EDITOR RESPONSÁVEL
JUAREZ DE OLIVEIRA

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

EMPRESA CONTEMPORÂNEA E DIREITO SOCIETÁRIO

Poder de controle e grupos de Sociedades

BIBLIOTECA
LILLA HUCK, MALHEIROS, OTRANTO
RIBEIRO, CAMARGO E MESSINA

2002

editora Juarez de Oliveira

Nos Estados Unidos[253], mesmo depois de implantado o sistema de liberdade para a constituição das *corporations*, a jurisprudência era no sentido de que a participação de uma sociedade em outra não podia ser admitida. Para as cortes norte-americanas, essa participação seria *ultra vires*, ou seja, estaria fora do objeto social da sociedade. Somente em 1888, o Estado de Nova Jersey concedeu uma autorização geral para que as sociedades participassem do capital de outras, orientação que se expandiu para os demais Estados (v.g., Nova York, em 1890, Connecticut e Pennsylvania, em 1895, Delaware, em 1889)[254].

Nos países do *civil law*, as leis societárias que se sucederam, influenciadas pelo *Code de Commerce* francês, de 1806, não previam a possibilidade de uma sociedade participar de outra, sendo a jurisprudência contrária a que tal ocorresse. A pressão do mundo dos negócios, porém, levou a que, também em fins do século XIX, tal participação fosse admitida, baseando-se a doutrina, para tanto, na equiparação das pessoas jurídicas aos indivíduos. Com efeito, a teoria do *antropomorfismo* da pessoa jurídica levou a que fossem estendidos a esta todos os direitos, deveres e obrigações das pessoas naturais, dentre os quais o de participar no capital de uma outra sociedade[255].

Opera-se, assim, em fins do século XIX, com a admissão da participação de uma sociedade no capital de outra, uma mudança da disciplina jurídica que revolucionaria o direito das sociedades[256]. Embora haja

[253] Cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 30 e ss.. Na Inglaterra, a evolução da disciplina jurídica sobre a matéria ocorreu de modo semelhante (*ibidem*).

[254] É interessante observar que John D. Rockefeller utilizou o instituto do *trust* para controlar as inúmeras sociedades que compunham o *Standard Oil Trust*, justamente, porque a lei estadual, àquela época, proibia a participação de uma sociedade no capital de outra. Foi por essa razão que o *Sherman Act*, de 1890, foi chamado de lei *antitrust*, que era a principal técnica de concentração empresarial daquela época, e não de lei *anti-corporation*. A esse respeito, cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, cit., p. 116.

[255] Cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 34 e ss..

[256] P. Blumberg, entre tantos outros, reconhece na permissão de que uma sociedade participe no capital de outra um dos mais importantes acontecimentos no processo evolutivo do direito societário, considerando tratar-se de um "*turning point in American business history*". Confira-se a seguinte passagem: "*We now consider the emergence of corporate groups since the 'turning point in American business history' when New Jersey 100 years ago amended its corporation laws and for the first time permitted corporations generally to acquire and hold stock of other corporations and thus organize corporate groups*" ("The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations", cit., p. 325).

outros tipos de vínculos entre sociedades, não há dúvida de que a participação no capital continua a ser o principal deles, tendo sido fundamental para o surgimento e a expansão dos grupos, transformando-os na principal técnica jurídica de organização da empresa contemporânea.

É interessante notar que a participação intersocietária enraizou-se a tal ponto no pensamento jurídico que, se há pouco mais de cem anos, era considerada uma anomalia, hoje não gera perplexidade. Nos dias atuais, é absolutamente natural a idéia de uma sociedade ser sócia de outra, como se jamais tivesse ocorrido o debate a respeito de sua incompatibilidade com o direito clássico das sociedades comerciais, justamente em virtude da estrutural sobreposição de interesses sociais diversos que dela decorre. A todo sentir, esse debate é mais atual do que nunca, merecendo ser revivido, não para se voltar ao regime de proibição do século XIX, mas para se buscar uma urgente revisão do modelo societário, que ainda parece não ter oferecido uma disciplina adequada aos grupos.

D) Grupo de sociedades na ordem jurídica

D.1.) Qualificação jurídica do grupo de sociedades

28. Sendo inegável que o fenômeno dos grupos domina a realidade empresarial, cabe buscar seu enquadramento na ordem jurídica. Essa tarefa, no entanto, tem apresentado enorme dificuldade, pois a noção econômica de grupo não é facilmente reconduzida a uma definição jurídica que, ao mesmo tempo, seja clara e precisa, atendendo ao valor da certeza, e suficientemente ampla, de modo a abranger as múltiplas formas pelas quais se organiza na realidade empresarial[257].

Essa dificuldade levou à concepção de um modelo regulatório, adotado, por exemplo, na Alemanha e no Brasil, que reconhece uma disciplina

[257] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 291.

jurídica específica somente aos grupos criados mediante a celebração de contratos taxativamente previstos na lei[258]. Tal modelo (chamado contratual), em grande medida, resulta da dificuldade em definir uma *fattispecie* que alcance os grupos de sociedades em suas múltiplas formas, com a precisão necessária ao atendimento do valor da certeza jurídica[259]. Assim, preferiu o legislador remeter à disciplina específica dos grupos apenas aqueles criados sob as formas taxativamente previstas

[258] *Ibidem*, p. 291 e 292.

