. Diese Eingliederung ist das Leitbild für die Regelung von §§ 302, 303 AktG".

99 Caso *TBB Urteil*, decisão de 29.03.1993, *NJW* 1993, p. 1.200.

o tribunal atenua sua posição em relação à responsabilidade estrutural. Em uma *faktispecie* semelhante à de *Videó*, i. e., um sócio único de várias sociedades, o tribunal afirma que não basta a existência do *qualifizierende faktische Konzern* para gerar a presunção de utilização de uma sociedade no interesse da outra. É necessário que o autor demonstre tal fato.

A impressão inicial é, portanto, a de um retorno à teoria subjetiva. Na demonstração da utilização fraudulenta da sociedade estariam implícitos o dolo ou ao menos a culpa. Entretanto, analisando-se bem a decisão, nota-se que o retorno aos critérios subjetivos de responsabilidade não é tão amplo quanto parece. Isso porque o tribunal estabelece um ônus de esclarecimento por parte do réu da situação interna do *Konzern*. Não prestados os esclarecimentos ou sendo eles insuficientes, os fatos alegados são considerados provados.¹⁰⁰ Pouco clara permanece a situação do ônus da prova com relação aos esclarecimentos prestados. Seguindo a lógica da decisão e da distribuição do ônus da prova, parece ser sustentável, no entanto, que o ônus incumba ao réu, de quem já é o dever de prestar esclarecimentos.

Confirmando-se essa orientação também quanto ao ônus da prova, poder-se-á falar em busca de uma solução intermediária entre a responsabilidade grupal subjetiva e a estrutural.¹⁰¹

O tribunal preocupa-se também em responder às críticas relacionadas à possível extensão dessa responsabilidade ao comerciante individual. A firma que os limites estabelecidos na decisão estão perfeitamente em linha com os dispositivos da XII Diretiva, aplicando-se portanto apenas aos grupos (no sentido amplo ali previsto).¹⁰²

100 *NJW* 1993, p. 1.203.

101 Tudo indica que esse deve ser o entendimento. Apesar de não se ter pronunciado claramente sobre a matéria, a decisão fez referência (p. 1.203) a outra decisão do *BGH* (decisão de 17.03.1987, in *BCHZ* 100, 195), na qual se impõe não apenas a obrigação de prestar esclarecimentos mas também de provar o que foi dito.

102 *NJW* 1993, p. 1.204.

O legislador português, partindo do mesmo objetivo de diferenciar claramente entre disciplina da sociedade unipessoal de grupo e disciplina do comerciante individual, previu para esse último uma fórmula não-societária de limitação de responsabilidade (estabelecimento comercial com responsabilidade limitada). Quanto à sociedade unipessoal de grupo, optou por uma fórmula ainda mais *extrajurídica* ou objetiva que a jurisprudência alemã. A sociedade unipessoal de grupo (sócio único pessoa jurídica) vem expressamente prevista nos arts. 488 e seguintes do Código das Sociedades com nova redação dada pelo Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de março, mas que não alterou o sentido, abrindo exceção à regra do art. 7º do mesmo diploma legal, que prevê que as sociedades terão sempre dois sócios, a não ser nos casos previsto em lei. No art. 491, prevê-se expressamente a aplicação à sociedade unipessoal de grupo ("grupo constituído por domínio total", na terminologia da lei portuguesa) das disposições sobre os grupos de direito (arts. 501-504). O resultado é a possibilidade de subordinação dos interesses da controlada aos interesses da controladora (a sociedade controladora tem o direito de dar "instruções vinculantes", ainda que essas sejam "desvantajosas para a sociedade subordinada" — art. 503, nºs 1-2), que, no entanto, é obrigada a compensar as perdas anuais da sociedade controlada (subordinada) e responder integralmente por seus débitos (art. 501, nº 1).

O Código português consagra portanto a verdadeira responsabilidade estrutural de grupo, decorrente exclusivamente da existência da concentração e do direito de dar instruções vinculantes. Não se confunde com a solução italiana, pois a responsabilidade pelas perdas é interna (relação controlada-controladora) e não externa (relação com credores), o que implica sensível diferença quanto aos efeitos jurídico-econômicos, como se verá mais adiante.

c) Responsabilidade setorial

É na realidade dos grupos que se baseia a última alternativa aqui tratada. Em comparação com as outras,

construiu uma solução marginal, não tendo acolhimento em qualquer dos sistemas analisados. O máximo que se encontra é a já mencionada referência em *obiter dictum* no caso *Video*.¹⁰³

A teoria baseia-se no fato de que os grupos são frequentemente caracterizados pela existência de uma sociedade *holding* que não exercita atividade comercial própria. Isso sugere que das transferências patrimoniais e "medidas no interesse do grupo" tiram proveito sobretudo outros setores (outras sociedades) efetivamente empresariais do grupo. Uma disciplina direcionada a procurar sempre o *Hintermann* poderia, portanto, provocar distorções, não chegando aos verdadeiros beneficiários das transferências¹⁰⁴ e prejudicando de maneira indevida os minoritários da *holding*.

Pode-se cogitar, portanto, de uma responsabilidade setorial que permita atingir cada sociedade beneficiada. Evidentemente, tal ampliação da lista de possíveis devedores não admite qualquer tipo de presunção, sobretudo se baseada na utilização do poder de controle com o fim de confusão de esferas. Attingir um beneficiário que não exercita qualquer poder de controle com base em uma presunção é evidentemente um absurdo, pois criaria situação de incerteza jurídica, insuportável para todas as sociedades do grupo e seus credores.¹⁰⁵

A responsabilidade setorial diferenciaria-se ainda da responsabilidade estrutural, porque não se contenta com dados objetivos. Exatamente por pretender ir atrás do verdadeiro beneficiário, requer a existência de confusão

103 *DB* 1991, p. 2.177, onde se afirma que a responsabilização pessoal do sócio justifica-se

também porque persegue seu outro interesse como comerciante individual, sem limitação de responsabilidade. Apenas se não o lizesse seria possível a responsabilização da outra controlada, deixando isento o patrimônio do sócio. A discussão dos demais requisitos e consequências da aplicação dessa regra não é, no entanto, levada mais adiante.

104 Cf. nesse sentido, G. Teubner, "Die 'Politik des Gesetzes' im Recht der Konzernhaftung", in *Festschrift Steindorf*, 1990, p. 278.

105 G. Teubner, "Die Politik des Gesetzes", cit., p. 271, sugere, com efeito, a aplicação de tal esquema para os *einfache faktische Konzern* e não para os *qualifizierliche faktische Konzern*, já sujeitos à regra de responsabilidade baseada na presunção de controle.

de esferas. Diferentemente da responsabilidade subjetiva, no entanto, não vai atrás do "culpado" (o controlador), mas sim do verdadeiro beneficiário (eventualmente uma outra sociedade controlada).

d) Efeitos das diversas teorias na organização interna dos grupos

Analisando os esquemas descritos acima, podem-se distinguir três tipos diversos de soluções, diferenciáveis segundo suas diversas consequências econômico-jurídicas.

No primeiro grupo, em que se inclui a solução italiana e a alemã da *eingegliederte Gesellschaft*, procura-se limitar ao mínimo estritamente necessário as restrições de natureza societária à constituição e atuação dos grupos com concentração total. Isso se faz através da subordinação do interesse da sociedade controlada ao da sociedade controladora, não acompanhado de uma obrigação sistemática de compensação das perdas.¹⁰⁶

Analisando-se as consequências econômicas de tal disciplina, chega-se a um efeito bastante favorável com relação à formação dos grupos de estrutura centralizada, sem qualquer limite quantitativo. Seguir a concentração total é desincentivada, na medida em que a regra de conflito de interesses perde aplicação.

A possibilidade de realizar as transferências patrimoniais desejadas durante a vida da sociedade, realocando os ativos na forma mais conveniente para o grupo, e a vinculação do patrimônio da sociedade controladora ao insucesso econômico da controlada sugerem o tratamento da sociedade controlada não como um *profit center* independente, mas como um mero departamento da sociedade controladora (*Betriebsabteilung*). Tra-

106 Para caracterizar o "sistema italiano" utilizam-se aquelas decisões da Cassação que permitem a subordinação de interesses sem compensação. É evidente, no entanto, que adolando a linha do projeto Ferrì ou da doutrina que defende a necessidade de compensação, a solução se desloca para o segundo grupo, que será analisado abaixo.

ta-se de solução economicamente interessante para aqueles empresários interessados na total fusão econômica das empresas, mas que queiram evitar os inconvenientes da fusão jurídica. Com a manutenção da personalidade jurídica, pretendem obter a perpetuação do *good will* da sociedade controlada e não diminuir sua liquidez, o que certamente ocorreria em caso de uma fusão jurídica e administrativa das empresas.¹⁰⁷ A distinção jurídica e administrativa, permitindo a manutenção de estruturas administrativas separadas, facilita sem dúvida uma futura venda. A ligação da clientela à empresa controlada, como pessoa jurídica independente que é, aumenta sensivelmente seu valor.

O segundo tipo de solução é a do legislador português. Nesse caso, incentiva-se a formação do grupo de domínio totalitário, através do regulamento positivo expresso da sociedade unipessoal de grupo. Entretanto, os outros objetivos econômicos permanecem obscuros. Com efeito, enquanto de um lado não se incentiva a formação de *profit center* totalmente independente, pois admite-se a subordinação dos interesses da controlada aos da controladora, de outro não se incentiva a fusão econômica total, na medida em que permanece a obrigação de compensar as perdas. Essa última obrigação, que se traduz na realidade na exigência de manutenção da capacidade patrimonial inicial da sociedade controlada, parece servir de limitação do risco do grupo como um todo, em caso de insucesso da orientação econômica proveniente da sociedade controladora. Isso porque a controladora será obrigada a repor as perdas do ramo do grupo (sociedade) considerado menos importante e conseqüentemente manter aquela sociedade ao menos como forma de *hedging* dos riscos assumidos nas outras atividades.

Entretanto, tal objetivo é coerente com os meios propostos apenas nos grupos dotados de uma estrutura ba-

lanceada, nos quais a sociedade controlada represente parte relevante do capital total do grupo.

O terceiro grupo, constituído pelas soluções alemãs (tanto aquelas que impõem a responsabilidade estrutural como as que impõem a responsabilidade subjetiva), tem efeitos diversos. Não limitando o conceito de *qualifizierte faktische Konzern* à sociedade unipessoal, incentiva a formação de grupos com estrutura descentralizada (*einfache faktische Konzern*),¹⁰⁸ que não se sujeitam às rigorosas regras elaboradas para os *qualifizierte faktische Konzern*. É necessário notar que tanto a fórmula baseada na responsabilidade estrutural (*Tiefbau* e *Videio*) quanto aquela baseada na responsabilidade subjetiva (*Auokrann*) têm o mesmo efeito. Deve-se recordar que, do ponto de vista juspolítico, a descentralização assume valor apenas enquanto meio de enfraquecimento dos centros de poder societários (v. *supra* cap. III, n° 1). Ora, isso se pode fazer também por meio de uma obrigação de respeito dos interesses da sociedade controlada, mas sem a existência de uma responsabilidade decorrente exclusivamente da estrutura grupal. Desse ponto de vista, as soluções de *Auokrann* e *Tiefbau* são equivalentes.

De outro lado, com relação aos *qualifizierte faktische Konzern* existentes, incentiva-se a formação de verdadeiros *profit centers*, sem a presença de qualquer representante da sociedade controladora na administração da controlada e (no caso da solução proposta em *Auokrann* e *TBB*) com respeito dos interesses da sociedade controlada.

Finalmente, o quarto grupo é constituído pela responsabilidade setorial. Nesse tipo de solução, o incentivo à descentralização e à manutenção de esferas autônomas é menor. Do ponto de vista dos controladores da sociedade *holding*, pode ser interessante fazer transferências no interior do grupo, realocando as atividades da forma

107 H. G. Köppensteiner, *Köller Kommentar zum Aktiengesetz*, cit.

108 Cf. G. Teubner, "Die Politik des Gesetzes", cit., pp. 268-269.

que lhes pareça ser mais conveniente, se sabem que a responsabilidade em caso de insolvência de uma controlada caberá às demais controladas e não à *holding*. Para eles, a fórmula de responsabilidade pode servir para diminuir os próprios riscos, na medida em que os dividem com os acionistas minoritários das sociedades controladas.

Analisada do ponto de vista econômico, essa solução tem por efeito quase que uma fusão econômica entre as sociedades controladas, que passam a constituir economicamente departamentos de uma mesma "empresa", constituída pelo conjunto das sociedades controladas. O efeito final é, portanto, fortemente centralizador.

e) Conclusão

Os efeitos, normalmente exagerados e às vezes desproporcionais que cada uma dessas soluções traz decorrem de um problema de fundo. Trata-se da tentativa de resolver problemas de organização interna através de regras de responsabilidade.

Como já visto anteriormente, esse sistema só se faz necessário em ausência de uma aplicação coerente da regra de conflito de interesses formal. Feita essa aplicação, o estímulo à separação efetiva de esferas e a descentralização são evidentes, com vantagens administrativas claras. Assim, do ponto de vista jurídico, torna-se justificável a limitação de responsabilidade e de riscos que a boa aplicação da regra de conflito de interesses acarreta, com efeitos claramente benéficos sobre a avaliação da empresa pelo mercado acionário.

Capítulo III

CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE TITULAR DO CONTROLE E SOCIEDADE CONTROLADA. A RESPONSABILIDADE EXTERNA CORPORIS

132. O direito societário tradicional fundava-se no princípio da correspondência entre poder de gestão e responsabilidade, no seio da sociedade: *keine Hertschaft ohne Haftung*, segundo a fórmula cunhada pela doutrina germânica. Assim, na sociedade em nome coletivo, dado que, à falta de estipulação contratual em contrário, todos os sócios são gerentes e podem usar da firma social, todos eles respondem, solidariamente, pelas dividas sociais (Código Civil de 2002, arts. 1.039 e 1.042). Na comandita, "não pode o mandatário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado" (art. 1.047). Da mesma sorte, na sociedade de capital e indústria, se o sócio de indústria contribuir para o capital com alguma quota, ou exercer poderes de gerência, assinando a firma social, ficará constituído sócio solidário em toda a responsabilidade.

O direito acionário veio alterar substancialmente o princípio. Primeiro, ao estabelecer a distinção entre participação no capital e administração da companhia, correspondente à divisão de poderes entre dois órgãos distintos e inconfundíveis, cada qual com funções, próprias e indelegáveis; e admitindo, até mesmo, que os administradores não participem do capital social. Em segundo lugar, ao fixar o princípio da irresponsabilidade do acionista pelas dividas da companhia. O que nas sociedades mercantis tradicionais constituía, destarte, uma responsabilidade do sócio, correspondente ao seu poder de gestão, na sociedade anônima transformou-se em simples risco sobre o montante do investimento acionário. Quem investe mais arrisca mais, porém não responde, em hipótese alguma, pelas dividas sociais. O grande acionista tem maior poder decisório em assembleia, de acordo com

o princípio capitalista da equivalência entre voto e quota de capital. Mas esse poder decisório, que pode ser soberano, quando o acionista é titular do controle, não acarreta, nunca, a supressão da rígida separação entre o seu patrimônio pessoal e o da companhia. A mais recente evolução econômica veio ainda trazer uma derradeira transformação, nessa matéria. Com o surgimento de macrocompanhias de capital aberto, contando com centenas de milhares de acionistas, assistiu-se à emergência do controle minoritário e do puramente administrativo ou gerencial, em que a própria correspondência entre poder e risco deixa de existir. O titular do controle não é mais o grande capitalista e pode nem mesmo possuir ações.

Ora, como salientou Ascarelli, o princípio tradicional da correspondência entre poder e responsabilidade, ou entre poder e risco, exercia uma função importante na vida econômica, qual seja a de sancionar, patrimonialmente, a incapacidade empresarial, que constitui um perigo tão grande ou maior do que a desonestidade do empresário.¹ Pela possibilidade de envolvimento na falência da sociedade, ou de perda do seu investimento, o titular do poder empresarial era, naturalmente, compelido a procurar exercer a sua atividade, ou participar da empresa, com um mínimo de cuidado e competência. O abandono desse tradicional critério de separação entre empresários competentes e incompetentes não deixa de acarretar graves distorções, na estrutura econômica.

A exacerbação da responsabilidade pessoal dos administradores na sociedade anônima não constitui uma solução adequada ao problema, pois nem sempre o titular do controle acionário ocupa cargos de direção na companhia; pode nomear, para tanto, seus prepostos de confiança, cujo patrimônio pessoal é, manifestamente, insuficiente para suportar o encargo das indenizações devidas. Aliás, fenômeno semelhante já se havia observado com as comanditas acionárias, no curso do século passado. A legislação francesa, por exemplo, ao exigir a prévia autorização administrativa para a constituição de companhias, incidiu os capitalistas à criação de sociedades em comandita por ações, nas quais eles reservavam para si a quase totalidade do capital acionário e o controle de fato, nomeando comanditários seus dependentes ou prepostos, como autênticos "vestas-de-ferro".

133. Da verificação de tais fatos, resulta a idêntica recorrente, no direito moderno, da atribuição de responsabilidade ao titular do controle, pelas di-

vidas da sociedade controlada, ou da negação, em casos excepcionais, do princípio da rígida separação patrimonial entre a sociedade anônima e os seus acionistas.

A tradicional responsabilidade dos administradores sociais por atos culposos, devidamente provados, transformou-se em responsabilidade com culpa presumida, vindo, finalmente, dar lugar à responsabilidade também dos que exercem o controle. A antiga vinculação entre responsabilidade e poder de gestão transmutou-se numa relação entre responsabilidade e poder de controle.²

Abre-se, com isso, mais um caso de dissociação subjetiva entre divida e responsabilidade no direito moderno. A análise dualista da obrigação já havia demonstrado que, tanto do lado ativo da relação obrigacional, isto é, entre crédito e garantia, quanto do lado passivo, a vida jurídica oferecia exemplos de uma dissociação subjetiva. Algumas vezes, como na estipulação em favor de terceiro ou na representação necessária, o titular do crédito não era a mesma pessoa titular da garantia. Outras vezes, como na fiança, no aval ou no seguro de responsabilidade civil, alguém respondia por divida alheia.³ No caso em exame, admitida a separação patrimonial consequente ao reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade anônima, a dívida da companhia passa a ser de responsabilidade pessoal do titular do controle, assim como nas sociedades, ditas de pessoas, o sócio responde pelos débitos sociais. A dissociação subjetiva entre esses elementos passivos da relação obrigacional é absoluta, pois o responsável que paga não tem direito regressivo contra a sociedade. Mas é bem de ver que esse resultado só é admitido quando a sociedade é declarada insolvente⁴ com a abertura do processo de execução coletiva.

2 Cf., sic, A. P. Sauvain, *La Cession de Contrôle*, cit., pp. 58/59, 97/98.

3 Para um aprofundamento do assunto, tomamos a liberdade de reenviar o leitor ao nosso *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, cit.

4 Os gramáticos condenam o uso dessa expressão, de sabor nitidamente gaulês. De fato, o clássico Pereira e Souza empregava "insolúvel" e "insolubilidade". "Insolúvel se diz de todo o devedor cujos bens não bastam para pagar as suas dívidas; a insolubilidade é o estado de um tal devedor" (*Dicionário Jurídico*, verbete "insolúvel"). Mas essas formas verbais, sem dúvida mais castiças, não chegaram a virgar em nosso meio. "Insolubilidade" já era termo usado por T. Freitas (cf. *Esboço de Código Civil*, art. 536).

Sob o aspecto jurídico, devem-se distinguir os conceitos de inadimplemento, insolvência e insolubilidade (cf., a esse respeito, o que escrevemos em *O Seguro de Crédito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, n.ºs 50 e ss.). A insolvência é o inadimplemento-

1 T. Ascarelli, *Problemi Giuridici*, II, cit., pp. 883/884.

Por outro lado, a recíproca também é verdadeira, admitindo-se, em determinadas situações, que a sociedade responda por atos praticados pelo seu controlador.

Para essa reconsideração da personalidade jurídica e suas consequências em muito concorreu a multiplicação dos grupos econômicos, fenômeno característico da economia contemporânea.

Vejamos, assim, em duas seções, a responsabilidade do titular do controle pelas dívidas da sociedade controlada, e vice-versa, primeiro na sociedade anônima isolada, e, em seguida, no grupo econômico.

A) Na Sociedade Anônima Isolada

134. A hipótese mais largamente admitida de reconsideração da personalidade jurídica é a da sociedade unipessoal. É óbvio que, nas sociedades desse tipo, o sócio único dificilmente deixa de prestar garantia pessoal perante os financiadores; mas pode haver concessão de crédito à sociedade por fornecedores (que mais freqüentemente ignoram a unipessoalidade), sem a prestação dessa garantia pelo sócio único. O conflito que surge, na falência, é justamente entre os fornecedores, titulares de um crédito quirografário, e os financiadores que obtiveram a garantia pessoal do sócio.