[259] O desafio de estabelecer uma definição geral dos grupos foi enfrentado pelo modelo regulatório adotado pelo projeto de sociedade anônima européia (S.E.), de 1970 (revisado em 1975), e pelo projeto de uma 9ª diretiva comunitária relativa aos grupos de sociedades (versão original de 1974/1975, revista em 1977 e 1984). A respeito desse modelo regulatório, cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 148. Cumpre ressaltar que em 8.10.2001, foi editado o Regulamento n. 2.157 do Conselho da União Européia, que entra em vigor em 8.10.2004, estabelecendo, depois de mais de 30 anos, as regras para a constituição da sociedade anônima européia. Além desse regulamento, foi editada a Diretiva 2001/86/CE, também em 8.10.2001, assegurando aos trabalhadores o direito de participar das questões e decisões que afetam a vida da S.E.. A dificuldade na negociação desses direitos dos trabalhadores tem sido apontada como uma das razões pelas quais tanto tempo decorreu até a aprovação do estatuto da S.E.. Daí o tratamento dessa matéria em uma diretiva apartada. É preciso observar, porém, que o estatuto da S.E., tal como aprovado, é tímido em relação ao projeto de 1970. Basta verificar que, enquanto este possuía mais de 200 artigos, o regulamento aprovado possui apenas 70. Quanto à questão dos grupos, que era enfrentada de forma inovadora no projeto de 1970, deixou simplesmente de ser tratada no regulamento ora aprovado. Na exposição de motivos, encontra-se a seguinte justificativa para a ausência de regulação dos grupos: "*15 – Por força das regras e princípios gerais de Direito Internacional Privado, quando uma empresa controla outra sujeita a uma ordem jurídica diferente, os seus direitos e obrigações em matéria de proteção dos acionistas minoritários e de terceiros, regulam-se pelo direito a que está sujeita a empresa controlada, sem prejuízo das obrigações a que está submetida a empresa que exerce o controle por força das disposições do direito ao qual está sujeita, por exemplo, em matéria de elaboração de contas consolidadas. 16 – Sem prejuízo das conseqüências de uma posterior coordenação do direito dos Estados-Membros, não é atualmente necessária uma regulação específica para a SE neste domínio. Devem-se, portanto, aplicar as regras e princípios gerais, tanto nos casos em que a SE exerce o controle como nos casos em que a SE é a sociedade controlada. 17 – Deve-se especificar o regime efetivamente aplicável nos casos em que a SE seja controlada por outra empresa e remeter, para este efeito, para o direito aplicável às sociedades anônimas no*

na lei, o que acabou deixando aos próprios empresários a decisão de se submeter, ou não, a tal regime jurídico. Como melhor será abordado, tem-se aí uma das razões pelas quais, tanto na Alemanha quanto no Brasil, os chamados *grupos de direito* não se tornaram propriamente um sucesso na prática empresarial[260].

A dificuldade em estabelecer uma definição jurídica para os grupos, também pode ser apontada como uma das causas da inexistência de uma regulação específica sobre a matéria na maioria dos países, a despeito de sua forte presença, há várias décadas, na realidade empresarial[261].

A despeito da complexidade do tema, a doutrina atual parece convergir para o reconhecimento de que a *direção unitária* constitui o elemento central dos grupos societários[262]. Esse é o critério utilizado pela

Estado-Membro da sede da SE" (fonte: *europa.eu.int.*, visitado em 7 de dezembro de 2001). No decorrer do trabalho, portanto, será abordado o projeto de sociedade anônima européia na sua versão de 1970, por preconizar um importante modelo regulatório para os grupos. Ainda que o Regulamento da S.E., posteriormente aprovado, não tenha adotado qualquer disciplina para os grupos, isso não significa que o projeto de 1970 tenha perdido seu valor científico, sendo certo que, não apenas no âmbito do direito da União Européia, mas de todos os países, o *direito dos grupos* está a aguardar seu reconhecimento definitivo. Na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* ns. 3 e 4, de 1971, encontra-se publicado o texto do projeto de sociedade anônima européia em sua versão de 1970 (p. 102 e ss.; e p. 101 e ss., respectivamente).

[260] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 292, 324, 326 e 328; e "Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações", *in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 218; Guilherme D. Cunha Pereira, *Alienação do Poder de Controle Acionário*, cit., p. 57 e 147.

[261] Possuem leis específicas sobre grupos, entre outros, Alemanha, Brasil, Portugal e Hungria. A maioria dos países não oferece, porém, regulação própria para a matéria, como é o caso dos Estados Unidos, da Inglaterra e da França. A esse respeito, cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 15.