É preciso, no entanto, distinguir entre a sociedade originariamente unipessoal e a que ficou reduzida a um só sócio no curso de sua existência. São raras, como vimos,⁵ as legislações que admitem a constituição de sociedades unipessoais, embora já se tenha rompido a tradicional repugnância lógica perante o instituto. Quanto às sociedades tomadas como unipessoais no curso de sua existência, em quase todos os países vai sendo reconhecida a subsistência da personalidade jurídica, pelo menos durante um certo tempo, não havendo dissolução imediata e automática. Assim também

ocorre entre nós, como assinalamos, em face do disposto no art. 206, I, *d*, da Lei nº 6.404.

Quid iuris, no entanto, caso venha a ser decretada a falência da companhia já reduzida a um só acionista?

Nota de Texto 78 Não parece que nenhuma disciplina especial de responsabilidade ou regra de reconsideração deve decorrer desse fato objetivo.

Qualquer argumentação contrária esbarraria em obstáculos no sistema brasileiro. O sistema falimentar brasileiro não reconhece a possibilidade de declaração de falência sem insolvência (ou imponhuldade) própria do devedor se o devedor for sócio de sociedade com responsabilidade limitada (v. art. 81 da Lei nº 11.101/05, *a contrario sensu*). Ademais, doutrina e jurisprudência eram, na vigência do antigo diploma falimentar (Decreto-Lei nº 7.661/45), uníssonas ao afirmar a impossibilidade de arrecadação dos bens do sócio (ou, na eufemística expressão do legislador de 1945, "extensão dos efeitos da falência ao sócio").⁶ Essa interpretação deverá continuar a prevalecer ao menos em relação ao sócio de responsabilidade limitada, à luz do previsto no art. 81 da Lei nº 11.101/05.

A reconsideração não tem sido admitida durante a falência exatamente com base na vedação da extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável. Exige-se que a massa falida faça valer os seus direitos através de processo de conhecimento.^{7,8}

to qualificado pela falta de razão de direito; enquanto a insolvibilidade é a incapacidade econômica a adimplir, seja em virtude de deficiência patrimonial, seja pela falta de meios líquidos para cumprir a prestação. No direito falimentar brasileiro, a quebra pode ser declarada tanto pela insolvência caracterizada pelo protesto (a imponhuldade — art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/05) quanto pela insolvibilidade (art. 94, incisos II e III), ensajando procedimentos diversos (§§ 3º a 5º do art. 94).

6 A inconsistência da norma que aplica aos sócios os efeitos da falência foi criticada, aliás, por W. Ferreira, que chegou a fazer proposta de modificação do dispositivo por um outro que previsse expressamente a declaração de falência do sócio, projeto que, no entanto, não foi aprovado (cf. R. Requião, *Curso de direito falimentar*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. I, pp. 46-47).

7 Cf. TJGB, 22.2.1973, *apud* R. Requião, *Curso de direito falimentar*, cit., p. 50.

8 No estado atual do Direito positivo e da jurisprudência brasileira, pode-se afirmar que o sócio único (de sociedade unipessoal por quotas de responsabilidade limitada ou de sociedade por ações que não seja subsidiária integral) deveria, *de lege lata*, ser enquadrado entre os sócios ilimitadamente responsáveis, sendo-lhe portanto estendidos os efeitos da falência da sociedade (inclusive com arrecadação de seus bens).

Pelos motivos acima expostos, essa interpretação parece bastante correta. Não se pode dizer o mesmo com relação à justificativa encontrada. A desconconsideração não é admissível na falência não porque não seja possível a extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável. Em caso de desconconsideração, o sócio de responsabilidade limitada é equiparado ao sócio de responsabilidade ilimitada. Bastaria, portanto, aplicar-lhe diretamente o art. 81 da Lei de Falências.

A desconconsideração poderia relacionar-se com a falência também em caso de insolvência própria do sócio. É bastante provável que a soma de agressões ao patrimônio do sócio decorrentes do reconhecimento a vários credores da possibilidade de acesso direto a essa massa patrimonial exigisse a decretação de sua insolvência civil. A ocorrência de tal evento é aliás bastante provável na medida em que, como se verá mais adiante, uma das particularidades da aplicação da doutrina da desconconsideração é que a fraude é caracterizada por uma atividade e não necessariamente por um ato específico. Assim é em muitos casos bastante difícil admitir a desconconsideração somente com relação a um credor, já que ao não pagamento de sua dívida não pode ser relacionado nenhum ato específico do sócio.

O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconconsideração é um método para permitir exatamente a continuação da atividade social.

A consequência da subordinação da desconconsideração à insolvência seria a imposição aos credores de uma difícil escolha: a tentativa de receber o seu crédito excluiria

necessariamente a continuação da sociedade e das relações comerciais.¹⁰

Mais grave que isso é que em tal dilema se encontrariam apenas aqueles credores mais interessados na continuação das relações com a sociedade. Isso porque esses credores — via de regra fornecedores — são em geral credores quirografários, sem garantia. Os credores com garantia real, geralmente bancos, não precisam fazer uso da desconconsideração, pelo simples fato de gozarem de garantias reais ou pessoais.

Ainda um aspecto deve ser recordado. A vinculação do insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal é sem dúvida um “custo muito alto” que desincentiva a atividade empresarial. Se a posição político-jurídica do ordenamento é de reforço da proteção dos credores, isso deve ser feito através de formas que impeçam que se atinja a situação falimentar e não de formas que associem à assunção do risco empresarial a possibilidade de ruína pessoal. Também por isso parece criticável a solu-

10 Foi sancionada em 9 de fevereiro de 2005 a nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/45). A Lei traz capítulo específico sobre a recuperação judicial de empresas (Capítulo III, arts. 47 a 72) e sobre a recuperação extrajudicial (Capítulo VI, arts. 161 a 167). Baseado em uma ideia central — fundamental (a recuperação), a aplicação e a efetividade da recuperação poderá esbarrar no excesso de complacência com a posição do controlador que, como regra geral, junto com seus administradores, permanecerá na “condição de atividade empresarial” (art. 64).

De toda forma, caso o novo processo falimentar venha a se transformar em forma efetiva de recuperação da empresa, como é de se esperar, a tensão entre desconconsideração e falência tende a desaparecer, sendo de se imaginar a desconconsideração da personalidade jurídica durante o processo de recuperação, já que a desconconsideração facilitaria efetivamente a recuperação (pois desconteraria a sociedade de dividas).

Na verdade é como hipótese de desconconsideração que deve ser interpretada a referência do art. 82 da lei à responsabilidade limitada dos controladores de sociedades por ações e limitadas “estabelecidas nas respectivas leis”. A referência à responsabilidade limitada por dividas para os sócios dessas sociedades vem prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional para dividas tributárias e no art. 50 do Código Civil de 2002, ambas hipóteses legais de desconconsideração. Portanto, é um verdadeiro processo de desconconsideração que é previsto pelo legislador. De se lembrar apenas que não se exija a necessidade de processo de conhecimento para tanto (art. 82) em vez de um procedimento executório dentro do processo falimentar (ou de recuperação), como vem entendendo a moderna doutrina e jurisprudência (v. Nota de Texto 83).

9 Em termos civilísticos, pode-se dizer, portanto, que a aplicação da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica independe da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o não-recebimento do crédito pelo devedor — daí a impossibilidade de confusão entre desconconsideração e responsabilidade extracotratual.

ção italiana, que fez com que necessariamente, ainda que em ausência de fraude, a falência da sociedade unipessoal implique agressão aos bens do sócio único. Uma disciplina da desconsideração que sancione eficazmente o sócio que se utilize da sociedade para atingir objetivos pessoais, prevenindo e até certo ponto ajudando a impedir a chegada à situação de insolvência (frequentemente provocada por essa indissociação interesse social/interesse pessoal) é sem dúvida mais útil também do ponto de vista do devedor.

135. Outra distinção importante a fazer-se é entre sociedade unipessoal e sociedade fictícia. A respeito desta última, tem-se falado em simulação ou negócio indireto,¹¹ discutindo-se quanto à responsabilidade limitada do sócio único pelas dívidas sociais.

Nota de Texto 79 A questão é interessante e merece aprofundamento, e para isso se fará uma breve incursão pela teoria civilista da simulação, procurando destacar as características básicas da simulação, e em seguida comparando-as com o negócio jurídico indireto.

Sucessivamente passar-se-á à análise da simulação no campo societário. De início, haverá a tentativa de identificação das principais hipóteses de simulação no direito societário, ou ao menos, aquelas que mais aguçam a curiosidade acadêmica e prática. A seguir serão analisadas essas hipóteses a partir da teoria da simulação, verificando-se a compatibilidade entre essa disciplina e a *fattispecie* societária.

a) A simulação na teoria dos negócios jurídicos

a.1. Características básicas

A simulação, como vício do negócio jurídico que é, consiste basicamente na discrepância entre a vontade declarada e a vontade real das partes que realizam um negócio jurídico. Dessa definição doutrinária clássica, pode-se deduzir a principal característica da simulação.

Trata-se de um vício que produz efeitos para o exterior. Por isso, aliás, é classificada pela doutrina entre os vícios de vontade, não como um vício do consentimento, mas como um vício social.

Com efeito, nada há a macular o consentimento das partes. Ambos sabem o que declararam e o que na verdade querem. Por isso é que a simulação não é invocável entre os contraentes (art. 167 do Código Civil de 2002).¹² Apenas terceiros podem invocá-la quando prejudicados. A razão é que a simulação visa exatamente a esconder de terceiros o fim real e prático por elas visado. Note-se que o fim real tanto pode ser diverso do declarado quanto não ser fim nenhum (as partes nada pretendem com aquele ato), daí a diferença entre simulação relativa e simulação absoluta.

A característica básica acima apontada da simulação como vício com efeitos externos, como vício social é que o torna tão relevante para o direito societário. É nele que as relações externas têm especial importância e destaque, sendo sua forma de estruturação e disciplina definidoras até mesmo de diferentes tipos societários. É essa particular importância da simulação no campo societário que exige particular atenção para a disciplina que decorre da simulação.

O Código Civil de 2002 previu expressamente a nulidade do negócio simulado, subsistindo os efeitos do negócio que se dissimulou (art. 167, *caput*).

É a esse efeito que se deverá estar particularmente atento ao proceder-se a análise mais adiante da compatibilidade entre a disciplina civilística da simulação e a estrutura societária.

11 Cf. o artigo de T. Ascarelli, sempre atual, sobre o assunto, em *Problemas das Sociedades Anônimas e Direção Comparada*, cit., pp. 91 e ss.

12 A afirmação desse novo dispositivo de que subsistirá o ato dissimulado, respeitados os direitos de terceiros (§ 2º), produz os mesmos efeitos práticos e corresponde a afirmar, como fazia o Código Civil de 1916, que a simulação não é invocável entre os contraentes (art. 104). A adaptação enquadrada a simulação à teoria das nulidades, que podem ser alegadas por qualquer pessoa.

a.2. *Distinção do negócio jurídico indireto*

Clássico no direito brasileiro é o trabalho de Tullio Ascarelli sobre o negócio indireto.¹³ Nele o professor romano distingue com excepcional clareza o negócio indireto do simulado.

No primeiro, ao contrário do segundo, não há qualquer discrepância entre vontade declarada e vontade real. O que as partes querem é exatamente o negócio declarado. A peculiaridade do negócio indireto está no fato que as partes visam alcançar um fim que não é típico no negócio adotado. Exemplo é a transferência da propriedade com escopo de garantia (alienação fiduciária).

Desse modo, enquanto na simulação as partes regulam clandestinamente as próprias relações jurídicas de modo conforme à vontade real, mas diverso da vontade declarada, no negócio indireto, ao contrário, o fim prático visado é alcançado justamente por meio do negócio adotado e declarado.

Isso não significa, no entanto, que o negócio indireto seja sempre um negócio lícito. Pode ser que o fim visado seja contrário à lei. Nesse caso a nulidade decorrerá desse fato e não da simulação.

b) *A simulação no campo societário*

Analisada a teoria da simulação nos negócios jurídicos, é necessário estudar a sua aplicação ao campo societário. O exemplo mais citado e discutido é o da chamada constituição unipessoal indireta.

b.1. *Casística – constituição unipessoal indireta*

No Brasil, a constituição de sociedades unipessoais só é admitida na limitada hipótese da subsidiária integral. A vida econômica, como de costume, premiada por necessidades empresariais, ignora e procura circundar tal tipo de limitação. Assim é que, nos casos em que é necessária a constituição pluripessoal, costuma-se utilizar um “sócio de palha”, meramente figurativo, sem interesse real na “vida social” e com participação simbólica.

No Brasil, essa alternativa foi de certa forma incentivada pela redução do número mínimo de acionistas de sete para dois, operada pela Lei nº 6.404/76.

Pergunta então a doutrina: constituiria esse tipo de sociedade uma simulação?

Dois tipos de resposta podem ser dadas a essa indagação. A primeira, tradicionalmente adotada (Ascarelli), procura resolver a questão em termos exclusivamente civilísticos.

Adotando-se essa primeira linha, devem-se distinguir duas hipóteses. A primeira é aquela em que o sócio de palha torna-se efetivamente sócio mas com participação meramente figurativa. Nesse caso não parece haver dúvida de que não ocorre simulação. Não há qualquer discrepância entre vontade declarada e vontade real. Como bem destaca a doutrina alemã não é possível presumir que um sócio que assume obrigações e responsabilidades como tal, não tenha intenção de ser efetivamente sócio.¹⁴

Diferente é a hipótese quando a constituição é pré-ordenada à unipessoalidade. Essa hipótese é particularmente evidente no sistema italiano, onde o direito positivo diferencia claramente entre a sanção à constituição unipessoal (dissolução) e a redução posterior à unipessoalidade (responsabilidade limitada). No Brasil essa distinção não existe no direito positivo, mas tem sido construída por via jurisprudencial. Em ambos os casos, a diferença de disciplina incentiva a entrada de um sócio que imediatamente após a constituição retirar-se-á.

A hipótese aventada é aquela em que o sócio de palha já no momento da constituição assina documentos que garantem a sua saída posterior, ou então, que asseguram a transferência efetiva de seus direitos de sócio para o outro. Ascarelli imagina duas soluções para esse tipo de situação. Numa primeira considerar-se-ia o estratagemma uma simulação por não ter sido o vínculo social efetivamente desejado. Numa segunda construção, com base

13 T. Ascarelli, “O negócio indireto”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2ª ed., cit., p. 91.

14 P. Ulmer, in *Hachenburg Grosskommentar zum GmbH Gesetz*, 8ª ed., Berlin, Nova Torque, De Gruyter, 1990 (I, Lieferung), § 2, Rdn 55, 1975, p. 254.

na teoria do negócio indireto, afirma o autor que o vínculo foi querido mas havia intenção posterior de vendas ações ou quotas, ou transferência dos direitos de sócio a ela relativos (esse seria o efeito indireto desejado). A primeira hipótese parece ser preferível, sobretudo se a retirada da sociedade ou transferência de direitos não foi registrada nos órgãos encarregados dos registros societários (Junta Comercial ou Cartório de Títulos e Documentos, conforme a natureza da sociedade seja comercial ou civil), sendo portanto desconhecida de terceiros. Nota-se, no entanto, que a qualificação civilística é pouco relevante para a distinção dos efeitos. Classificada como negócio indireto o elemento chave é determinar se através desse estratagemma há fraude à lei. A tentativa de interpretá-lo como simulação leva ao mesmo resultado. Isso porque não havendo discrepância entre a vontade real e a declarada (que não há), requisito essencial para a caracterização da simulação (art. 167 do Código Civil de 2002), a nulidade dependerá da demonstração da fraude à lei.

Seria necessário verificar então se no ordenamento brasileiro estaria havendo fraude à proibição legal da constituição unipessoal. Apesar das recentes evoluções jurisprudenciais no sentido de admitir a sociedade unipessoal superveniente, impondo apenas responsabilidade ilimitada aos sócios, parece ainda ousado, *de lege lata*, referirmos que não existe proibição legal à sociedade unipessoal no Brasil (à exceção evidentemente da hipótese da subsidiária integral de que aqui não se está tratando). Desse modo a hipótese poderia ser construída como simulação.

b.2. *Crítica à aplicação do raciocínio civilístico às sociedades*

O problema com o tipo de raciocínio exposto acima está em suas premissas. O fato de aparentemente a identificação como negócio indireto (no caso ilícito) ou negócio simulado não ter conseqüências jurídicas, revela a inadequação desse tipo de estrutura de raciocínio ao campo societário.

A simulação é aplicável a atos e não a uma atividade, sobretudo porque as conseqüências jurídicas da simulação se coadunam apenas com a disciplina dos atos. Como série de atos encadeados e ordenados a um fim, uma atividade não pode ser declarada nula ou anulada. Muitos efeitos foram produzidos em relação a terceiros, efeitos esses que não podem ser eliminados ou anulados. Por isso fala-se na doutrina brasileira normalmente de atividade irregular e não de atividade nula.

Na doutrina italiana moderna¹⁵ o que se diz é que a disciplina dos atos sociais deve ser dirigida não a eliminar a sociedade, mas sim a eliminar a lesão que pode ser provocada pelo ato. Esse tipo de raciocínio está em linha inclusive com a moderna idéia institucionalista de preservação da empresa.

Permitir a declaração de nulidade ou anulação do ato de constituição da sociedade implicaria dissolvê-la, o que não é possível nem conveniente.

Por essa razão, C. Angelici, ao analisar a constituição unipessoal, abre mão completamente da disciplina dos atos afirmando que o que há é uma irregularidade (inexistência efetiva de dois sócios) que impede que o processo organizativo se complete e, portanto, impede que a sociedade adquira responsabilidade limitada.¹⁶

Outra linha possível de raciocínio é admitir a explicação jurídica a partir da teoria dos atos, mas impedir que seus efeitos se apliquem à atividade social. A conseqüência da simulação seria então apenas impedir a possível lesão a terceiros. Nesse sentido parece ter se orientado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que em acórdão de 8.05.1984 (in RT 592/172) fez decorrer da simulação na constituição da sociedade a desconsideração da personalidade jurídica. No caso em tela à irregularidade formal da constituição somaram-se indícios de fraude, ou seja, efetiva lesão a interesses de terceiros.

¹⁵ C. Angelici, *La società nulla*, cit., p. 254.

¹⁶ C. Angelici, *La società nulla*, cit., p. 230 e ss.

ros provocada pela constituição simulada. É essa lesão que a descon sideração da personalidade jurídica é apta a eliminar, preservando a empresa.

A conclusão parece dever se encaminhar a uma crítica à tradicional expressão usada por Ascarelli — sociedade simulada.

Sociedade simulada não há. O que pode haver é a caracterização da simulação em um determinado ato específico. A resposta a isso deve ser dada necessariamente em termos societários, ou identificando uma irregularidade na atividade social e aplicando as consequências respectivas ou aplicando seletivamente a teoria da descon sideração da personalidade jurídica.

Uma parte da doutrina germânica, desde fins do século passado, havia sustentado a conveniência, *de jure condendo*, de se afastar a limitação da responsabilidade, perante os credores sociais, do acionista que, embora não único, exerce de fato um poder incontrastável na companhia. Num artigo publicado em 1931, Lorenzo Mossa retomou a tese, falando em acionista “soberano”.¹⁷ Após a guerra, Walter Bigiavi defendeu-a com ardor, em face do sistema do Código Civil e da Lei de Falências de 1942.¹⁸

A acolhida doutrinária não foi das mais amplas, muito embora os tribunais sufragassem a tese, de modo esporádico.¹⁹

17 L. Mossa, “Responsabilità dell’unico socio di un’anonima”, cit., p. 322.

18 Cf. W. Bigiavi, *L’Imprenditore Occulto*, Pádua, Cedam, 1954; *Difesa dell’Imprenditore Occulto*, Pádua, Cedam, 1962; *Fallimento, di soci sovrani, pluralità d’imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, Giurisprudenza italiana, 1954, I, 2, 691; *La giurisprudenza della Cassazione sull’ammissibilità della società occulta*, Giur. it., 1957, IV, I e ss.; *Ancora sulla giurisprudenza della Cassazione in tema di società occulta*, Giur. it., 1957, I, 557 e ss.; *Società controllata e società adoperata come “casa propria”*, Giur. it., 1958, I, 623 e ss.; *L’Imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento in estensione*, Giur. it., 1959, I, a, 149 e ss.; *Responsabilità illimitata del socio tirano*, Foro italiano, 1960, I, 1.180 e ss.

19 A Corte de Cassação, após uma certa hesitação, veio a condená-la, claramente (Sez. I, 25 de março de 1971, nº 8483): “L’art. 2.362 c.c. — a norma del quale, in caso di insolvenza della società per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultino essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente — non è applicabile sia nell’ipotesi in cui le azioni della società appartengano non già ad una sola persona fisica, ma ad un’altra società per azioni, sia nel caso del cosiddetto ‘socio

Dentre os opositores, salientou-se Ascarelli que, já quando da repercussão no Brasil do seu estudo sobre o negócio indireto, consagrara uma nota ao assunto.²⁰ Antes de mais nada, ele considerava o critério do controle muito incerto, pois ao lado dos casos de controle totalitário ou quase, há também situações em que um acionista, ou grupo de acionistas, com menos da metade do capital votante, domina efetivamente a sociedade; sem falar, então, do controle externo, exercido, por exemplo, pelo maior credor da sociedade.

Ademais, salienta Ascarelli, mesmo identificado o titular efetivo do controle social, nem por isso ele passa a ser considerado empresário, para o direito. A noção econômica de empresário não se confunde e não pode mesmo confundir-se com o conceito jurídico; pois aquela funda-se em uma atividade efetivamente exercida, enquanto este só tem por mira fixar um critério de atribuição dos efeitos da atividade. Daí por que se fala, em direito, de “empresários sociais”, com referência às sociedades.

Por outro lado, prossegue, a tese do acionista “soberano” parece desconhecer o fato de que somente em casos marginais uma sociedade funciona sem uma organização do poder de controle. Portanto, a seguir-se a lógica do raciocínio, na quase totalidade das sociedades anônimas haveria uma transposição da responsabilidade social para o patrimônio do acionista. Ora, esse resultado seria altamente danoso sob o aspecto econômico. O acionista majoritário, que mais arrisca na empresa, seria fatalmente penalizado em confronto com o pequeno investidor, ou o simples especulador. Não se pode esquecer de que a responsabilidade limitada é fator de progresso econômico, pois, permitindo um maior afluxo de capitais para as atividades produtivas, contribui para uma redução relativa de custos e preços.

Também não se pode dizer que a responsabilidade limitada seja uma contrapartida da falta de poder do acionista, transpondo-se assim para o

tirano o ‘socio sovrano’, cioè dell’azionista che, pur non essendo unico, ma avendo la quasi totalità o la maggioranza delle azioni, ne esercita il conseguente potere servendosi della società come cosa propria. Conseguentemente, la dichiarazione di fallimento di una società per azioni non può essere estesa ad altra società per azioni che disponga del pacchetto azionario della società fallita.”

20 T. Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 128, nota 109. Os ulteriores trabalhos de Ascarelli sobre o tema estão em *Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 403, e em *Problemi Giuridici*, cit., II, pp. 446 e ss. e 455, 475.

campo das sociedades anônimas, uma tese que procura explicar, tradicionalmente, a limitação da responsabilidade do armador, no direito marítimo. A responsabilidade limitada do acionista, ao contrário, é fundada no princípio da integridade do capital social, como margem mínima de solvabilidade da companhia. É em torno desse princípio que se organiza todo, um sistema de publicidade, inexistente nos demais tipos societários, e se reforça a responsabilidade de administradores e fiscais.

Finalmente, aduziu Ascarelli, a tese da extensão da responsabilidade dos débitos sociais ao acionista "soberano" nada mais preconiza do que a transformação das atuais anônimas em sociedades comanditárias, o que representa autêntica involução nessa matéria. A sociedade em comandita não oferece maior garantia aos credores sociais do que a anônima, pois a experiência do direito francês, no século passado, prova que os grandes capitalistas (e verdadeiros empresários no sentido econômico) preferem confiar o cargo de gerentes ou sócios comanditados a "homens-de-palha". Aliás, não está demonstrada a maior incidência de casos de insolvabilidade da sociedade anônima relativamente aos demais tipos societários; nem o Estado parece muito convencido disso, pois impõe a forma anônima para o exercício de algumas empresas que devem oferecer absoluta garantia aos seus credores, como os bancos e as seguradoras.

Essa cerrada argumentação, porém, acrescentava um bemol, ao admitir que, provada a efetiva confusão patrimonial entre a sociedade e o seu controlador, os tribunais poderiam, excepcionalmente, fazer incidir sobre os bens deste a responsabilidade pelas dívidas sociais.

Ora, o que Ascarelli pensava ser tão-só uma concessão de meio-tom à tese adversa, representava de fato o reconhecimento de sua substancial validade. Com efeito, excluindo-se a quereia exegética sobre os textos do Código Civil italiano ou da lei falimentar daquele país, o que Bigiavi preconizava era realmente isso. Ele distinguia o sócio ou acionista "soberano", do "soberano qualificado" ou "tirano", porque, embora ambos tenham o controle social, o último confunde o seu patrimônio pessoal com o da sociedade, degradando-a, assim, à condição de simples instrumento de sua atividade individual.

Nota de Texto 80 Não é fácil definir critérios precisos que permitam identificar o sócio soberano ao sócio único para fins de aplicação de regras mais rígidas de responsabilidade. É possível, no entanto, fixar parâmetros aproximativos que, juntamente com utilização dos critérios reconhe-

cidos em doutrina para a aplicação da disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, permitem diminuir o grau de arbitrariedade.

Tais parâmetros devem basear-se, sem dúvida, na existência ou não de centros de atividade internos capazes de fazer frente ao poder do sócio majoritário. É necessário, no entanto, que o direito positivo ou a interpretação jurisprudencial reconheçam efetivamente a existência de direito de determinados centros de atividade internos. Nos sistemas que reconhecem pleno direito de informação e participação do sócio individual, independentemente da quantidade de ações ou quotas possuídas, basta um acionista para descaracterizar a sociedade como unipessoal (mesmo em sentido amplo).²¹

No Brasil, isso não ocorre. A lei brasileira atribui a grande maioria dos direitos às chamadas minorias institucionais, ou seja, minoritários detentores de uma quantidade mínima de ações. Ao acionista individual são reconhecidos apenas os direitos individuais ligados à própria qualificação como acionista, como o direito aos dividendos.

O número mínimo de ações para ter garantido o acesso aos direitos fundamentais e de controle de informação da administração é 5% do capital social. Exige-se esse mínimo de ações para: requerer judicialmente a exibição dos livros sociais (art. 105); solicitar informações aos administradores da companhia (art. 157); solicitar informações aos membros do conselho fiscal (art. 163, § 6º); requerer a convocação da assembleia geral em companhia fechada (art. 124); propor ação de responsabilidade em face dos administradores, caso a assembleia geral da companhia decida pela não proposição (art. 159, § 4º); propor ação à controladora por danos

21 Cf. a respeito da distinção entre sociedade unipessoal em sentido amplo e estrito — C. Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, cit., pp. 84 e ss.

causados à sociedade independentemente de caução (art. 246, § 1º, *d*).²²

São todas facultades fundamentais para o exercício de um mínimo controle sobre o acionista majoritário e a administração. Direitos adicionais são atribuídos a acionistas detentores de 10% do capital social (direito de eleger um membro do conselho fiscal, art. 161, e requerer a adoção do voto múltiplo para eleição de membros do conselho de administração, art. 141). São esses os critérios que podem ser usados para caracterizar uma sociedade unipessoal em sentido lato, *nas suas relações com terceiros*. Não basta, no entanto, que o sócio detenha mais de 95% do capital social para considerar a sociedade unipessoal. É necessária a concorrência, em cada caso, dos requisitos de aplicação das regras de desconsideração da personalidade jurídica. Tudo indica, portanto, no sentido da teoria da desconsideração que deve ser, de agora em diante, objeto de análise mais detida.

136. A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.

Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juizes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.

Nos precedentes judiciais norte-americanos, um outro critério tem igualmente fundamentado as decisões que imputam ao controlador a responsabilidade pelos débitos da companhia: é a inadequada capitalização.²³

O capital na sociedade anônima, como salientou Ascarelli, é a margem mínima de sua solvabilidade. Como os acionistas não respondem, em princípio, pelos débitos sociais, é em torno do capital social que se organiza a proteção legal dos direitos dos credores. Por isso, algumas legislações não se limitam a preservar a integridade desse capital, mas ainda fixam-lhe um valor mínimo.²⁴

É importante notar que o dever de capitalização da empresa constitui um princípio geral do direito mercantil, não submetido à lei majoritária nas sociedades de comércio. Já em matéria de parceria marítima, o velho Código Comercial dispõe que “se o menor número (de compartes) entender que a embarcação necessita de conserto e a maioria se opuser, a maioria tem direito para requerer que se proceda a vistoria judicial; decidindo-se (pela vistoria) que o conserto é necessário, todos os compartes são obrigados a contribuir para ele” (art. 488).

Nos Estados Unidos, os tribunais fixaram o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (*active shareholder*) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia. A manutenção da exploração empresarial, nessas condições, representa um risco errado, deliberadamente, perante terceiros. Assim foi decidido no chamado *Deep Rock case*,²⁵ e no caso *Arnold v. Phillips*.²⁶ *Arnold* constituiu, no Texas, uma sociedade anônima com o capital autorizado de 50 mil dólares, dividido em 50.000 ações de um dólar cada uma. Foram emitidas, inicialmente, apenas 500 ações, das quais *Arnold* subscreu 498, e dois outros acionistas uma ação cada. Para a construção de uma fábrica de cerveja, a ser explorada pela companhia, *Arnold* emprestou à sociedade 70 mil dólares. Fiada a construção, fez mais um empréstimo de 7, 5 mil dólares, para financiar o início da produção. Nessa ocasião, recebeu ga-

22 Para uma pormenorizada enumeração dos “direitos individuais” e dos “direitos das minorias” cf. M. Carvalho, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 2, sub. art. 109, pp. 338 e ss.

23 Cf. N. D. Latin, *The Law of Corporations*, cit., pp. 73 e ss. e H. W. Ballantine, *On Corporations*, cit., pp. 302/303.

24 O princípio da proteção do capital, como garantia precípua dos credores sociais, torna-se, no entanto, sem sentido na macrocompanhia. Como frisou J. K. Galbraith, o capital de uma *General Motors*, de uma *Standard Oil of New Jersey*, ou de uma *General Electric*, pode ser amortizado pelos ganhos de alguns dias, ou até de algumas horas (*O Novo Estado Industrial*, cit., p. 83).

25 *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 U. S. 307 (1939).

26 *Arnold v. Phillips*, 117 F. 2d 497 (5th Cir. 1941), cert. denied 313 U. S. 583, 61 S. Ct. 1.102, 85 L. E. 1.539 (1941).

ranhia real sobre o imóvel e as instalações fabris. Durante dois anos, o negócio prosperou e Arnold recebeu honorários de diretor e juros sobre o montante do empréstimo. Sobrevindo uma crise econômica, a companhia entrou em regime de exploração deficitária. Arnold, então, executou o seu crédito e arrematou a fábrica em leilão. Pouco depois, era declarada a falência da companhia, com um passivo quirografário de 66 mil dólares. A requerimento do síndico, o tribunal julgou ineficaz perante a massa a execução da fábrica, promovida por Arnold, determinando que ele concorresse na falência como credor simplesmente quirografário.

Como se percebe, o caso era muito semelhante ao famoso Salomon v. Salomon & Co. Ltd., tantas vezes citado, e no qual a *House of Lords* britânica recusou-se, ao final do século passado, a desconsiderar a personalidade jurídica da companhia. Salomon constituiu uma companhia com seus familiares, na qual possuía o controle quase totalitário. Em seguida, vendeu a essa companhia o seu fundo de comércio individual, recebendo o preço, parte em dinheiro e parte em debêntures por ela emitidas. Mas na verdade, como salientou Gower, Salomon parece ter sido mais uma vítima do que o vilão da história, pois a sua boa-fé não foi posta em dúvida, tendo ele, efetivamente, procurado sustentar, com o seu dinheiro, a companhia insolvável.²⁷ Foi, sem dúvida, por essa razão que o "véu" da personalidade não se considerou rompido. A boa ou má-fé do controlador exerce, de fato, uma influência preponderante sobre os julgamentos nessa matéria, como se reconhece mesmo no direito norte-americano.²⁸

Igualmente, na Alemanha Federal, a insuficiente capitalização de uma sociedade mercantil tem fundamentado a desconsideração da personalidade jurídica, aprendendo-se, através desta, os bens particulares dos sócios ou acionistas (*Durchgriff*).²⁹ A doutrina germânica justifica esse resultado com base na teoria da "finalidade normativa", ou seja, considerando-se a deficiente capitalização da companhia como desvio da função ou finalidade do instituto, na economia societária. Mas a jurisprudência prefere ficar com o tradicional princípio da responsabilidade aquiliana, consagrado no § 826 do BGB. Entre uma solução e outra, a diferença reside

no regime da prova, pois a responsabilidade civil do direito comum supõe a demonstração de culpa do agente, enquanto aquela solução doutrinária dispensa essa prova.

Nota de Texto 81

A rica casuística da desconsideração exige, para ser bem compreendida, um pouco de sistematização. Para empreendê-la, é necessário apresentar de forma estruturada as principais teorias sobre a desconsideração.

O conceito de personalidade jurídica, teoricamente elaborado pela pandectística, foi durante longo tempo considerado intocável. Essa rigidez demorou muito a ser superada. Apenas na segunda metade da década de 50, com a publicação do trabalho de R. Serick, ganharam impulso teorias que admittiam desconhecer a personalidade jurídica.

Não se pretende aqui analisar com profundidade todas as teorias que trataram do assunto.

O objetivo é analisar apenas as teorias mais importantes relacionadas ao tema aqui tratado, enquadrando-as segundo critérios úteis para a reflexão teórica e para sua aplicação prática.

a) A teoria utilitarista

Na metade dos anos 50 aparece a primeira sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, feita pelo alemão R. Serick. E a seus estudos e, sobretudo, à sua teorização da jurisprudência americana que se deve atribuir o desenvolvimento moderno da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em seu trabalho, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, o autor define a desconsideração como um conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial.

O autor adota um conceito unitário de desconsideração, ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de uma essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobre põe ao valor específico de

27 Salomon v. Salomon & Co. Ltd., cit., p. 70.

28 Cf. N. D. Lattin, *The Law of Corporations*, cit., p. 89.

29 Cf. M. Lutter, "La responsabilité civile dans le groupe de sociétés", in *Revue des Sociétés - Journal des Sociétés*, 1981, n° 4, pp. 697 e ss.

cada norma.³⁰ O unitarismo de Serick revela-se também em outro plano: a não distinção entre tipos de pessoa jurídica com relação à organização interna, motivo pelo qual não vê nenhum motivo que justifique um tratamento diferenciado para a sociedade unipessoal.³¹

Dentro desse grupo, podem-se identificar dois subgrupos, segundo o modo de justificação da desconconsideração. Existem aqueles que tentam justificar a desconconsideração de um ponto de vista objetivo-institucional,³² utilizando critérios, nem sempre de fácil determinação, como *ordnungswidrige, funktionswidrige oder Zweckentfremdete Verwendung der juristischen Person*³³ (utilização contrária aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica).

Uma outra corrente, na qual se inclui o próprio Serick, tenta justificar a desconconsideração a partir do assim chamado *subjektiver Rechtsmissbrauch*, identificando o

30 Trata-se daquilo que Schanze chama de "qualifizierten Wesensbestimmung der juristischen Person" (definição qualificada da essência da pessoa jurídica) (cf. E. Schanze, *Einmanggesellschaft und Durchgriffshaftung*, cit., p. 60), que se traduziria em uma concepção pré e *supra* normativa da personalidade jurídica, caracterizada na seguinte afirmação: "der Eigenwert des Rechtsinstituts der juristischen Person steht dem Zweckwert einer einzelnen Norm gegenüber" — "o valor próprio da pessoa jurídica se contrapõe (e sobrepõe) ao objetivo de uma norma específica" (R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 2ª ed., Berlin, Mohr-de Gruyter, 1955, p. 24). Na verdade, Schanze parece exagerar ao se referir a um caráter *pré e supra* normativo. Serick reconhece expressamente que a pessoa jurídica não é uma entidade pré-moldada (*keine vorgegebene Erscheinung*) — entenda-se, pré-jurídica —, mas sim uma criação do ordenamento (*eine Schöpfung der Rechtsordnung*). Não há dúvida, no entanto, que ao falar em valor próprio da personalidade jurídica, aproxima-se das teorias realistas da pessoa jurídica, criando por assim dizer um realismo normativo que acaba por desembocar no unitarismo *supra* mencionado.

31 Cf. R. Serick, *Rechtsform und Realität*, cit., pp. 20-22.

32 Representante de tal teoria é, por exemplo, U. Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, Athenäum, 1970.

33 Cf. a respeito V. Emmerich, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 7ª ed., Colonia, Schmidt, 1986, § 13, Rdn. 80, afirmando que a indeterminação dos critérios é uma das maiores razões para as críticas doutrinárias que são feitas a essa teoria hoje em dia.

elemento intencional na utilização fraudulenta da forma societária.³⁴

Nessa última corrente inclui-se ainda Galgano. Mesmo partindo de uma declaração de princípios eminentemente antunitária, a proximidade de resultados entre a sua teoria e a de Serick é evidente. O autor rejeita qualquer tipo de assimilação entre pessoa física e jurídica. Nega também que a personalidade jurídica seja fundada em uma concessão de subjetividade jurídica aos grupos organizados por parte do legislador. Em uma análise muito próxima à tradicional doutrina instrumetalista,³⁵ Galgano define a personalidade jurídica como "*la speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, la legge ha previsto per determinati gruppi*", disciplina consistente em uma "*somma di privilegi che, ricorrendo specifici presupposti, il legislatore ha concesso ai membri*".³⁶

O autor faz duras críticas à teoria de Serick, que vê na personalidade jurídica um fenômeno unitário, ou seja, a regra, e na sua desconconsideração, a exceção. Argumenta que esse tipo de raciocínio regra/exceção, sem uma conveniente crítica do conceito de pessoa jurídica, levaria a admitir a desconconsideração com base em princípios vagos e de difícil determinação como os de equidade e justiça.³⁷

34 A esse grupo pertence não apenas o próprio Serick mas também U. Drobnig, com seu clássico trabalho *Hafungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, Berlin, Frankfurt, Metzner, 1959.

35 Cf., v.g., T. Ascarelli, "Considerazione in tema di società e personalità giuridica", in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, cit., v. I, p. 21, G. Arango-Ruiz, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, cit.

36 Cf. F. Galgano, "Struttura logica", cit., pp. 553-567.

37 F. Galgano, "Struttura logica", cit., pp. 579-580. É interessante aqui fazer um confronto da teoria de Galgano com a de Müller-Freienfels, o mais conhecido crítico da teoria de Serick na Alemanha. Ambos partem de uma crítica severa do pressuposto fundametal da teoria de Serick, o unitarismo do conceito de pessoa jurídica, concebido como sujeito de direito pleno (*vollwertiges Rechtssubjekt*), equiparável às pessoas físicas. Enquanto, porém, Galgano nega que as pessoas jurídicas sejam sujeitos de direito

Mas quando chega o momento não mais de criticar, mas, sim, de definir o conteúdo normativo de seu conceito de pessoa jurídica, ou seja, em suas próprias palavras, a soma de privilégios que constituem a personalidade jurídica, o autor cria seu próprio unitarismo: reduz o conteúdo normativo do conceito de pessoa jurídica à responsabilidade limitada dos seus membros.³⁸ Assim procedendo, desconhece um elemento que, ainda que insuficiente, é necessário à configuração da personalidade e da própria subjetividade. A descon sideração por ele imaginada mostra-se possível apenas em caso de abuso e para o fim de atribuição de responsabilidade a sujeito diferente do devedor. Conseqüentemente, mesmo partindo de pressupostos diversos, chega a resultados muito semelhantes aos da teoria por ele criticada.

e procura um conceito unitário substitutivo, o de responsabilidade limitada. W. Müller-Freienfels não se preocupa em negar a subjetividade jurídica, mas sim em demonstrar o relativismo de tal subjetividade. A pessoa jurídica concebida como um centro de imputação de normas é sustentável como tal apenas na medida em que o escopo de cada regra o permitia: "Die juristische Person ist sonach nur ein bequemer, zusammenfassender Ausdruck für bestimmte Einheiten ein "passendes Symbol". Sie bilden nur ein gedankliches Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen. ein leicht begreifbares Vorstellungsbild (...)", cf. "Zur Lehre", cit., p. 529.

Essas diferenças de opinião em dois sistemas que têm realidades legislativas semelhantes (tanto na Alemanha como na Itália a personalidade jurídica é concedida apenas às sociedades de capital) explicam a diferença de extensão entre as duas teorias, sobretudo com relação à descon sideração da personalidade jurídica. Enquanto Galgano retorna ao conceito de abuso para a admissão da descon sideração, limitando sua aplicação aos casos de atribuição de responsabilidade patrimonial ao sócio limitada mente responsável, Müller-Freienfels, como visto acima, procura determinar o escopo de cada norma em particular para determinar a qual sujeito (sócio ou sociedade) ela deve ser aplicada. Tal teoria encontra hoje reflexo na riquíssima série de hipóteses de descon sideração reconhecidas na doutrina e na jurisprudência alemãs.

b) A teoria dos centros de imputação

Essa segunda corrente doutrinária, hoje dominante principalmente na Alemanha, talvez devesse ser denominada *antunitária*. Isso porque o seu surgimento remonta a uma crítica, mais precisamente a uma recensão ao trabalho de R. Serick, publicada pelo Prof. Müller-Freienfels no ano de 1957. Nesse trabalho, o autor afirma que o esquema regra/exceção de Serick erra ao ver na personificação jurídica, e conseqüentemente no seu contrário, a descon sideração, um fenômeno unitário. Para ele, respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinação disciplinar.³⁹

Esse posicionamento permite uma visão menos rígida da descon sideração, que passa a incluir não apenas situações de fraude, mas, também, quando necessário, situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. A descon sideração não é, portanto, apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas também uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas (*Regelungstechnik*) que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos.⁴⁰

A teoria de Müller-Freienfels postula não apenas um maior pluralismo externo na aplicação diferenciada das normas, mas também o pluralismo interno, com avalia-

39 Cf. W. Müller-Freienfels, "Zur Lehre", cit., p. 536: "Denn es geht ja immer um die Frage, ob und inwieweit eine bestimmte Norm in dem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihren Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist. Auch dann, wenn man die für den konkreten Fall charakteristischen Einzelheiten herausgearbeitet hat, darf man sich nicht zu verallgemeinernden Antworten verhalten lassen (...)"

40 Cf. P. Behrens, "Der Durchgriff über die Grenze", in *Rabels Zeitschrift*, 1982, pp. 308-314.

ção diferenciada dos diversos tipos de sociedade. Defende assim um tratamento diferenciado das pessoas jurídicas segundo as diversas funções econômicas que desempenham.⁴¹⁻⁴²

A teoria de Müller-Freienfels tem hoje grande aceitação doutrinária e jurisprudencial na Alemanha, podendo ser considerada dominante.⁴³

Controvérsia é ainda sua classificação como uma teoria sobre a desconconsideração da personalidade jurídica. Alguns autores propõem a distinção entre problemas de mera aplicação das normas existentes no direito civil e problemas de desconconsideração em sentido próprio, para cuja caracterização seria necessário que de uma forma

ou de outra o princípio da separação patrimonial fosse atingido.⁴⁴

Na doutrina mais recente nota-se uma crescente preocupação em distinguir os casos segundo o método e as consequências jurídicas dele provenientes. Ao mesmo tempo a personalidade jurídica como conceito técnico perde importância, sendo hoje considerada como mero *Sichwort*.⁴⁵

É interessante observar as opiniões desses teóricos a respeito da sociedade unipessoal. Antes da *GmbH Novelle*, que como visto consagrou a possibilidade de constituição unipessoal, considerava-se a sociedade unipessoal como um problema típico de atribuição de normas. A sociedade unipessoal era, portanto, considerada não como uma esfera totalmente separada do sócio, mas, sim, como sujeita a um *variables Normanwendungskonzept*, ou seja, como um ente dotado de individualidade própria, dependendo do escopo da norma a ser aplicada.⁴⁶

Depois da admissão da constituição unipessoal, a sociedade unipessoal deixou de receber um tratamento metodologicamente distinto. Não se trata mais de um caso paradigmático de atribuição de normas, sendo ao contrário incluída no tratamento geral da desconconsideração,

41 W. Müller-Freienfels, "Zur Lehre", cit., p. 532: "Die Einmannsgesellschaft, die aus Gründen der Haftungsbeschränkung betrieben wird, verdient nicht mit einer Familien GmbH gleichbehandelt zu werden, die als Erbengemeinschaft ein erebtes Handelsunternehmen fortführt. Diese Familiengesellschaft wiederum muss wieder anders bewertet werden, wenn sie einen oder mehrere Geldgeber als Mitgesellschafter aufnimmt. Von dieser sich zur 'normalen' GmbH entwickelnden Einheit ist schliesslich die GmbH als Verwaltungseinheit eines grossen Konzerns oder als Verkaufseinheit eines Syndikats zu unterscheiden usw." (A sociedade unipessoal, utilizada em função da limitação de responsabilidade, não pode receber tratamento indifferenciado de uma sociedade familiar, que como comunidade de herdeiros sucede o empreendimento comercial herdado. Essa sociedade familiar, por sua vez, deve ser avaliada diferentemente quando ela aceita um ou mais prestadores de capital como sócios. Finalmente deve também ser diferenciada a GmbH normal da sociedade utilizada como unidade administrativa de um grande grupo ou então como unidade de vendas de um sindicato).

42 É interessante observar que, quanto à sociedade unipessoal, as posições de Senick e Müller-Freienfels representam na realidade a transposição para um ambiente em que já se reconhece a necessidade prática da *Einmannsgesellschaft*, da controvérsia que a corrente pandectística de Savigny e a *handels- und gesellschaftsrechtlich orientierte, sozialgermanistische* de Gierke, tinham sustentado no século XIX com relação à unipessoalidade. O tratamento que Müller-Freienfels dá à sociedade unipessoal é muito próximo da teoria do *Sondervermögen*, e a aplicação específica da teoria da desconconsideração para a sociedade unipessoal que defende corresponde, *mutatis mutandis*, à impossibilidade de permanência da *Körperschaft* em ausência de pluralidade de componentes, sustentada por Gierke. A posição unifiária e o raciocínio regularização de Senick avizinham-se, ao contrário, da teoria flecionista de Savigny (cf. E. Schanze, *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., esp. pp. 19 e 61).

43 Cf. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar zum GmbH Gesetz*, cit., (1. Lieferung, Anh. 13, Rdn. 30).

44 Nesse sentido, E. Rehbinder, *Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht*, Berlin-Zürque, Gehlen, 1969, p. 108.

45 Cf. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh. § 13, Rdn. 36; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, Berlin, Bonn, Munique, Carl Heymanns Verlag, 1991, pp. 193-194, também nesse sentido, propondo a distinção hoje largamente aceita entre *Haftungsdurchgriff* e *Zurechnungsdurchgriff*, v. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 221 e ss. O primeiro termo é empregado para os casos de *Missbrauch* (fraude), entendida no sentido objetivo, e o segundo, nos casos de imputação de normas. O primeiro tem caráter eminentemente sancionatório, enquanto no segundo prevalece o perfil regulamentar.

46 H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., § 13, Anh. 1, Rdn. 41-42, E. Schanze, *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 15.

ainda que continue a merecer tratamento especial na casuística da descon sideração.⁴⁷

c) Resultados aplicativos: a casuística

c.1. Descon sideração atributiva

Com essa expressão procura-se traduzir o mais fielmente possível a aplicação da teoria da descon sideração de modo a permitir a aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador.

São os seguintes os casos mais típicos de descon sideração atributiva (*Zurechnungsdurchgriff*):

- características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade. Assim são passíveis de anulação por erro essencial quanto à pessoa do destinatário declarações tendo como destinatária a sociedade, em que haja erro essencial quanto à pessoa do sócio único;⁴⁸⁻⁴⁹
- comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade. Assim, por exemplo, no caso de dolo de terceiro, que para constituir vício do ato jurídico exige que dele tenha conhecimento um dos participantes do ato. Para aplicação desse dispositivo o sócio não seria considerado terceiro em relação à sociedade;⁵⁰

47 Interessante é notar que Mertens, no seu comentário precedente à *GmbH Novelle (Hachenburg Grosskommentar, 1979)*, intitulava o Anh § 13 *Einnamengesellschaft und Durchgriffhaftung*, enquanto no comentário posterior (*Hachenburg Grosskommentar, 1990*) o título passou a ser *Durchgriffhaftung*.

48 Cf. V. Emmertich, *Scholz Kommentar zum GmbH Gesetz*, 7ª ed., Köln, Schmidt, 1986, cit., § 13, Rdn. 72; G. Hlueck, *Bairnbach-Hlueck Kurz-Kommentar zum GmbH Gesetz*, Münique, Beck, 1988, § 13, Rdn. 16, p. 199.

49 Existe interessante e recente exemplo de aplicação desse princípio na jurisprudência brasileira. Trata-se da decisão que revogou outra concessiva da concordata de uma empresa, transformando-a em falência, com base na falta de idoneidade do controlador, afirmando que "a não idoneidade do controlador conatiana de descrédito o pedido de moratória da controlada". No caso, além da inexistência dos requisitos econômicos para a concordata, foram levados em conta os fortes indícios de que o controlador, através da concordata de empresa *holding* por ele controlada, pretendesse pôr a salvo ações adquiridas com cheques sem fundos (v. *RT 657/86, TJSP, acórdão de 25.04.1990*).

50 Cf., comentando regra análoga contida no 123, Abs. 2 BGB, v. V. Emmertich, *Scholz Kommentar*, cit., § 13, Rdn 13.

– conhecimentos do sócio podem, em certos casos, ser atribuídos à sociedade. O caso típico de aplicação dessa regra decorre de uma peculiaridade do sistema alemão, qual seja, a existência de uma regulamentação específica para a aquisição de propriedade com boa-fé. Nos negócios entre sócio único e sociedade não se aplicam as regras de aquisição de boa-fé, pois não é possível sustentar que o sócio único possa ignorar a existência do precedente vínculo contratual entre essa e um terceiro (ou vice-versa).⁵¹ No Brasil, devido à inexistência de uma tal regra, o fato de o negócio ter sido realizado entre sócio único e sociedade poderia induzir no máximo a uma presunção simples de simulação, cabendo às partes no negócio (sócio e sociedade) demonstrar o contrário;

– proibições impostas ao sócio podem ser estendidas também à sociedade (e vice-versa). É o caso das proibições de concorrência impostas ao sócio que gravam também a sociedade.⁵²

Ainda com relação à descon sideração para atribuição de normas deve-se mencionar a hipótese da aplicação à venda de todas as quotas da normativa referente aos negócios da compra e venda.

c.2. Descon sideração para fins de responsabilidade

Como já ressaltado anteriormente com relação a essa hipótese, ao menos nos casos normais não é razoável fazer qualquer distinção *a priori* entre sociedade uni-

51 Cf. E. Schanze, *Einnamengesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 104. V. ainda V. Emmertich, *Scholz Kommentar*, cit., § 13, Rdn. 73, que considera requisito para a aquisição em boa-fé a existência de uma transferência não apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico.

52 Nesse campo, atualmente regulado pelo art. 86 do Tratado CEE, a Corte de Justiça da Comunidade já firmou opinião de que se aplicam à sociedade filha (seja ou não unipessoal) as proibições existentes com relação à sociedade mãe (v. decisão da Corte de Justiça da CE de 6.03.1974, nº 6-7/63, in *Foro Italiano, 1974, IV, c. 261*. No mesmo sentido, sentença do Tribunal de Catânia, de 25 de janeiro de 1977, in *Rivista di Diritto Commerciale, 1977, II, p. 103*).

pessoal e pluripessoal. Os três casos paradigmáticos que serão tratados — confusão de esferas, subcapitalização e abuso de forma — podem se configurar tanto em uma como em outra hipótese.

A identificação dessas três hipóteses parece ligar-se intimamente a uma configuração objetiva da desconside-ração. No entanto, como se verá na formulação dos requisitos para a configuração das referidas hipóteses, fez-se necessário misturar elementos objetivos e subjetivos, o que fez com que na prática não se conseguisse eliminar totalmente os inconvenientes contidos na teoria subjetiva.

A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formas e denominações necessárias à referida separação não são seguidas. Com relação ao primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada. Evidentemente, a hipótese aproxima-se bastante dos casos de aplicação da teoria da aparência.⁵³ Na verdade, só será possível distinguir ambos os casos mais adiante, depois da definição do *método* de desconside-ração da personalidade jurídica. Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade.⁵⁴

Com relação à subcapitalização, é preciso fazer a distinção entre subcapitalização simples e qualificada. Na última, o capital inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e, conseqüentemente, o perigo criado pelo(s) sócio(s) no

exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo do(s) sócio(s) em não prover o capital suficiente à atividade social. A óbvia dificuldade de produzir tal prova fez com que na maioria dos casos de subcapitalização simples a desconside-ração seja negada.⁵⁵

Sancionar a subcapitalização nessas hipóteses parece de um rigor excessivo. Com efeito, se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição da sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgement rule* do sócio e admitir a desconside-ração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada). Até porque existe remédio mais eficaz contra a subcapitalização. É muito mais conveniente nesses casos adotar uma visão realista e ampla do capital, considerando como tal todos aqueles empréstimos (e não são raros) feitos pelo sócio à sociedade em situações de crise.

Enfim, há ainda o abuso de forma. Pode-se distinguir ainda entre o abuso de forma individual e o institucional. No primeiro caso há a utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro. Nesse caso só ele (terceiro) será legitimado a pleitear a desconside-ração da personalidade jurídica. Trata-se do caso clássico de desconside-ração da personalidade jurídica baseada em critérios subjetivos. O segundo, ao contrário, caracteriza-se por uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função (*zweck und funktionswidrige Ausnutzung des Haftungsprivilegs*) e tem como característica diferencial o fato de implicar a possibilidade de

53 Cf. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 224.

54 H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 224.

55 Cf. E. Schulte, "Rechtsprechungübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen", in *WertpapierMitteilungen*, 1979, Sonderbeilage, n.º 1, p. 7.

desconsideração a favor de qualquer credor.⁵⁶ Exatamente porque o que ocorre, como se verá mais adiante, é a desconsideração em sentido estrito (ou talvez próprio), ou seja, aquela que vai buscar seus motivos na atividade social e não em um determinado ato.

137. Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial *de facto*.⁵⁷ Da mesma forma, num caso de seguro contra incêndio em favor de uma sociedade anônima, provando-se que o sinistro foi causado pelo seu maior credor e controlador de fato, com o objetivo de executar, em seguida, o produto da indenização a ser pago pela seguradora, julgou-se que a companhia não tinha direito a essa indenização.⁵⁸

Nota de Texto 82 A hipótese tratada no texto caracteriza a chamada desconsideração em sentido inverso.

Esse tipo de desconsideração merece tratamento distinto, em função da peculiaridade dos princípios envolvidos e de suas consequências sistemáticas peculiares, ainda que metodologicamente seus casos possam ser enquadrados em uma ou outra das categorias mencionadas acima (Nota de Texto 81).

Na doutrina e jurisprudência alemãs, a hipótese é de aplicação restrita às sociedades unipessoais. O conceito de "pertinência econômica" do patrimônio social ao sócio, formulado pela jurisprudência, aplica-se apenas quando todas as quotas pertencem a um só sócio.⁵⁹

A aplicação exclusiva à sociedade unipessoal não parece correta, principalmente tendo em vista sua justificativa: impedir que seja causado prejuízo aos demais sócios. Ora, na sociedade unipessoal, o prejuízo também existe. Apenas não será dos demais sócios, mas sim dos credores sociais. Aliás é exatamente a necessidade de proteção do capital social, como garantia dos credores, uma das principais razões invocadas para a limitação da desconsideração em sentido inverso. Faz-la-se em incompatibilidade de uma tal desconsideração com as regras societárias de conservação do capital. Por esse motivo, parte da doutrina admite a desconsideração em sentido inverso apenas quando se trata de aplicar ao sócio regras sobre *Verrauenshaftung*, ou seja, no caso em que o sócio tenha criado a aparência de negociar em nome da sociedade.⁶⁰ Retorna aqui o problema da superposição entre institutos civilísticos e a desconsideração. Com efeito, a situação parece situar-se muito mais no campo da aplicação da teoria da aparência do que da teoria da desconsideração.⁶¹

Mas esse não é o defeito de fundo de tais contestações. Na verdade, a mencionada incompatibilidade entre desconsideração em sentido inverso e conservação do capital existiria apenas se fosse constituída uma obrigação sem contrapartida. Não é o que ocorre. A contrapartida existe e consiste no benefício já auferido pela sociedade em função da transferência patrimonial que justificou a desconsideração, motivo pelo qual não é razoável que a

56 Cf. H. Wedemmann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 228.

57 Cf. H. W. Ballantine, *On Corporations*, cit., p. 296.

58 D. I. Felsenthal Co. v. Northern Assur Co., Ltd. 284 Ill. 343, 120 N.E. 268, 1 A.L.R. 603.

59 Cf. F. Schulte, "Rechtsprechungsübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen", cit., citando decisão do *OLG Hamburg* de 10 de novembro de 1976.

60 V. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh. 13, Rdn. 23 e ss., p. 583.

61 Cf. C. W. Canaris, *Die Verrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, MünchK, Münchener Universitätschriften, Beck, 1971, p. 179, segundo o qual não se configura a desconsideração, por não haver modificação no pólo ativo da obrigação, mas sim procura do verdadeiro devedor. O autor ressalta, no entanto, o fato de que a *Verrauenshaftung* é mais facilmente aplicável à responsabilização do sócio por dívidas da sociedade do que vice-versa. A razão seria que, no primeiro caso, a aparência de unidade é criada pelo representante e não pelo representado, o que permite a aplicação das regras sobre a representação. Nesse caso, a aparência não seria mais meramente fática, mas também jurídica.

responsabilidade da sociedade ultrapasse o valor dessa transferência.

Mesmo em relação aos credores sociais, a descondição em favor de um credor particular não representaria qualquer preferência.

No caso imaginado, de transferência indevida de recursos à sociedade, a simples devolução da contrapartida dessa transferência ao credor (devolução essa evidentemente limitada ao valor da transferência) não representaria qualquer diminuição de garantia. Nem mesmo qualquer agressão, direta ou indireta, ao capital da sociedade (já que a hipótese que se está imaginando é a de uma transferência sem contrapartida real, excluindo-se portanto, inclusive, o caso de contrapartida consistente em aumento de capital contra emissão de ações ou quotas). Não há, assim, qualquer lesão aos credores sociais. Mas pode-se ainda perguntar: mesmo nessas hipóteses e ainda que não disponha o sócio de qualquer patrimônio pessoal livre, tudo não se resolveria através da hoje largamente admitida penhora da participação social do sócio (quotas ou ações)?⁶² Essa não substituiria a desconsideração?

A resposta decorre diretamente das considerações anteriores. O interesse do credor é o recebimento de seu crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas ou ações de uma sociedade a respeito da qual não tem qualquer informação. Mesmo o exercício do direito de retirada (*dissolução parcial*) admitido em alguns casos pela jurisprudência pode não ter qualquer utilidade, caso a sociedade tenha patrimônio líquido negativo. Na verdade, essa constatação contábil nada mais é do que um reflexo da diferença jurídica entre penhora de participação social e desconsideração, qual

62 Com relação às sociedades de capitais, a jurisprudência é praticamente unânime no sentido da admissibilidade da penhora (v., por exemplo, RT 645/109, 1º TACiv/SP, acórdão de 26.06.1989, ou então RT 795/837, STJ, j. em 21.10.1980).

seja, respectivamente, a existência ou não de concorrência com os credores sociais. No caso de penhora de participações, a preferência é dos credores sociais, já que o pagamento dos haveres se fez pela participação proporcional no saldo positivo do patrimônio líquido.

138. Na jurisprudência brasileira, tem-se desconsiderado, com frequência, a personalidade jurídica de sociedades constituídas unicamente de marido e mulher, sob a alegação de nulidade. Mas tal hipótese é, propriamente, de despersonalização e não de desconsideração da pessoa jurídica.⁶³

São ainda muito raras as decisões que admitem o afastamento da personalidade jurídica apenas *in casu*. Em causa decidida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, discutiu-se a validade de uma penhora feita em bens encontrados na residência do acionista controlador de uma companhia, e que esta alegava serem de sua propriedade. "Há, no caso", declarou o acórdão, "completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o embargante, do que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrados no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; são bens que não poderiam ter sido adquiridos para um hospital, como a embargante (televisão, vitrola e geladeira doméstica). A embargante se organizou em sociedade anônima, cujo patrimônio se confunde com o do executado, que não quis provar nem dizer quantas ações tem e quem é o maior acionista". E concluiu: "Como ficção útil da lei, a personalidade coletiva não pode isolar-se da personalidade dos que a compõem, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito."⁶⁴

63 Cf., por ex., Trib. Alçada Civil de São Paulo, Apelação Cível nº 140.261, rel. Moreno Gonzalez, RT 418/213; 1º Trib., Alçada Civil de São Paulo, Apelação nº 195.339, rel. Toledo Piza, RT 464/137.

Sobre a distinção entre a supressão da personalidade jurídica e sua desconsideração cf. *supra* nº 110.

64 Apelação nº 9.247, Rel. Edgard de Moura Bitencourt, RT 238/393.

Em brilhante sentença prolatada na 11ª Vara Cível do Distrito Federal, em 1960, o juiz Antônio Pereira Pinto teve também ocasião de aplicar, com proficiência, a teoria do *disregard of legal entity*. Tratava-se de um personagem famigerado no mundo dos negócios, que adquirira 98% das ações de uma companhia, dando em pagamento notas promissórias de emissão desta, com o seu aval pessoal. Fechado o negócio e entregues os títulos aos cedentes das ações, dito personagem iniciou vários procedimentos judiciais contra estes, ex-diretores da companhia, pretendendo imputar-lhes responsabilidades por má gestão administrativa, e com isto furtar-se ao pagamento dos títulos avalizados.⁶⁵ A pessoa jurídica servia, na espécie, como *alter ego* do seu controlador.

139. Bem se vê, portanto, da consideração dos precedentes judiciais citados, que não se cuida, absolutamente, de transformar a sociedade anô-

65 Lê-se na sentença, publicada na RF 188/269: "É pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência estrangeiras, que se deve, se o diretor ou acionista se serve fraudulentamente da sociedade para fins pessoais, prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo acionista soberano interessado. Isso porque, se uma pessoa natural contraindeterminada obrigação de fazer ou não-fazer, não pode subtrair-se ao seu cumprimento por via de sua ocultação atrás de uma sociedade anônima, pois, se tal ocorrer, o juiz, entendendo que a estrutura formal da pessoa jurídica foi utilizada de maneira abusiva, prescindirá da regra fundamental que estabelece a separação radical entre a sociedade e os sócios, a fim de que não vingue o resultado contrário ao direito, que se tem em vista. Existe um abuso quando se trata, com a ajuda da pessoa jurídica, de burlar a lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Supera-se, daquele modo, a forma externa da pessoa jurídica para alcançar as pessoas e bens que sob seu manto se escondem. A investigação se situa, portanto, dentro da chamada concepção 'realista' da pessoa jurídica, a qual entende que é possível e até obrigatório 'atrasvessar a cortina daquele conceito formal', que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com a realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir possíveis desvios na sua utilização. Em face da exaltação da pessoa jurídica como pura forma de organização, ganha terreno, hoje em dia, a idéia de que é necessário impor-lhe limitações de ordem moral e ética, como feito ante possíveis desvios em sua utilização. Já se começa a afirmar que não basta o fito e externo respeito aos pressupostos assinalados pela lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e destrua de seus ilegíveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir da sua estrutura formal para nela 'penetrar' até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal".

nima em comandita, em que os controladores seriam comanditados, ou de abolir o princípio da irresponsabilidade do acionista pelos débitos sociais. Mas não se pode deixar de sancionar a supressão prática da personalidade jurídica, consistente na confusão patrimonial, pois, afinal, a pessoa jurídica empresarial, como se repisou, nada mais é do que uma técnica da separação de patrimônios.

Nota de Texto 83 Apesar da existência dessas decisões é preciso reconhecer que a casística de descon sideração na jurisprudência brasileira não é muito variada.

a) A descon sideração na doutrina e na jurisprudência brasileira

A razão é muito provavelmente o fato de que, no Brasil, a discussão a respeito da descon sideração continua centrada no problema da essência e da função da personalidade jurídica. As soluções, mesmo sem admiti-lo, tendem sempre a um raciocínio regra/exceção. Assim, por exemplo, no pioneiro estudo de R. Requião, em que se sentem fortemente os reflexos da teoria de Serick, o autor identifica hipóteses de descon sideração em todos os casos em que a separação patrimonial é utilizada com abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei.⁶⁶ No fim do seu trabalho, inclui ainda uma advertência contra o emprego exagerado da teoria, que poderia levar a "destruir o instituto da pessoa jurídica".⁶⁷ Não é surpreendente, portanto, que seu trabalho seja invocado pela maioria das decisões que tentam limitar a descon sideração à sociedade impessoal.

Menos evidente é o unitarismo na obra de F. K. Comparato. O autor nega a possibilidade de utilização do instituto da fraude à lei como elemento central da descon sideração, afirmando que pode ocorrer a descon sideração também a favor do sócio (v. exemplo supracitado).

66 Cf. R. Requião, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", cit. Cf. R. Requião, "Abuso de direito", cit., p. 24.

Para justificar sua opinião não faz referência, entretanto, ao objetivo da norma.⁶⁸ Invoca o desvio de função da pessoa jurídica como justificativa da desconconsideração. A função da personalidade jurídica seria a criação de um centro de interesses autônomo.⁶⁹ Quando esse centro de interesses não estivesse presente, a desconconsideração seria a solução.

Na identificação dos critérios que caracterizam a existência de um centro de interesses autônomo, Comparato substitui, em uma análise na verdade semelhante àquela de Galgano, o unitarismo subjetivo, por ele mesmo criticado, por um método objetivo, mas da mesma maneira unitário. Põe o controle ao centro de sua teoria.⁷⁰ Vê nos grupos (de direito) um controle qualificado, merecedor de tutela especial. Quanto à sociedade unipessoal, a desconconsideração não seria baseada em qualquer abuso, mas sim na inexistência dos “pressupostos legais da personalidade jurídica”.⁷¹ Esses pressupostos inexisteriam na sociedade unipessoal singular — pois a lei fixa um prazo máximo para a permanência da unipessoalidade —, e na sociedade unipessoal de grupo (subsidiária integral) em que existe a confusão patrimonial.⁷² A confusão patrimonial é, aliás, o critério básico no raciocínio de Comparato para a desconconsideração no caso de sociedade pluripessoal normal, não

dotada de qualquer elemento *qualificativo*. Permanece obscuro como se pode, em uma tal teoria, enquadrar o exemplo da Súmula 486,⁷³ típico dos defensores da teoria dos centros de imputação. Qual seria o critério a identificar o desvio de função? A verdade é que no momento que se identifica na pessoa jurídica uma função unitária, torna-se bastante difícil, pelo menos do ponto de vista teórico, flexibilizar a desconconsideração.

No mesmo sentido propugnado por Comparato, orienta-se a análise de J. L. Correa de Oliveira. Em sua teoria, a análise da desconconsideração como consequência de uma disfunção da personalidade jurídica é ainda mais evidente. A construção teórica da desconconsideração e sua rica aplicação prática são vistas pelo autor como sintomas de uma crise de função da pessoa jurídica. Para ele, a principal função da personalidade jurídica é a separação patrimonial,⁷⁴ que por sua vez é vista como indicador da existência de um centro autônomo de interesses. Mesmo admitindo a não-coincidência entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada, identifica na limitação de responsabilidade a função básica da pessoa jurídica. Uma tal limitação da função da personalidade jurídica à separação patrimonial talvez se justifique pelo objetivo, explicitado pelo autor, de analisar a crise da pessoa jurídica apenas com relação à sociedade com responsabilidade limitada.⁷⁵

Do ponto de vista teórico, Correa de Oliveira parte da negação do unitarismo de Serick, com base no raciocínio pluralista de Müller-Freienfels. Do pluralismo desse autor utiliza-se, no entanto, apenas da primeira consequência, ou seja, a necessidade de tratamento diferenciado das diversas pessoas jurídicas. Faz referência à sociedade unipessoal e aos grupos de sociedades

68 No caso da regra que prevê a possibilidade de despejo para uso próprio, invocada na Súmula 486, esse objetivo é claramente a proteção, a mais ampla possível, do proprietário.

69 Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 286.

70 Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 284, que afirma: “um dado porém é certo. Essa desconconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É esse o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”.

71 Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 350.

72 Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 350, nota 30.

73 Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal, que permite o despejo, para uso da sociedade, de um imóvel de propriedade do sócio único.

74 Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise da personalidade jurídica*, cit., p. 263.

75 Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 262.

como casos especiais, nos quais é maior o risco de confusão patrimonial.

O segundo e mais inovador aspecto da teoria de Müller-Freientfels, isto é, a crítica à concepção da personalidade jurídica como fenômeno unitário com relação a todas as normas que lhe devem ser aplicadas,⁷⁶ não é utilizado por J. L. Correa de Oliveira. O autor nega que se possa explicar a desconconsideração como um problema de imputação.⁷⁷ Procura, portanto, distinguir os casos em que há imputação de um fato próprio, os quais deveriam ser resolvidos através da aplicação de institutos civilísticos, da aplicação da teoria da desconconsideração, em que haveria responsabilidade por débito de terceiro.⁷⁸

Chegado porém o momento de definir os casos de desconconsideração em sentido próprio, Correa de Oliveira retomou ao conceito por ele anteriormente negado, admitindo que mesmo nessas hipóteses os problemas são frequentemente de imputação.⁷⁹ A única diferença real para o autor entre desconconsideração e mera imputação de atos parece, portanto, residir no fato de que nos casos de desconconsideração ocorre imputação de responsabilidade por dívida alheia, o que não se verifica nos demais casos em que há imputação de ato próprio, com relação aos quais dever-se-iam aplicar os institutos civilísticos.⁸⁰

76 Cf. W. Müller-Freientfels, "Zur Lehre", cit., p. 529.

77 J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 610: "Desde logo, portanto, não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato".

78 Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., pp. 610-612.

79 Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 613, nota 82, em que afirma: "Os problemas ditos de 'desconconsideração' envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?".

80 O que parece ficar claro nos seguintes trechos:

"Para que se possa falar de verdadeira técnica desconconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista da obrigação: a responsabilidade subsidiária por dívida alheia" (p. 610).

Deixando por um momento de lado a discussão sobre a possibilidade de aplicação da teoria dualista à desconconsideração (o que se fará mais adiante), é importante ressaltar que permanece pouco claro o motivo da utilização dessa teoria por Correa de Oliveira. Com efeito, é ele próprio que aponta, no processo de desconconsideração, um modo de fazer prevalecer a "realidade sobre a aparência", identificando a pessoa que "realmente está a agir".⁸¹ Trata-se de afirmação muito mais próxima à imputação de uma atividade a uma determinada pessoa do que da responsabilidade sem dívida propugnada pela teoria dualista.

Na jurisprudência, fazem-se sentir fortemente as influências dessa impostação funcional-unitária da doutrina. Característico da jurisprudência brasileira é o valor paradigmático atribuído à pessoa jurídica, que fez com que a separação patrimonial seja frequentemente reafirmada e sua desconconsideração só seja admitida em presença de previsão legal expressa ou de comportamentos considerados fraudulentos.⁸² As decisões brasileiras não são, conseqüentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconconsideração (confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma), mas segundo o fundamento jurídico invocado para

⁸¹ "Se essa separação não é escrupulosamente mantida, poderá haver caso de imputação de ato ao controlador da sociedade — para fins de responsabilidade civil — ou mesmo (se em autêntica técnica desconconsiderante) de mera imputação de responsabilidade por dívida alheia sendo a dívida da sociedade e a responsabilidade (subsidiária) do controlador" (p. 611).

81 Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 613.

82 Cf., v.g., acórdãos do 1º TACiv/SP, respectivamente de 14.08.1973 e de 29.08.1973, in RT 456/151 e 457/141; preocupa-se em afirmar o valor da personalidade jurídica também o principal defensor da teoria legalista da desconconsideração, segundo o qual a desconconsideração só seria possível em presença de disposição legal expressa. Cf. C. Ramalheir, "Sistema de legalidade na desconconsideração da personalidade jurídica", in RT 586/9.

fundamentar a não-consideração da personalidade jurídica societária. Os casos mais recorrentes de desconsideção para fins de responsabilização são basicamente de dois tipos. Um primeiro grupo fundamenta a desconsideção em dispositivos legais: é o caso da desconsideção prevista na legislação trabalhista, a favor dos trabalhadores, e no Código Tributário Nacional, em favor da Fazenda, por débitos tributários da sociedade.⁸³

83

Com relação aos débitos fiscais, a responsabilidade funda-se no art. 135 do Código Tributário Nacional. A interpretação tradicional era no sentido de restringir a aplicação do dispositivo aos casos de dissolução irregular e comprovada fraude do sócio gerente. V. TJSP, j. em 17.04.1990, *in RT* 654/95, 1ª TACiv/SP, j. em 19.06.1987, *in RT* 620/122, expresso: "a penhora em bens particulares dos sócios só deve ser feita quando presentes condições excepcionais justificadoras (inexistência de bens da sociedade, conduta lesiva ao patrimônio alheio, dissolução irregular da sociedade etc.). A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideção da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio", v. também, nesse sentido, C. C. Orcesi da Costa, "Responsabilidade dos sócios pelas atividades da sociedade", *in RDM* 56/64.

Posteriormente, o legislador tem-se orientado no sentido de estender a aplicação do dispositivo, definindo impostos cujo simples não-recolhimento implicaria a responsabilização. É o caso da Portaria nº 99, de 5 de fevereiro de 1980 (DOU de 5.02.1980): "são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos débitos decorrentes do não recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Renda (IR) descontado na fonte (Decreto-Lei nº 1.736, de 20 de dezembro de 1979, art. 8º)". A jurisprudência incluiu, ao lado do IPI e do IR, as contribuições previdenciárias (v. STJ, j. 17.06.1992, *in RSTJ* 36/306, em que se responsabiliza o diretor presidente de uma sociedade anônima pelo referido débito).

A fundamentação desse tipo de decisão é que a infração à lei mencionada no art. 135 do CTN, caracteriza-se já no não recolhimento do imposto. É evidente que tal princípio, para que não implique um princípio geral de responsabilidade objetiva dos sócios (e diretores), incompatível com a regra geral de limitação de responsabilidade, deveria ser aplicado exclusivamente com relação ao(s) sócio(s) e/ou diretor que praticou o ato em infração à lei, ou seja, que determinou o não-pagamento. Não é essa, no entanto, a mais recente tendência jurisprudencial. Em acórdão de 28.12.1988, o Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Cam.) responsabilizou todos os sócios pelos débitos tributários, com base exclusivamente no fato de que uma alteração contratual não tinha sido registrada, transformando portanto a sociedade em irregular (RT 639/78) – e nota-se que aqui a referência é a qualquer tipo de tributo e não apenas aos mencionados acima.

Incluem-se ainda nesse grupo aquelas decisões que, no campo da responsabilidade civil, procuram um fundamento legal no sistema civilístico para justificar a desconsideção. Recorre-se às regras sobre a

Também o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento que, se confirmado, implicaria importante restrição ao princípio da limitação de responsabilidade nas sociedades com responsabilidade limitada: "assim, mesmo que dissolvida legalmente a sociedade, as obrigações remanescentes permanecem, momentaneamente, sob responsabilidade dos sócios" (j. em 5.08.1991, *in RT* 677/231).

Entretanto, tais decisões jurisprudenciais foram afastadas. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão ao afirmar, em diversos acórdãos, que a responsabilidade tributária do sócio-gerente não depende apenas do não recolhimento do imposto. Nesse sentido, v. alguns julgados: "É dominante no STJ a tese de que o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes" (AgRg no REsp, nº 346.109/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19/03/2002); "Os sócios-gerentes são responsáveis, por substituição, pelos créditos referentes a obrigações tributárias decorrentes da prática de ato ou fato evitado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, ou quando tenha ocorrido a dissolução irregular da sociedade, comprovada, porém, a culpa. 2. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal" (REsp, nº 724.077/SP, Rel. Min. Francisco Pechanha Martins, j. 20/10/2005); e "Tributário. Execução Fiscal. Redirecionamento para O Sócio-Gerente. Art. 13 da Lei nº 8.620/93. Matéria decidida pelo Acórdão Recorrido sob Enfoque Constitucional. Art. 135, III, do CTN. Dissolução Irregular da Sociedade. Inadimplemento da Obrigação de Pagar Tributos. (...) 2. Se o Tribunal de origem se manifestou expressamente pela ausência de indícios de dissolução irregular da sociedade, a análise da violação ao art. 135, III, do CTN, importaria no revolvimento de aspectos fáticos e probatórios, o que é vedado no âmbito do recurso especial, consoante o enunciado contido na Súmula nº 7/STJ. 3. O mero inadimplemento tributário não configura violação à lei apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios. Precedentes" (REsp, nº 836668/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 3/8/2006).

Com relação às dívidas trabalhistas, existe a possibilidade prevista em lei, de responsabilização das demais sociedades componentes do grupo (de fato) – art. 2º, § 2º, CLT. Além disso, a jurisprudência, seguindo os passos das decisões exaradas em matéria tributária, tem permitido a responsabilização dos sócios, até mesmo independentemente da demonstração de fraude. V., nesse sentido, R. M. B. Carvalho, "Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por quotas de responsabilidade limitada", *in RDM* 73/27, com referências jurisprudenciais.

Nota-se finalmente que todas as decisões acima referidas, ainda que não fazendo qualquer distinção expressa entre tipos societários, foram proferidas em casos envolvendo sociedades por quotas.

nulidade, a anulação e o fim ilícito, contidas no Código Civil.⁸⁴ Nesse tipo de decisão a sociedade unipessoal é usada como âncora para os casos de desconconsideração. A desconconsideração é admitida por ser a sociedade tida como ficícia, com base normalmente na insignificância das participações remanescentes ou na existência de ligações de parentesco entre sócios majoritário e minoritário. A desconconsideração, nesse caso, é baseada na impossibilidade legal de exercício do comércio em nome individual com limitação de responsabilidade.⁸⁵

O segundo grupo de casos é aquele em que não existe qualquer fundamento legal – nem mesmo a analogia com a sociedade unipessoal –, a “ancorar” a desconconsideração. Nessa hipótese, procura-se demonstrar a existência de abuso ou fraude à lei no comportamento do sócio majoritário.⁸⁶

Finalmente, última característica da jurisprudência analisada é a pouquíssima frequência da desconconsideração das sociedades anônimas.⁸⁷ Tal postura é criticável.

84 Cf. C. Ramalheire, “Sistema da legalidade”, cit., p. 13.

85 V. acórdão de 8.05.1984, do TJRS, *in RT 592/172*; 1ª TACivSP, acórdão de 25.06.1985, *in RT 599/133*.

86 Critério para identificação do abuso é frequentemente a confusão patrimonial (v. acórdão de 3.03.1982, do 1ª TACivSP, *in RT 560/109*); com fundamento na fraude à lei superou-se a personalidade jurídica da sociedade e responsabilizou-se pessoalmente o sócio que tinha emitido um cheque sem fundos em nome da sociedade (v. TJRS, 5.04.1990, *in RT 654/182*). É importante notar que nesse caso se fala em desconconsideração para atribuição de responsabilidade em via principal, e não subsidiária, ao sócio único.

87 Em jurisprudência, diferencia-se frequentemente entre sociedade anônima e sociedade por quotas, dando-se claramente mais força ao princípio da limitação de responsabilidade na primeira do que na segunda forma. É o caso da *supra* referida decisão *in RT 639/78*, em que os sócios foram responsabilizados sob alegação de que se tratando de sociedade por quotas, que tem natureza pessoal (sociedade de pessoas), a inexistência de registro de alteração contratual transforma a sociedade em irregular – afirmação cuja coerência lógico-sistemática é impossível captar, já que a falta de registro tem como consequência a não-produção de efeitos perante terceiros e não a transformação de uma sociedade já constituída em irregular.

Como se verá mais adiante, a diferenciação das regras de responsabilidade segundo os tipos organizativos baseia-se na recíproca complementariedade entre regras organizativas e regras de responsabilidade. Isso fez com que, onde menos presentes as primeiras, mais deviam estar as últimas. A maior abrangência das regras organizativas nas sociedades anônimas poderia no máximo justificar a não-aplicação a elas de critérios objetivos de desconconsideração. Entretanto, não permite afastar em absoluto a desconconsideração (como parece ocorrer pela pouquíssima frequência dos casos), sobretudo em caso de atividade irregular ou fraudulenta.

É preciso notar, antes de concluir a análise da desconconsideração no Brasil, que o Código Civil de 2002 introduziu definição de desconconsideração da personalidade jurídica que contribui para colocar a questão da desconconsideração em moldes teóricos mais corretos. O art. 50 do Código Civil de 2002 dispõe que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administrados ou sócios da pessoa jurídica”.

b) O método da desconconsideração

Toma-se imperioso, então, para dar mais critério à aplicação jurisprudencial do novo dispositivo definir algo que se poderia chamar de “método de desconconsideração da personalidade jurídica”, algo muito bem incorporado, aliás, no referido dispositivo do Código Civil de 2002.

A desconconsideração entendida como *método* não pode ser confundida com uma aplicação da teoria dualista da obrigação, ou seja, da imputação da responsabilidade a pessoa diferente do devedor.

Importante para os defensores desse tipo de equiparação é, sobretudo, distinguir os casos de desconconsideração das soluções baseadas na aplicação do direito

civil.⁸⁸ Não pode ser esse o caráter distintivo da desconsideação. Em primeiro lugar, do ponto de vista metodológico parece bastante incorreto definir uma hipótese legal a partir da disciplina que não se quer (ou não se pode) aplicar.

Mas existe uma razão de fundo muito mais importante. Característica fundamental da responsabilidade sem dívida é a possibilidade de ressarcimento do sujeito obrigado a pagar perante o devedor.⁸⁹ Nas hipóteses de desconsideação aventadas, evidentemente não é possível imaginar a possibilidade de ressarcimento do sócio perante a sociedade. Até mesmo do ponto de vista equitativo. Basta pensar que, uma vez admitido o regresso do sócio contra a sociedade, essa seria onerada por uma situação que teve como beneficiário apenas o acionista controlador.⁹⁰

Não é esse, portanto, o elemento distintivo da desconsideação. Nela, o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato mas de uma atividade abusiva. Trata-se da *responsabilidade societária*, que não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da *atividade lesiva*. Assim, em uma sociedade isolada, a desconsideação atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou seus ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconsideação.

Nota-se, portanto, que o elemento característico do *método* de desconsideação da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na *atividade societária* e não em um determinado ato. Assim, por exemplo, na confusão de esferas no abuso de forma ou no desvio de finalidade (todos termos consagrados na nova definição do art. 50 do Código Civil de 2002). Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se através de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconsideação da personalidade jurídica.

Apenas na ausência de participação da organização societária aplicar-se-iam os institutos civilísticos em detrimento da teoria da desconsideação. Exemplo típico é a teoria da aparência. Ali, trata-se de ato (ou sequência de atos) atinente às relações externas da sociedade, em que não há participação da organização societária.

Outra característica do método da desconsideação é seu caráter casuístico. A vantagem da desconsideação é exatamente a flexibilidade, que permite modelar a separação patrimonial. Uma regra geral de responsabilidade pode influir sobre a caracterização tipológica da sociedade dentro do sistema societário, não sendo, no entanto, manifestação do método de desconsideação da personalidade jurídica. Além disso, uma regra geral de desconsideação pode causar sério desestímulo à assunção de risco empresarial, com graves consequências sobre a atividade econômica (v. *infra* itens c e ss. desta Nota de Texto). Evidentemente, a avaliação casuística não pode ser feita sem parâmetros. Em forma aproximativa, pode-se dizer que os parâmetros são aqueles mesmos que foram presumidos para a atribuição da personalidade jurídica, ou seja, é necessário demonstrar, *a contrario sensu*, que a organização criada não foi suficiente para garantir a existência de um centro de de-

88 Nesse sentido, J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 611.

89 Cf. F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, cit., p. 212.

90 A iniquidade é mais clara na sociedade pluripessoal, por causa da coexistência dos interesses dos sócios minoritários, mas existe também na sociedade unipessoal, bastando para isso admitir-se a concepção institucionalista.

ções autônomo. Isso pode ocorrer em uma série de situações.

Não só a *fantispecie*, mas também a disciplina da desconsideração é específica. A primeira característica da disciplina, decorrente da negação do dualismo, é que o sujeito atingido pode ser responsabilizado em via principal pelo credor. É devedor e não apenas garante ou responsável. Conseqüentemente, é impossível o exercício de direito de regresso contra a sociedade (ou o sócio). A desconsideração também não implica qualquer alteração nas esferas co-envolvidas. É o que o Código Civil de 2002 expressou ao afirmar no art. 50 que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações” devem ser estendidos aos bens particulares dos administradores. Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico. Nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. Ou seja, verna pessoa jurídica um centro de imputação de direitos e deveres, como fazem com correção os seguidores de Müller-Freienfels, permite utilizar a desconsideração como meio até mesmo de evitar um pedido de falência, preservando a empresa.⁹¹ É possível desconsiderar a pessoa jurídica para um determinado fim, preservan-

91 Deve ser reafirmado com veemência o possível contra argumento de que mais consciente seria o reconhecimento da desconsideração em processo de conhecimento tendo como fundamento garantias processuais (como o contraditório). Na verdade, é ressaltado que essas garantias existem no processo de execução com a óbvia vantagem nesse último da celeridade. O contraditório não se realiza só em embargos (do executado ou de terceiro). Trata-se de princípio aplicável e aplicado ao próprio processo executivo (v. por todos C. R. Dinamarco, *Execução Civil*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 164 e ss., para quem a execução para ser qualificada como processo precisa de contraditório. Em suas palavras: “Um procedimento em que umas das pessoas compareça como mero sujeito passivo não é sequer *processo*” – p. 167, invocando com razão texto constitucional, art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal – em auxílio de sua tese – p. 175). Assim, a defesa do sócio sobre bens a desconsideração recairia sobre e deve ser feita no próprio processo de execução, do qual se tornará necessariamente parte.

do-a quanto aos restantes (o que seria inviável para os adeptos da teoria unitarista, ao menos em sua forma pura). De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé.

Finalmente, a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo.⁹² Essa característica, aliada ao supracitado caráter substitutivo da desconsideração em relação à falência, tem uma conseqüência importantíssima. A desconsideração não precisa ser declarada ou obtida em processo autônomo. No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade, o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora de bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). A desconsideração nesse caso, além de atender melhor aos próprios interesses do credor, que seguramente não pretenderá sujeitar-se ao concurso falimentar com os demais credores, tem conseqüências benéficas para a comunidade, na medida em que evita a falência.

c) *Análise econômico-jurídica da desconsideração*

Tão profundos são os efeitos da desconsideração que é necessário, para completar sua análise, determinar seus efeitos econômicos e jurídicos.

92 Poder-se-ia tentar argumentar que com o processo de recuperação da empresa introduzido pela nova legislação falimentar, a justificação da utilização da desconsideração como forma de preservação da empresa perderia sustentação. Essa argumentação carece, no entanto, de fundamento. Como discutido *verbo* (nota de rodapé n° 10), a desconsideração da personalidade jurídica, aplicada antes ou durante o processo falimentar, especialmente se de acordo com o método de desconsideração ora proposto, permite liberar a sociedade de obrigações e relações jurídicas a ela não imputáveis, aumentando, portanto, as chances de recuperação.

Trata-se, portanto, aqui de análise econômica em sentido próprio, que visa a análise de resultados e não a definição do direcionamento legal (como querem as correntes mais ideológicas e dogmaticamente mais frágeis da análise econômica do direito).

Em um campo como esse, parece imprescindível fazer uma análise jurídico-econômica das consequências de um método casuístico como o acima definido. Evidentemente, trata-se de verificar quais são os custos em termos de perda de segurança nas relações que um método cuja aplicação é "*rare, severe and imprincipled*",⁹³ bem como os meios para combater ou minimizar esses custos.

d) *Responsabilidade limitada e livre mercado*

Os estudos originais sobre os custos da responsabilidade limitada e de sua desconsideração foram feitos pela Escola de Chicago, em particular por R. A. Posner. Para ele, a responsabilidade limitada encontra sua justificativa econômica no negócio jurídico realizado entre credor e sociedade.⁹⁴ O credor assume o risco da responsabilidade limitada (ou da ausência de responsabilidade dos sócios), exigindo uma contraprestação por isso, consistente na taxa de risco e traduzida normalmente em juros mais elevados.

Dois são os pressupostos de tal teoria: em primeiro lugar, a plena informação de todos os agentes e, em segundo, a hipótese de que os agentes, informados, possam negociar com a sociedade.

Posner, atento ao primeiro problema, considera necessário diminuir os custos de informação e de supervisão da manutenção do capital social por parte dos credores. Pensa em regras de publicidade dos atos sociais que possam permitir melhor informação para terceiros.

A admissão como dado do segundo pressuposto deriva diretamente de sua concepção liberal, que presume um mercado em concorrência perfeita e ampla possibilidade de negociação. Por isso, admite uma exceção apenas para os credores que de direito e de fato não negociaram com a sociedade, ou seja, os credores oriundos de atos ilícitos (delitos civis) praticados pela sociedade.⁹⁵

Dentro dessa perspectiva do autor, a desconsideração parece agir negativamente sobre a expectativa das partes e sobre os riscos que assumiram e pelos quais foram remunerados. Dessa forma, dever-se-ia admitir a desconsideração em benefício dos credores negociais apenas em casos excepcionais, nos quais o abuso cria um risco adicional, não previsto pelas partes.⁹⁶

O tratamento de ambos os pressupostos na teoria de Posner tem sido objeto de cerrada crítica na doutrina mais recente. Duas são as vertentes principais.

e) *Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita*

Uma primeira vertente, ainda vinculada à visão econômica liberal, aceita a justificativa principal de Posner para a responsabilidade limitada, ou seja, a livre negociação dos riscos entre as partes. Argumenta, no entanto, que a realidade dos credores que se apresentam na falência é muito diversa da imaginada pelo autor. Trata-se, em sua maioria, de credores pequenos e não-profissionais, para os quais os *custos de informação* (i. e., de obtenção de informações sobre a sociedade) são muito altos e que, ainda que informados, não teriam condições de negociar com a sociedade, exatamente por seu pequeno poder de barganha.⁹⁷

A segunda e hoje predominante linha doutrinária, pelo menos em ambientes não influenciados pelas idéias liberais da Escola de Chicago, ataca a premissa básica da teoria de Posner.

93 A frase, com certa dose de exagero, é de F. Easterbrook e D. Fischel, "Limited liability and the corporation", in *University of Chicago Law Review* 52/89.

94 Cf. R. A. Posner, "The rights of creditors of affiliated corporations", in *University of Chicago Law Review* 43/501.

95 Cf. R. A. Posner, "The rights of creditors...", cit., pp. 507-508.

96 Cf. R. A. Posner, "The rights of creditors...", cit., pp. 524 e ss.

97 Cf. J. L. Landers, "Another word on parents, subsidiaries and affiliates in bankruptcy", in *University of Chicago Law Review* 43/529.

Para essa corrente, a justificativa de Posner para a responsabilidade limitada, i. e., a livre negociação entre as partes, exige que sejam feitas várias distinções. A primeira, óbvia, entre credores de contrato e de delito. Mas mesmo dentro do grupo de credores contratuais, é necessário destacar dois tipos de credores que já à primeira vista não podem estar sujeitos aos princípios gerais formulados por Posner: os fornecedores, que por sua dependência da sociedade (sobretudo quando essa é de grandes dimensões) não têm condições de negociar taxas de risco; e os empregados, tratados na falência como credores, mas que são na realidade os maiores interessados na sorte da sociedade, aos quais de toda forma não é permitido negociar tal risco.⁹⁸

Mas o dado mais interessante e forte contra a teoria de Posner parece ser o prático, levantado por seus críticos. A análise evolutiva das taxas de juros bancários não demonstra uma diferença entre taxa de risco exigida pelos bancos para as sociedades com e sem responsabilidade limitada.⁹⁹

Derrubado o principal pressuposto da teoria de Posner, a livre negociação dos riscos entre as partes, resta determinar qual a justificativa da responsabilidade limitada em um sistema que admite expressamente a existência de profundas imperfeições no mercado.

Para isso, é necessário analisar um dos pressupostos básicos da Escola de Chicago para orientação das normas jurídicas, o chamado *princípio da eficiência*. Segundo esse princípio, as normas jurídicas são “eficientes quando permitem a maximização da riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico”.¹⁰⁰ Em termos econômicos, essa defini-

ção liberal de eficiência consiste na negação da definição de eficiência de Pareto, segundo a qual uma solução é eficiente quando traz vantagens a um dos participantes sem prejudicar os outros. O fundamento é a afirmação da insustentabilidade da definição de Pareto em um sistema de direito privado, cuja idéia básica é a autonomia da vontade e não a igualdade.¹⁰¹

Como solução, invoca-se o teorema de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma solução é injusta apenas quando o ganho dos favorecidos supera a perda dos prejudicados e os primeiros não estão prontos a indenizar os últimos. É importante destacar que, para os defensores dessa teoria, a indenização é potencial e não necessariamente real, ou seja, basta que teoricamente haja ou possa haver indenização. Evidentemente, um teorema assim formulado é absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização de riqueza (ou eficiência).¹⁰²

O argumento básico contra esse tipo de teoria é que um princípio geral de maximização de riqueza leva necessariamente à transferência de riquezas àqueles que possuem maior poder de barganha nas transações, ou seja, àqueles que já possuem riqueza. Conseqüentemente, a teoria da eficiência levaria à concentração de riquezas.¹⁰³

101 V. F. Kibler, “Effizienz als Rechtsprinzip”, loc. cit.; R. Posner, “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, in *The Journal of Legal Studies*, 1979, pp. 116-117.

102 Cf. A. Kromman, “Wealth maximization”, cit., p. 238.

103 Um exemplo muito claro de Kromman demonstra a injustiça de que pode levar a adoção de uma tal teoria: “Assume that no one owns anything, even his body or labour power, and that the rights to all his things are held in trust by an auctioneer who proposes to sell the various entitlements he holds to the highest bidder. The outcome of the auction is certain to satisfy the principle of wealth maximization since each right will be assigned to the person willing and able to pay the most for it. But how can people bid at the auction before they have any rights and therefore any wealth? Since no one owns anything, a bid can be nothing more than a promise to pay for something out of the anticipated future income which the bidder hopes to realize from its use. Let us assume the auctioneer is prepared to extend credit to each of the bidders by assigning them rights before the rights have been paid for (in the same way a seller of goods

98 Cf. G. Roth, “Zur economic analysis der beschränkten Haftung”, in *ZGR* 1986, p. 375.

99 Cf. “Stellungnahme von M. Lehmann”, sobre o artigo de Roth, in *ZGR* 1985, p. 382.

100 Cf. A. Kromman, “Wealth maximization as a normative principle”, in *The Journal of Legal Studies*, 1980, p. 232; F. Kibler, “Effizienz als Rechtsprinzip”, in *Festschrift Steindorff*, Berlin-Nova Torque, de Gruyter, 1990, p. 694.

Parece fundamental, portanto, buscar um caminho intermediário que permita aliar à eficiência a justiça distributiva.¹⁰⁴ A esse último valor deve-se atribuir obviamente muito mais importância relativa em países de acentuadas desigualdades sociais e mais ainda naqueles casos em que as consequências das diversas alternativas com relação à maximização e alocação de riquezas são incertas. Foi baseado em um raciocínio muito semelhante que o *Bundesversammlungsgesetz* alemão afirmou a constitucionalidade da lei de participação operária nas empresas, afirmando em suas razões que era duvidosa e não demonstrada a perda de eficiência das empresas em função da co-gestão operária.¹⁰⁵

Segundo essa teoria, portanto, o direito não deve assumir uma atitude neutra em relação ao mercado, mas sim

might extend credit to the buyer). Of course the amount of credit the auctioneer extend to a particular bidder bidding on a particular entitlement will depend upon the auctioneer's estimate of the magnitude of the income which the asset in question is likely to generate if this ownership is given to the bidder rather than another."

O resultado é que, segundo o autor, os créditos dirgir-se-ão àqueles naturalmente mais dotados. Esses seriam os resultados de seu hipotético leilão: "Even in the hypothetical auction designed to allocate rights of the most basic sort, the principle of wealth maximization works to accentuate, rather than temper, nature's prior distribution of advantages and disadvantages. These advantages and disadvantages are not themselves entitlements. They do not become entitlements until the auction is concluded. For that reason they cannot be eliminated by simply wiping away the legal landscape and returning to the imaginary state in which no one yet owns anything at all" (p. 242).

Os resultados absurdos a que pode levar a teoria da maximização de riquezas ficam claros quando se observa que Posner admite expressamente que a própria escravidão encontra justificação, em casos extremos, na maximização da riqueza (v. R. Posner, "The ethical and political basis of efficiency norm in Common Law", apud A. Kronman, "Wealth maximization", cit., p. 42). A consequência seria concluir que a norma que impõe a escravidão é eficiente e defensável do ponto de vista jurídico.

nele influir, tentando minimizar os desequilíbrios existentes.

f) Desconsideração como forma de redistribuição de riscos

Negado o teorema de Kaldor-Hicks, desaparece a justificativa encontrada por Posner para a responsabilidade limitada. Com efeito, é o princípio da eficiência que justifica para Posner a responsabilidade limitada. Para ele, admitida a livre negociação entre as partes, prejuízos eventualmente causados aos credores pela limitação de responsabilidade encaixam-se perfeitamente na ideia liberal de maximização de riquezas.

Já em uma visão que procure equilibrar a eficiência com a justiça distributiva (elemento que para Posner, como para Smith, é obtido pela mão invisível do mercado), é preciso buscar outras justificativas para a responsabilidade limitada.

Ao contrário da teoria liberal, passa-se a ver na regra da responsabilidade limitada a exceção. Trata-se de uma exceção que leva a externalidades negativas em caso de falência, mas que se justifica na necessidade, absoluta do ponto de vista macroeconômico, de proporcionar aos agentes uma porta de saída do mercado sem custos insuportáveis (como são aqueles da ruína pessoal).¹⁰⁶ A responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador.

Conseqüentemente, a desconsideração, segundo essa visão, não interfere (negativamente) em uma distribuição de riscos livremente negociada entre as partes, mas apenas redistribui os riscos, retomando a repartição de-

104 Cf., nesse sentido, G. Calabresi, "About law and economics: a letter to R. Dworkin", in *Hofstra Law Review*, 1980, p. 558.

105 V. o famoso *Mitbestimmungsurteil*, de 01.03.1973, in *B VerfGE* 50, pp. 290-322, comentada por F. Kibbler, "Effizienz als Rechtsprinzip", cit., p. 700.

106 Cf. M. Lehmann, "Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff in Gesellschaften - und Konzernrecht - eine juristische und ökonomische Analyse", in *ZGR*, 1986, p. 352.

sejada pelo legislador. Ou, mais claramente, a descon sideração enquadrada-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de *free-rider*. Como *free-rider* define-se o agente que quer gozar das vantagens, mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento.¹⁰⁷ O ordenamento deve intervir, conseqüentemente, para eliminar esses abusos e reprimir a distribuição de riscos original. Essa perspectiva intervencionista (que vê no direito não um corpo de regras que devam buscar a neutralidade do ponto de vista econômico, mas sim que devam influir nos desequilíbrios naturalmente criados pelo mercado) facilita a aplicação mais ampla da descon sideração. A própria descon sideração atributiva torna-se aceitável, desde que existam razões econômicas (v.g. a proteção dos interesses de grupos particularmente fracos etc.) a justificar uma diversa distribuição dos riscos (o que claramente não seria aceitável na visão liberal).

g) *Recepção legislativa das teorias no Brasil*

No Brasil, destaca-se a recepção tardia e ainda apenas parcial dessa teoria *intervencionista*, sem dúvida mais adaptável a sua realidade econômica.

A lei acionária de 1976 adotou plenamente a teoria de Posner. A responsabilidade limitada nos grupos de direito e nas sociedades unipessoais (subsidiárias integradas), desacompanhada de qualquer regra especial de organização interna ou de descon sideração, é justificada pelo legislador com base na livre negociação realizada entre credor e devedor, afirmando-se que o credor normalmente exige garantias pessoais do sócio ou da sociedade

de controladora.¹⁰⁸ É pressuposta, evidentemente, a existência de um poder de negociação entre as partes. O resultado é o prejuízo da grande massa de pequenos credores que, como visto, não têm condições de negociar com a sociedade.

Apenas no Código de Defesa do Consumidor nota-se uma menor preocupação com a neutralidade das leis e sua utilização com função substitutiva (*Ersatzfunktion*) nas relações em que o mercado em si não consegue estabelecer um equilíbrio entre as partes. O art. 28 prevê uma série de razões para a descon sideração: abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, ou liquidação da sociedade por má administração. Os §§ 2º ao 4º impõem a responsabilidade subsidiária das sociedades de grupo controladas e consorciadas pelos débitos perante o consumidor sem qualquer demonstração de culpa. Finalmente, o § 5º contém uma fórmula geral, capaz de dar liberdade ao juiz, que prevê a descon sideração sempre que a personalidade jurídica for, de qualquer modo, um óbice ao ressarcimento dos danos causados ao consumidor.

A amplitude das hipóteses é incompatível com a tese liberal, mesmo admitindo-se o reconhecimento de uma maior dificuldade de informação por parte dos consumidores. Até porque o Código amplia grandemente o acesso à informação, diminuindo fortemente seus custos. Se o pressuposto fosse liberal, bastariam as regras de informação, não sendo necessária a descon sideração.

Mais recentemente, como já observado, o Código Civil de 2002 (art. 50) adotou definição que, bem interpretada pela jurisprudência, poderá limitar ainda mais a aplicação da tese liberal em nosso país.

h) *Os limites da descon sideração*

Definiu-se acima um método de descon sideração que permite um certo grau de direção externa da sociedade.

107 Cf. M. Lehmann, "Das Privileg der beschränkten Haftung", cit., pp. 362-363.

108 V. Exposição justificativa do Ministro da Fazenda à Lei nº 6.404/76, cap. 21.

Viu-se também que esse método é totalmente compatível com a visão que identifica na desconconsideração forma de redistribuição de riscos entre empresa e os interesses por ela influenciados. É necessário, no entanto, sistematizar os limites à teoria da desconconsideração, todos já mencionados, sob pena de criar-se insegurança jurídica insuperável.

O primeiro e mais relevante é constituído pelos próprios requisitos objetivos necessários para a aplicação da teoria da desconconsideração. Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar da forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento.

Mas é possível ir mais adiante. Ambas as teorias sobre a análise econômica da responsabilidade limitada são úteis para determinar os limites da desconconsideração. Aqui, não se trata de preferir uma à outra, mas sim de utilizar os aspectos relevantes de cada uma delas.

Assim é que se podem individuar dois grupos de credores, cada um deles internamente heterogêneo, mas que podem sujeitar-se, sem grande risco de erro, aos pressupostos básicos de cada uma das teorias.

O primeiro grupo é composto pelos credores profissionais ou institucionais, geralmente instituições financeiras. Com relação a eles é possível pressupor a existência de livre mercado e livre negociação de riscos. Portanto, com relação a eles pode-se presumir a possibilidade de, com emprego da diligência normal do bom comerciante, informar-se sobre o risco envolvido na transação e, ao mesmo tempo, negociar esse risco com a sociedade. Nota-se, aqui, que basta a possibilidade efetiva de negociação. Se realmente essa negociação existiu ou não e se realmente foi cobrada uma taxa de risco é absolutamente irrelevante para a hipótese analisada.

O segundo grupo, ao contrário, é composto de todos aqueles credores aos quais não se pode aplicar a hipótese da concorrência perfeita. Nele estão compreendidos, portanto, tanto os credores de delito, que não negociaram com a sociedade, como os credores que tiveram a possibilidade teórica mas não efetiva de informar-se sobre a situação da sociedade – ou, em termos mais técnicos: não têm o dever de informar-se em face de seus escassos meios econômicos e do alto custo da informação.¹⁰⁹⁻¹¹⁰ E

109 Hoje parece ser conclusão pacífica a existência de diversos graus de diligência exigíveis segundo as possibilidades econômicas do sujeito. Não é mais compatível com a sociedade moderna a aplicação do grau médio de diligência do *bonus pater familias* como faziam os romanos e nem tampouco o conceito único de diligência do comerciante dos medievais. O critério de diligência a ser aplicado depende da possibilidade econômica do agente. Esse princípio já é há muito reconhecido na jurisprudência alemã (v. decisão do BGH, de 17.09.1958). Para afirmação do mesmo princípio na doutrina v. P. Buchmann, *Registrierpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmangelschiffahrt*, Frankfurt-Bern, Lang, 1984, que é expresso à p. 76: “*Erfahrungsgemäss sehen nicht alle, insbesondere weniger geschäftsgewandte Gläubiger (Kleingläubiger), vor Geschäftsausschluss das Handelsregister ein. Das gilt vor allen bei Geschäftsfäher geringeren Umfangs: Erst den Grossgläubiger ist es als Obliegenheitsverletzung anzurechnen, wenn er sich auf alle Firma verlässt und das Handelsregister nicht einseht*” (“A experiência demonstra que nem todos os credores, sobretudo poucos pequenos credores, verificam o registro comercial antes do fechamento do negócio. Sobretudo em caso de negócios de pouca monta. Apenas da parte do grande credor caracteriza-se o descumprimento de um dever quando ele confia na firma e não verifica os registros”).

É interessante notar que, na Alemanha, existe inclusive uma obrigação dos bancos de verificar a situação econômica do devedor nos empréstimos superiores a DM 50.000 (*Gesetz über das Kreditwesen*), obrigação que inclui, segundo a doutrina, também a verificação dos registros. V. P. Buchmann, *Registrierpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmann-Gesellschaft*, cit., p. 76, nota 53.

110 Uma aplicação parcial de tal princípio na jurisprudência brasileira pode ser encontrada na interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Desconsiderou-se a personalidade jurídica de uma sociedade imobiliária, com base no fato de que o nome da sociedade controladora figurava nos contratos de venda de imóveis como uma espécie de garantia dos negócios – ao menos essa era a impressão que poderia causar aos pequenos e desinformados compradores de moradias populares (já que não havia qualquer cláusula contratual expressa que o caracterizasse como garante). Desconsiderou-se a personalidade jurídica sem qualquer indício de fraude, apenas com base na ausência dos pressupostos para a manutenção da personalidade jurídica: no caso, tendo-se em vista sobretudo a diminuta possibilidade de informação dos pequenos compradores – cf. RT 63/1197, TJRS, J. em 11.05.1988.

também aqueles que, mesmo informados, não teriam condições de negociar com a sociedade.

Esse grupo é composto tipicamente por pequenos fornecedores e empregados. Os primeiros, sempre racionando-se em termos de *fatis specie* típica, não têm nem a obrigação nem a possibilidade de informar-se e, mesmo informados, não têm possibilidade de negociar *taxas de risco* com um cliente do qual na maioria dos casos dependem. Quanto aos últimos, claramente não lhes é possível informar-se nem muito menos negociar *taxas de risco* com os empregadores. Mesmo em presença de poderosos sindicatos, que podem fazer presumir a possibilidade de uma negociação coletiva, a íntima ligação entre sucesso da empresa e destino dos empregados faz com que a negociação de uma taxa de risco seja pouco provável. Ao contrário, a experiência demonstra que, em situações de crise, é comum a concordância dos sindicatos com mudanças desfavoráveis aos trabalhadores.

Essa distinção entre credores tem influência direta sobre a desconsideração. Em face dela, pode-se sustentar uma aplicação mais restritiva da desconsideração com relação àqueles credores, como os credores institucionais (profissionais) que têm o dever de verificar a situação econômica do devedor e têm a possibilidade de negociar uma taxa de risco. O mesmo deve ser dito com relação a outros credores, se do contrato pode-se depreender claramente a existência de um controle prévio das condições econômicas do devedor e a assunção do risco. Nesse caso, será admissível a desconsideração apenas com base em um aumento superveniente e imprevisível dos riscos, de modo a modificar substancialmente a situação inicial.

Assim, a desconsideração não será mais do que uma re-
pristinção da distribuição de riscos pretendida pelas partes, um caso, portanto, de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* com relação à solvabilidade do devedor. Ficaria afastada nesse caso, por exemplo, a possibilidade de desconsideração baseada em capitalização insuficiente, pois essa consistiria numa condição já existente e ve-

rificável no momento da conclusão do contrato. Mesmo a confusão patrimonial deverá ficar afastada como critério de desconsideração caso se demonstre que sua existência ou probabilidade era conhecida dos credores no momento da contratação.

Com relação ao segundo grupo, no entanto, a desconsideração poderia basear-se em qualquer fato já existente no momento da contratação ou mesmo, caso o objetivo da norma a ser aplicada justificasse, na própria necessidade de imputar uma determinada relação também ao sócio. A idéia da desconsideração como forma de redistribuição de riscos objetivada pelo legislador (e não pelas partes) – cf. *supra* item f desta Nota de Texto – ganha aqui então plena aplicação.

É importante notar que essa versão diferenciada da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser vista como recepcionada pelo art. 50 do Código Civil de 2002. A referência ao abuso da personalidade jurídica do previsto é plena de conteúdo.¹¹¹ Abuso de personalidade jurídica há (como visto *supra* item g desta Nota de Texto) quando a personalidade é usada de maneira estratégica de forma a externalizar riscos e não como proteção última contra a falência pessoal. Ora, utilização estratégica (e abusiva) não haverá caso menor grau de separação patrimonial sócio-sociedade tenha ou pudesse ter sido levado em conta pelo credor. Assim, credores patrimoniais que negociaram e cobraram pelo risco de menor separação de esferas não foram vítimas de abuso da personalidade jurídica. O mesmo não se pode dizer de credores incapazes de conhecer ou negociar riscos. Para eles, qualquer infringência à separação patrimonial sócio-sociedade caracterizará abuso da personalidade jurídica.

111 Exatamente como ocorre no art. 173, § 4º, da Constituição Federal, desvio de finalidade e confusão patrimonial só geram desconsideração se caracterizadoras do abuso de personalidade jurídica prevista no início do dispositivo. A caracterização desse abuso é então elemento central para a aplicação da regra do art. 50 do Código Civil de 2002.

140. Além dessa admissibilidade *in genere*, da desconsideração da pessoa jurídica, quando demonstrada a confusão de patrimônios, a lei deveria, a nosso ver, regular também a questão específica dos empréstimos do controlador à sociedade controlada, fonte de litígios célebres, como vimos. Entendemos que, vindo a faltar a sociedade controlada, seriam de se considerar ineficazes *pleno jure*, contra a massa, as garantias reais ou os privilégios eventualmente ligados ao crédito do controlador mutuable, que passaria, portanto, a concorrer, em igualdade de condições, com os credores sociais simplesmente quirográficos. Sobreleva, aí, a consideração da insuficiência de capital, que a jurisprudência norte-americana assinala, com razão, como um dos fundamentos da teoria do *lifting the corporate veil* perante terceiros. Um dos deveres do controlador, em relação aos credores sociais, é o de prover adequadamente a companhia de capital, tendo em vista o fato de que este representa a principal garantia do passivo social. Nessas condições, se a sociedade necessita de um incremento de recursos próprios, para continuar a exercer, satisfatoriamente, a sua atividade empresarial, não compete ao controlador fazer-lhe empréstimos, mas subscriver e integralizar aumentos de capital. Ao colocar-se na posição de credor mutuable, e não de subscritor de novas ações, ele quis, sem dúvida, furta-se ao risco do investimento. Mas este constitui uma das regras essenciais do jogo. A lei não pode coonestar a sua supressão.

141. Problema diverso é o da responsabilidade do chamado sócio oculto. Já vimos que um credor social pode passar a controlar, de fato, uma sociedade, com ou sem objetivo de obter satisfação de seu crédito.¹¹²

Nota de Texto 84 A questão que então se coloca é se é possível caracterizar a figura do sócio oculto simplesmente com a detenção do poder de controle.

Parece necessário, no mínimo, a ela aliar a efetiva percepção de dividendos. Por uma razão bem simples.

Na sociedade moderna, fundamental para a caracterização da condição de sócio não é o poder de influir na gestão social. A perda de importância dessa faculdade decorre diretamente da dissociação entre propriedade e poder de gestão na sociedade anônima, já encontrável

nas antigas sociedades em comandita, mas que se generalizou nos tempos modernos por meio da criação das chamadas ações preferenciais.

Assim, é preciso que o agente tenha auferido proveitos na forma de lucros para caracterizar a sua condição de sócio e, portanto, a sociedade de fato. A mera gestão, como controlador externo, pode equipará-lo, para fins de responsabilidade ao administrador mas não ao sócio (oculto).

Vindo a faltar a devedora, põe-se a questão da responsabilidade do controlador pelo passivo fallimentar.

A esse respeito, W. Ferreira manifestou uma opinião singular, que já foi acolhida em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.¹¹³ Sustentou que “não há falar em sócios ocultos quando as sociedades se constituem por escrito e arquivam os seus contratos ou atos constitutivos no Registro do Comércio. Se terceiros se propõem a auxiliá-las monetariamente, percebendo parte de seus lucros, têm-se o mútuo e a usura quiçá. Não sociedade, propriamente dita. Quando muito, a sociedade em conta de participação. De qualquer modo, sócios ocultos não são. Sócios somente podem ser os mencionados no contrato devidamente arquivado”. E invocou, em abono de sua doutrina, o disposto no art. 302 *in fine* do Código Comercial (já revogado), pelo teor do qual “toda a cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato, é nula”.¹¹⁴

Esse último dispositivo legal era, já na época, totalmente impertinente à questão. A lei veta, aí, que os sócios se prevaleçam de cláusulas não lançadas no instrumento contratual, e portanto não publicadas pelo arquivamento na Junta Comercial, quer em litígio entre si, quer contra terceiros. Mas não obsta à pretensão executória contra os que passaram a agir como sócios de fato, da própria sociedade.

Este, na verdade, o ponto saliente. O sócio oculto, pessoa física ou jurídica, não entra nem pode entrar a fazer parte de sociedade regular. Ele cria uma sociedade de fato com ela, sócia ostensiva.

113 5ª Câmara Civil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Civil nº 152.893, Relator Gonçalves Santana, RT 372/136.

114 W. Ferreira, *Tratado de Direito comercial*, cit., vol. 14, pp. 149/150.

E a responsabilidade de ambos é solidária e ilimitada. Por isso mesmo, não tem cabida a afirmação de Pontes de Miranda¹¹⁵ de que “a responsabilidade dos sócios ocultos depende da qualidade de sócio que lhes corresponde”, sendo que a dos ocultos, simétricos a sócios ostensivos, é solidária; enquanto “a responsabilidade do sócio oculto, que participa da sociedade como comanditário”, é a de comanditário”. Se assim é, o sócio oculto de uma companhia jamais responderia na falência desta, pois o acionista não pode ser executado por débitos da sociedade.

Por aí se percebe quão insegura é a doutrina brasileira nessa matéria.

Nota de Texto 85 Na verdade, existe um princípio geral de responsabilidade do sócio oculto. Esse princípio já vinha previsto nos arts. 304 e 305 do Código Comercial (já revogados), que estabeleciam a responsabilidade pessoal dos sócios nas sociedades de fato e nas sociedades irregulares. O Código Civil de 2002 veio a consagrar princípio mais amplo na matéria, prevendo em seu art. 990 a responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios – excluídos quanto à subsidiariedade os sócios que por ela contrataram – desse tipo de sociedade (ao qual é de se equiparar o sócio oculto da sociedade anônima). É exatamente a previsão de subsidiariedade cumulada com o desaparecimento na nova lei de falências de dispositivo expresso sobre a responsabilidade do sócio oculto (que era prevista expressamente no art. 6º do revogado Decreto-Lei nº 7.661/45) que cria um problema exegético a ser resolvido. Não é mais possível durante o processo falimentar discutir a responsabilidade do sócio oculto. Entretanto, subsistindo o princípio geral de responsabilidade e sua previsão expressa no art. 990 do Código Civil, é de se entender que, findo o processo falimentar e restando credores insatisfeitos (por insuficiência ativa da empresa falida), podem esses intentar ação contra o controlador externo, sócio oculto, para reaver seus créditos. Para isso será necessário demonstrar, no entanto, a efetiva existência da sociedade de fato entre controlador externo e empresa

falida, comprovando-se inclusive a repartição com esse de benefícios da atividade social.

B) No Grupo Econômico

142. Em matéria de grupo econômico, igualmente, a jurisprudência de alguns países admite a extensão da responsabilidade da sociedade controlada à *holding*, e vice-versa, invocando a confusão de patrimônios.¹¹⁶

Também aqui, os tribunais norte-americanos aplicam o critério da subcapitalização para superar a barreira da personalidade jurídica. Assim, por exemplo, no caso Luckenbassch S. S. Co. v. W.R. Grace and Co. Inc., uma companhia, com o capital de 800 mil dólares, possuía uma frota de navios, no valor de vários milhões de dólares, que fretava a uma sociedade subsidiária, cujo capital não ultrapassava 10 mil dólares. Os tribunais admitiram que credores da controlada executassem seus créditos contra a *holding*.¹¹⁷

Na Alemanha Federal, a confusão de patrimônios entre sociedades do mesmo grupo econômico é considerada manifestação do princípio proibitivo do *venire contra factum proprium*: quem desrespeita, na prática, a separação patrimonial consequente à personalização das sociedades não pode, depois, invocar essa mesma separação para pôr seus bens pessoais ao abrigo das execuções de credores sociais.¹¹⁸

143. Outro critério frequentemente utilizado, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, para desconsiderar a autonomia jurídica de sociedades componentes de um grupo econômico, é o da confusão aparente de personalidades. Não apenas a confusão interna – isto é, quando os administradores são comuns, as assembleias gerais reúnem-se no mesmo local e, praticamente, no mesmo horário; as empresas possuem departamentos unificados e os empregados recebem ordens, indistintamente, de várias administrações, não sabendo ao certo para quem trabalham – mas também a confusão externa, ou seja, a sua apresentação perante terceiros.

116 O Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo um litígio a respeito de sequestro de ações, declarou, textualmente, que “sociedade pertencente a uma companhia *holding* não se considera terceiro em relação às demais componentes da mesma companhia” (6ª Câm. Civil, Apelação Cível nº 175.845, Relator Torres de Carvalho, RT 405/133).

117 Mas o Tribunal enleou-se, no caso, numa distinção artificial entre relações internas ao grupo econômico e relações com terceiros, de modo a não sacrificar (aparentemente) o princípio da personalidade jurídica, ao qual nos encontramos ainda muito apegados.

118 Luckenbassch S. S. Co. v. W. R. Grace and Co. Inc., 267 Fed. 676 (4th. Cir.), 1920.

118 Cf. M. Lutter, “La responsabilité civile dans le groupes de sociétés”, cit.

Num aresto de 1929, a Corte de Cassação francesa declarou que “duas sociedades cuja razão social é praticamente idêntica formam uma só e mesma realidade, notadamente se possuem a mesma sede social, as mesmas sucursais, o mesmo número de telefone e a mesma assinatura em sua correspondência”.¹¹⁹ A Corte de Poitiers, por sua vez, admitiu a existência de confusão patrimonial, para o efeito de estender a responsabilidade pelos débitos de uma sociedade a outra, entre duas companhias de estradas de ferro. Declarou, para tanto, que elas eram administradas pelas mesmas pessoas, nos mesmos locais, e possuíam as mesmas oficinas, as mesmas ferramentas, uma reserva comum de gasolina, de óleo e de peças de reposição; que, ademais, se utilizavam dos mesmos veículos, mediante simples troca de placas.¹²⁰

Da mesma sorte, num caso envolvendo duas companhias ferroviárias, um tribunal americano admitiu a mesma solução.¹²¹ A sociedade controlada não tinha horários próprios, mas seguia os fixados pela controladora. Os pedidos de indenização contra a subsidiária eram, geralmente, apresentados, de início, a um preposto na *holding*, para exame prévio. No caso Joseph R. Foard Co. v. State.¹²² verificou-se que a sociedade controladora pagava, regularmente, as faturas emitidas contra a filial. Os prejuízos desta figuravam, promiscuamente, na conta de resultados da controladora, que tratava diretamente com terceiros assuntos concernentes à controlada.

144. Não se pode negar, entretanto, que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de “economias internas de escala”, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX. Todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os acompanha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada, em todos os setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica. A chamada empresa multinacional nada mais é do que uma constelação de empresas, ope-

rando em vários países, sob legislações diversas, mas perseguindo, sempre, uma única política global.

O Direito não pode, portanto, ignorar essa realidade insuprimível e irreversível, mas deve discipliná-la em função dos múltiplos interesses em jogo, procurando aquela harmonia e proporção, insitas na própria ideia de justiça.

Já vimos, no capítulo anterior, que a proteção aos interesses dos não-controladores no grupo econômico passa por uma certa desconsideração da personalidade jurídica das sociedades componentes. Aqui, também, no que tange à proteção dos terceiros credores, a via a seguir é a mesma.

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

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

145. A fuga a esse dilema consiste na criação do direito dos grupos econômicos, como sistema complementar do direito societário tradicional.

O legislador alemão deu exemplo, nessa matéria, desde a lei anterior de 1937. O atual diploma legal, de 1965, distingue, para o efeito da proteção dos interesses dos credores sociais, três situações: a do grupo econômico regularmente constituído pela celebração de um “contrato de empresa”, a do grupo econômico de fato e a da sociedade subordinada (*eingegliederte Gesellschaft*).

Quanto ao grupo econômico contratual, a solução escolhida pelo legislador germânico, para proteger os interesses dos terceiros credores, foi a de obrigar a sociedade dominante a, de um lado, constituir reservas de garantia adequadas na subsidiária e, de outro, a absorver os prejuízos verificados nos balanços desta. Tendo em vista que o funcionamento do grupo tende a alterar não apenas a distribuição de lucros em cada sociedade integrante, mas também a própria apuração de resultados, a lei impõe, nas sociedades submetidas a um contrato de dominação ou de transferência de lucros, a complementação da quantia destinada, anualmente, a compor a

119 Req. 19 de junho de 1929, Sirey 1930.1.176.

120 Sirey, 1933. II 124.

121 Ross v. Pennsylvania Railroad Co., 136 N. J. Law 536, 148 Atl. 741 (1930).

122 Joseph R. Foard Co. v. State, 100 Ohio St. 505, 126 N. E. 881 (1919).

reserva legal, de acordo com uma estimação do que seria normalmente deduzido, caso se tratasse de uma sociedade isolada (§ 300). Ademais, limita, em qualquer hipótese, a importância dos lucros a serem transferidos da subsidiária à controladora (§ 301). No que concerne aos prejuízos verificados, anualmente, na sociedade controlada, a controladora fica obrigada a assumi-los, a não ser que eles estejam cobertos pelas reservas facultativas, regulamentamente constituídas (§ 302). Vindo a expirar um contrato de dominação, ou de transferência de lucros, a sociedade controlada é obrigada a prestar garantia aos credores, cujos direitos sejam anteriores à publicação do ato dessa extinção contratual no registro do comércio (§ 303).

Quanto aos *faktische Konzerne*, a lei declara que a empresa dominante não pode usar do seu controle para induzir a controlada a concluir negócios danosos, ou a tomar decisões, ou incorrer em omissões, que lhe sejam prejudiciais, a não ser que compense as perdas verificadas (§ 311). Não sendo feita essa composição de prejuízos, a controladora e também seus administradores respondem perante a controlada e seus acionistas (§ 317). Nada se diz, porém, quanto à responsabilidade direta perante os terceiros credores, devendo-se concluir que estes encontrarão, como remédio jurídico, tão-só a ação oblíqua ou sub-rogatória, figurando na demanda como substitutos processuais da própria sociedade.

Finalmente, em matéria de sociedade subordinada, cujas ações pertençam, em sua totalidade, à controladora, a partir do momento em que se manifesta esse vínculo de subordinação integral, ambas as sociedades respondem, solidariamente, por qualquer dívida da controlada contraída após a subordinação (§ 322). O credor da subordinada, nessas condições, não tem o ônus de provar a insolvência ou insolvabilidade da devedora para agir contra a *holding*. Em contrapartida, a subordinada fica isenta de constituir a reserva legal (§ 324).

146. A Lei nº 6.404/76, embora dedicando um capítulo às “sociedades coligadas, controladoras e controladas” (arts. 243 e ss.), e outro aos “grupos de sociedades” (arts. 265 e ss.), ignora, quase que por completo, a questão da responsabilidade do grupo perante os terceiros credores.

Seguindo, em linhas gerais, a orientação germânica, a nova lei acionária distingue grupos de fato, grupos de direito e a “subsidiária integral”.

Quanto aos primeiros, dispõe, no art. 245, que “os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre

as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado”, ou seja, considerada abusiva a subordinação do interesse particular de uma sociedade ao interesse global do grupo. Acrescenta, no artigo seguinte, que “a sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117” (desvio de poder). A ação de reparação do dano, no caso, compete, unicamente, a acionistas da controlada, como se os direitos dos terceiros credores não pudessem também ser lesados pela prática de tais atos.

Tratando dos grupos societários de direito, isto é, os que se constituem mediante convenção escrita, regulamentarmente registrada, a Lei admite que os administradores das sociedades filiadas observem “a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo” (art. 273); admite, igualmente, “a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos” (art. 276). Mas o sistema de proteção, previsto em contrapartida, só abrange os “direitos dos sócios minoritários” (arts. 276 e ss.).

Mais surpreendente, ainda, é a total omissão de regras relativas à garantia dos credores, no que concerne à “subsidiária integral” (arts. 251 e ss.). Não haverá, aí, porventura, nenhum risco de confusão patrimonial a temer, suscetível de prejudicar terceiros? A sociedade controladora, que já não tem acionistas minoritários para fiscalizar a sua atividade, não deve nunca ser envolvida na falência da controlada, simples departamento do grupo?

A “exposição justificativa” do projeto de lei declara que não se criou “a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos”.

A explicação é inconvincente, no seu todo.

Em primeiro lugar, porque não se trata de criar, necessariamente, uma responsabilidade solidária e, sim, meramente subsidiária. Ao contrário do que afirma o Ministro da Fazenda, o grupo de sociedades não é, nem poderia jamais ser, juridicamente, uma associação, porque o seu intuito é

lucrativo. O grupo constitui, como salientamos,¹²³ uma sociedade, nada importando o reconhecimento, ou não, de sua personalidade jurídica. E enquanto sociedade, não parece ousado nem pioneiro reconhecer o princípio que o velho Código Comercial já revogado, inscreveu em nosso sistema jurídico desde 1850, a saber, “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais” (art. 350). No caso, os bens particulares dos sócios são os componentes do ativo patrimonial de cada uma das sociedades grupadas, máxime da controladora do grupo.

No que tange à “deparlamentalização” das sociedades grupadas, ela já existe na prática sob muitos e importantes aspectos.¹²⁴ Não se percebe, com clareza, porque essa situação de fato só deve ser admitida em direito quando favorece a substituição dos grupos, e não quando cria a responsabilidade grupal em benefício dos credores.

Quanto a estes últimos, na verdade, a prática também ensina, sobejamente, que os credores que logram obter garantias complementares aos seus créditos são, em geral, as instituições financeiras; raramente, os fornecedores, sobretudo se economicamente fracos. São estes, no entanto, que formam a legião dos quirografários desamparados nas falências e concordatas e mesmo na nova lei de recuperação e falências, e são eles que deveriam — em boa justiça — merecer a tutela do legislador.

A irresponsabilidade da sociedade de comando grupal, pelas dívidas da controlada, é insustentável na fase hodierna da evolução jurídica.

O direito brasileiro do trabalho, há várias décadas, impõe, pacificamente, a solidariedade das empresas componentes do grupo econômico pelo passivo trabalhista de cada uma delas (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º, § 2º).¹²⁵

Dentro da sistemática adotada, análoga à da Lei alemã de 1965, a Lei nº 6.404 não poderia deixar de prever garantias adequadas para os terceiros

123 Cf. *supra* nº 112.

124 Cf. *supra* nº 111.

125 O estudo mais completo sobre o tema é a tese do Professor O. B. Magano, “Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. Cf. também E. Moraes Filho, parecer na RF 253/257. No direito europeu, cf. G. Branca, *La prestazione di lavoro in società collegata*, Milão, 1965; J. Guyenot, “Le régime juridique et fiscal des filiales et sociétés participantes en droit français dans le contexte européen”, RDC, 1973, 3/4, 1, p. 94.

credores, com a formação do grupo econômico convencional, e com a constituição de “subsidiárias integrais”.

Inclinamo-nos, no entanto, em favor da adoção do sistema unificado do projeto de lei de sociedade anônima européia, também nessa matéria (é importante notar que tais regras sobre grupos não foram incorporadas ao Estatuto das *Societas Europaea* de 2001, pois havia dissenso entre os países membros sobre a conveniência de sua aplicação). Com ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a responsabilidade subsidiária da controladora. Incumbiria a esta o ônus de provar, não havendo convenção, a inexistência de um poder de controle, constituindo o grupo societário de subordinação.

Como salienta a Comissão da Comunidade Econômica Européia, nos seus comentários ao projeto que elaborou,¹²⁶ essa responsabilidade global no seio do grupo, nos dias que correm, é considerada como indisputável na ética dos negócios. Não se vê por que o Direito não deveria, aí, seguir os ditames da moral comercial.

Nota de Texto 86 A necessidade de tutela dos credores de sociedade componentes de grupos de empresas por meio de regras mais sofisticadas que a simples ausência de responsabilidade de uma sociedade pelas dívidas das outras é inegável.

É preciso então detalhar e aprofundar a discussão da responsabilidade grupal. Para tanto se fará referência aos vários tipos possíveis de responsabilidade grupal mencionados na Nota de Texto 77, identificando aqui seus efeitos sobre os interesses dos credores (e não sobre a organização dos interesses internos).

Do ponto de vista dos credores, soluções que favorecem uma responsabilidade objetiva, como as expressas nos dois primeiros grupos e nas decisões de *Tiebau* e *Vidco*, assemelham-se bastante. Todas elas, ao aplicar um rigoroso critério de responsabilidade estrutural (no sentido definido acima), não permitem distinções, internas ou externas. Em primeiro lugar, não é possível distinguir entre comportamentos desejáveis e indesejáveis da sociedade controladora. Em presença de uma re-

126 Cf. RDM, nova série, 1971, nº 4, p. 171.

gra geral de responsabilidade baseada na estrutura grupal, o incentivo ao "bom comportamento" é mínimo. A impossibilidade de distinguir revela-se não apenas dentro como também fora da sociedade. Com efeito, uma solução que adota uma fórmula geral e objetiva de responsabilidade não permite distinguir entre credores voluntários e involuntários. Se a responsabilidade objetiva é justificável com relação aos últimos, parece pelo menos discutível do ponto de vista equitativo com relação aos primeiros.

Não ocorre o mesmo com a responsabilidade subjetiva. Ela permite proteger os empresários respeitadores da separação de esferas, no mínimo contra os credores contrahais.¹²⁷ Mas também esse tipo de solução levanta sérias indagações. A primeira é relativa aos critérios para a presunção do comportamento fraudulento. Como já ressaltado, o exercício da administração na sociedade controlada como critério para a presunção de comportamento fraudulento e, conseqüentemente, como critério para a aplicação da regra de responsabilidade, tem valor meramente formal. Isso porque, exatamente nos casos de existência de um controle largamente majoritário, o exercício da administração é absolutamente desnecessário para a determinação dos destinos da sociedade.

Não existe, além disso, qualquer vínculo entre administração e responsabilidade. Se o sócio único da sociedade unipessoal responde como sócio e não como administrador, pode-se indagar do sentido de sua presença na administração social. No sistema brasileiro, claro adepto do esquema de responsabilidade grupal subjetiva, a questão da fixação dos critérios para formação de presunções é central. Isso porque, até o momento, como demonstra a casuística, a simples aplicação direta do art. 117 da lei societária, com a necessidade de demonstração de dolo e culpa, tem-se de-

127 Permanece discutível se a mesma regra deve ser ou não aplicada com relação aos credores involuntários e aqueles que não negociaram com a sociedade - v. a respeito F. Kübler, "Anmerkung zur TBB Entscheidung", in *NW* 1993, p. 1.204.

monstrado absolutamente insuficiente para sancionar todos os casos de abuso (v. para a crítica dogmática a essa interpretação da lei *supra* Nota de Texto 73). Como freqüentemente ocorre, a distribuição do ônus da prova acaba por influir diretamente sobre o direito material. Uma responsabilidade subjetiva que exige para sua configuração prova impossível de ser obtida é equívale a uma regra de isenção de responsabilidade.

Permanece por ser analisada a responsabilidade setorial. *Quod iuris* com relação a ela. Em primeiro lugar, a preservação do patrimônio proposta por essa teoria criaria uma situação de incerteza jurídica para todas as sociedades do grupo e para seus respectivos credores, que poderiam a qualquer momento estar sujeitos a concorrer com os credores da sociedade devedora. Comparada às soluções anteriores, não parece proporcionar um grau mais elevado de proteção patrimonial. Evidentemente, o patrimônio da *holding* do grupo, detendo todas as participações, representa garantia muito mais significativa do pagamento das dívidas do que o patrimônio das sociedades controladas. Na solução setorial, conseqüentemente, o aumento da incerteza não é justificado por um aumento relevante do grau de proteção dos credores.¹²⁸

A vantagem da solução setorial está na maior justiça com relação aos minoritários da sociedade controlada, indevidamente prejudicados no caso da aplicação de critérios subjetivos. Entretanto, caso a transferência tenha sido feita da ou para uma sociedade unipessoal, esse benefício nem sempre existe. A sociedade unipessoal pode ser ao mesmo tempo ponto de partida como também ponto de chegada da transferência patrimonial. Sendo ponto de chegada, o prejuízo dos minoritários da sociedade pluripessoal de onde partiu a transferência é

128 V. a respeito a crítica de G. Scognamiglio, "La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti" in *Il gruppo d'imprese nella realtà giuridica italiana*, Atti del Convegno di Verona (07 novembre 1987), Padova, Cedam, p. 87.

evidente. Mas mesmo sendo ponto de partida, é necessário verificar o tipo de benefício que a outra sociedade controlada, por hipótese pluripessoal, auferiu. É necessário verificar se ao benefício patrimonial correspondeu um benefício econômico. Essa coincidência nem sempre ocorre. Imagine-se a transferência de uma atividade deficitária e dos bens necessários para sua manutenção de uma sociedade controlada unipessoal (sociedade A) para outra pluripessoal, do mesmo grupo (sociedade B). Tal operação, patrimonialmente benéfica à sociedade destinatária da transferência e segundo a teoria da responsabilidade setorial, geradora de responsabilidade, pode a curto prazo causar prejuízo para a sociedade B. O que teria ocorrido seria, consequentemente, um prejuízo dos minoritários da sociedade B em favor da controladora, que passa a ter na sociedade A uma atividade superavitária. Tudo com o agravante de, segundo as regras da responsabilidade estrutural, a responsabilidade subsidiária por dívidas da sociedade A passar a incumbir a B.

Vê-se, portanto, que a tentativa de utilização das regras de responsabilidade externa para a proteção concomitante de interesses internos e externos cria um sistema de resultados incertos, nem sempre apto a tutelar corretamente a situação dos minoritários e dos credores do grupo.

Conclusão

Feita a separação lógica entre problemas de organização interna e de responsabilidade externa,¹²⁹ fica claro que as soluções devem ser também diferenciadas.

Para os primeiros, importante é a reflexão sobre as regras de conflito de interesses (v. *supra* Nota de Texto 77). Já os últimos são mais complexos dada a sua influência sobre a conformação econômico-jurídica do grupo

como um todo e sobre o equilíbrio da relação entre interesses externos e interesse da sociedade, do qual depende muito do seu equilíbrio econômico.

Do ponto de vista juspolítico, se o objetivo é o incentivo à formação dos grupos de estrutura descentralizada, sem entretanto criar um sistema que dificulte a limitação dos riscos dentro dos grupos (sistema com relação ao qual poder-se-ia levantar a suspeita de não neutralidade ou aberta hostilidade às concentrações), a regulamentação da responsabilidade externa não deve ultrapassar o mínimo necessário para obter tais efeitos.

Tal princípio não é de fácil tradução em termos jurídicos. A formação de presunções requer a fixação de limites com base não em critérios numéricos, mas sim em critérios qualitativos. Como já visto com relação à sociedade unipessoal, a relevância desse problema é tão grande que se chega a discutir sobre a própria definição da *fatispecie* sociedade unipessoal.

Ora, como já visto, se a utilização do conceito amplo de sociedade unipessoal não é admissível nos casos de aplicação de regras internas de organização – como a do conflito de interesses –, o mesmo não ocorre com as regras externas, para as quais é admissível a equiparação do controle quase-totalitário ao totalitário.

Mas, como estabelecer o limite de equiparação? Um primeiro critério de definição pode ser o que identifica a possibilidade de equiparação em todas aquelas concentrações empresariais que, pelo seu grau de coesão, tornam impossível isolar as determinações individuais da sociedade controladora e determinar seus respectivos efeitos.¹³⁰ Nesse momento, uma regulamentação societária baseada em critérios de responsabilidade subjetiva “pura” (não-presumida) e em um sistema de invalidação dos atos lesivos perde sua eficácia (exatamente porque é impossível identificar e coligar atos e efeitos).

129 Nota-se que, como também já observado, regras de responsabilidade externas são só utilizadas quando as regras de organização interna são pouco efetivas (dai a necessidade de aplicação da teoria da desconsideração a sociedades unipessoais) ou desajustadas (como ocorre no ordenamento societário brasileiro).

130 Cf. V. Emmerich – J. Somnenschein, *Konzernrecht*, cit.

Nesse caso, parece razoável a aplicação de um sistema análogo ao desenvolvido pelos tribunais alemães para distribuição do ônus da prova em matéria societária. Reconhecendo as dificuldades específicas que terceiros têm em tomar ciência de fatos internos à sociedade, em várias oportunidades e mais recentemente com relação aos *qualifizierter faktische Konzern*,¹³¹ os tribunais alemães impuseram ao sócio controlador a obrigação de prestar esclarecimentos sobre a situação social interna. Existe com relação a certos fatos específicos, além do ônus de prestar esclarecimentos, o ônus de comprovar o que foi dito. É o caso, por exemplo, do emprego de quantias sobre as quais o balanço não fornece informações suficientes e com relação às quais há uma sustentável suspeita de desvio. Nesse caso, há a obrigação de demonstrar onde foram aplicados os recursos e quais os resultados provenientes dessa aplicação.¹³²

Os critérios para a extensão desse ônus a outras situações internas são incertos. Pode-se perguntar até que limite é possível impor ao controlador o ônus de provar fatos internos à sociedade. Pode-se dizer que esses limites devem ser tanto mais elásticos quanto menor seja a possibilidade de confiar em um controle interno independente na sociedade. Quanto menos instrumentos de fiscalização interna existem, não só maior é a possibilidade de utilização da sociedade no interesse pessoal do sócio mas também – e isso é o que mais interessa no momento – maior é a dificuldade de terceiros terem acesso a informações sobre a sociedade. Simplesmente porque não há discussão interna que faça resultar qualquer informação sobre as operações sociais nos livros. Nesses casos, impor ao credor a demonstração de fatos internos à sociedade seria impor uma *probatio diaboli* e, na prática, impedir a responsabilização do controlador.

Figura-se, por exemplo, a emissão de debêntures por uma companhia notoriamente pertencente a um grupo econômico. É evidente que o investidor adquire tais títulos fundado, entre outras razões, na garantia oferecida pelo patrimônio grupal, mesmo que ela não venha expressamente estipulada na escritura de emissão. A lei de sociedades por ações de 1976, numa tímidia concessão a essa realidade, estabuiu que “as debêntures emitidas por companhia integrante de grupo de sociedades (art. 265) poderão ter garantia flutuante sobre o ativo de 2 (duas) ou mais sociedades do grupo” (art. 58, § 6º). Percebe-se que insuficiente é essa norma para atender à efetiva proteção dos debenturistas, quando se pensa que a garantia, assim prevista, é meramente negocial, e que “grupo de sociedades” no sistema da lei é apenas o criado por convenção, regularmente levada a registro. Ela não pode ser pactuada nos “grupos de fato”. Ela pode não ser estipulada nos “grupos de direito”.

Aliás, em matéria de emissão de debêntures, no grupo econômico, o legislador deixou de disciplinar um problema levantado por Ascarelli, referente à necessária desconsideração, que vimos examinando, da personalidade jurídica de cada sociedade agrupada. Ele diz respeito ao limite de lançamento de empréstimos debenturísticos, tradicionalmente fixado no montante do capital social. Se a sociedade controladora e uma ou mais das suas controladas fazem, ao mesmo tempo, tais emissões, parece inquestionável que a regra limitativa mencionada é, de certo modo, contornada: como o capital da *holding* é, no todo ou em parte, representado no ativo por ações das sociedades controladas, não se pode, no caso de emissão simultânea de obrigações, computar as cifras dos capitais sociais, isoladamente, mas deve-se operar a dedução da parte do capital de cada controlada, devida pela *holding*. De outra sorte, os portadores desses títulos, para tutela dos quais a lei fixa aquela limitação, poderão ser iludidos quanto à efetiva relação entre ativo empresarial e passivo debenturístico das companhias emittentes.¹³³

É verdade que a lei de sociedades por ações de 1976 prevê para a solução da questão uma válvula de segurança. “A Comissão de Valores Mobili-

131 Trata-se da decisão do caso TBB (in *NJW* 1993, pp. 1.200-1.203).
132 BGHZ 100, 197.

133 Cf. T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 251 e *Problemi Giuridici*, I, cit., p. 295. No mesmo sentido, B. Libonati, *Holding e Investment Trust*, cit., pp. 251 e ss. P. Guerra, *Le Società di Partecipazione*, Milão, Giuffrè, 1957, pp. 177 e ss., embora reconhecendo a procedência da dificuldade suscitada, estima que ela só pode ser resolvida, na Itália, de jure condendo, face aos termos do art. 2.410 do Código Civil de 1942.

liários", dispõe o seu art. 60, § 3º, "poderá fixar outros limites para emissões de debêntures negociadas em Bolsa ou no balcão, ou a serem distribuídas no mercado". Mas havendo instituído o balanço consolidado do grupo (art. 275), que descaracteriza a absoluta autonomia patrimonial das sociedades componentes, poderia, sem risco de excesso normativo, resolver expressamente a questão suscitada, ao invés de confiar o problema aos cuidados da Comissão de Valores Mobiliários.

O que se pretende, em suma, tanto na companhia isolada como no grupo econômico, é simplesmente adequar o direito à realidade econômica, considerando a personalidade jurídica em sua verdadeira dimensão, isto é, como técnica, meramente relativa, de separação de patrimônios, e não como entidade metafísica de valor absoluto.

Capítulo IV

PODER DE CONTROLE E NACIONALIDADE

147. Foi, justamente, na determinação da nacionalidade das sociedades que a noção do poder de controle surgiu em direito. Nesse campo, mais do que em qualquer outro, os tribunais rejeitaram, a miúdo, a separação entre a existência da pessoa jurídica e a dos seus membros, tomando em consideração a nacionalidade dos que exercem, de fato, o poder de comando social. Atualmente, o critério do controle está consagrado em lei em vários países, inclusive no Brasil, como *conditio iuris* do exercício de determinadas atividades empresariais, consideradas, com ou sem razão, como de interesse vital para a nação.

Já se observou que, para a determinação da nacionalidade das sociedades, os critérios seguidos referem-se, ora ao seu aspecto contratual, ora ao seu caráter institucional.¹ Fundados na relação contratual entre os sócios e no princípio da autonomia da vontade são os critérios do lugar de eleição, do local de constituição da sociedade e da sede social estatutária.² Por outro lado, de caráter institucional é o critério da sede social efetiva, onde se situa, de fato, a administração societária.

Mas a classificação assim proposta suscita alguns reparos. Com efeito, em primeiro lugar, não se vê bem qual a diferença entre "sede social efetiva" e centro de exploração empresarial, ou local onde a empresa tem o seu

1 Cf. Y. Loussouam e J. D. Bredin, *Droit du Commerce International*, Paris, Sirey, 1969, pp. 261 e ss.

2 O art. 19 do Código Bustamante, ratificado pelo Brasil, dispõe: "A nacionalidade das sociedades anônimas será determinada pelo contrato social (sic) e, eventualmente, pela lei do lugar em que, normalmente, se reúna a assembléa geral dos acionistas, ou, em sua falta, pela do lugar em que funcione o seu principal conselho administrativo ou diretoria".