[262] Cf., entre tantos outros, F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 28; e "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 275; Guilherme D. Cunha Pereira, *Alienação do Poder de Controle Acionário*, cit., p. 147; Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 85, com indicação de vasta bibliografia na nota de rodapé 171; Y. Guyon, *Droit des Affaires*, cit., p. 574.

lei acionária alemã, de 1965, que foi adotado no projeto de sociedade anônima européia, de 1970, e na proposta de lei de regulação dos grupos, apresentada pelo deputado Cousté, na França[263]. É bem verdade que a *direção unitária* não pode ser considerada um conceito unívoco, mas ela permite identificar, com melhor propriedade, o grupo de sociedades em atuação.

Segundo Anne Petitpierre-Sauvain[264], a existência de uma sociedade, mesmo de uma sociedade simples, pressupõe que recursos sejam postos em comum, para a realização de um determinado fim. Da mesma forma, para que o grupo de sociedades possa ser considerado juridicamente relevante, é preciso que seus membros tenham algo em comum. Não é preciso tratar-se de um interesse comum, como à primeira vista se poderia imaginar, mas de uma política geral, de uma organização global da atividade econômica dos vários membros. A partir desse enfoque, segundo a autora suíça, seria possível entrever um interesse do grupo, assim entendido como o interesse na orientação da atividade empresarial de seus membros[265].

[263] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 86, nota de rodapé 171. Esclareça-se que a chamada proposta *Cousté*, intitulada sugestivamente como *Proposition de Loi n. 1055 sur Les Groupes de Société et la Protection des Actionnaires, du Personnel et des Tiers*, foi submetida em 19 de dezembro de 1970 e revista em 1978, não tendo sido aprovada, até presente data. Encontra-se o texto da proposta, na sua versão de 1978, em Klaus J. Hopt, *Groups of Companies in European Laws – Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Berlin/New York, W. de Gruyter, 1982, p. 296.

[264] Cf. *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, cit., p. 36. Vale destacar a seguinte passagem: *"Cependant à travers les diverses formes de cette organization un véritable 'but social' apparaît: le but du groupe est la coordination de l'activité économique de ses membres. Pour cela, il est nécessaire qu'un pouvoir plus ou moins centralisé soit en mesure: a) d'une part de définir l'orientation générale du groupe; b) d'autre part d'assurer le respect de la politique générale ainsi définie"* (*ibidem*).

[265] O reconhecimento de que todo grupo, ainda que de natureza descentralizada ou de coordenação, espécies que serão abordadas adiante, possui um interesse comum, contribui para enxergar no fenômeno uma relação de natureza societária, ou pelo menos, de natureza plurilateral associativa, como sustenta Fábio Konder Comparato: *"A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos – encontram-se em todo grupo"* (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 290); *"Pode-se, também, encarar a questão de modo ligeiramente diferente, mas com as mesmas conclusões de ordem lógica. A realidade grupal, na qual se manifesta a multiplicidade de centros de interesse econômico distintos, com os três elementos de conjugação acima apontados, é uma das espécies do gênero* relação plurilateral associativa, *sendo as demais espécies a sociedade* stricto sensu, *a associação, o cartel, o acordo e o acordo de acionistas"* ("Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 278).

Nessa ordem de idéias, o grupo pressupõe necessariamente o exercício de um poder, mais ou menos centralizado, de definir a orientação de seus membros e de assegurar o respeito à política geral assim definida. Tem-se aí o conceito de *direção unitária,* que deve estar presente em todos os grupos de sociedades.

É inegável, porém, que ainda paira na lei, na doutrina e na jurisprudência grande incerteza quanto à definição jurídica da direção unitária e, por conseqüência, do próprio grupo societário. A dificuldade está em encontrar o conteúdo mínimo de concentração da decisão empresarial nas mãos de outra sociedade que pode ser considerado suficiente para caracterizar a direção unitária e, portanto, a relação grupal.

Numa concepção estrita, reconhece-se a presença da direção unitária, desde que a gestão financeira das sociedades seja unificada. Basta, portanto, que haja direção central quanto à área de finanças das empresas do grupo para que se possa identificar a direção unitária. Parte essa corrente doutrinária de que, se as competências em matéria de gestão financeira são indelegáveis pelos administradores de uma sociedade isolada para escalões inferiores, o fato de serem centralizadas em outra sociedade constitui o elemento necessário e suficiente para que seja reconhecida a direção unitária. Outra corrente defende uma concepção ampla da direção unitária, entendendo que apenas a centralização da gestão financeira não é suficiente para sua caracterização. Além da área financeira, é preciso que exista um poder de direção central sobre alguma outra área funcional das sociedades, como a de vendas, a de desenvolvimento de tecnologias e novos produtos, a de organização e logística, de modo que a sociedade isolada perca sua individualidade econômica[266].

[266] Sobre ambas as correntes doutrinárias (ampla e estrita) formadas a respeito da direção unitária, veja-se Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 94.

Essas ponderações demonstram ser inviável chegar a uma definição precisa, com exatidão matemática, do conteúdo mínimo da direção unitária. Trata-se de um conceito jurídico aberto[267], que confere ao juiz uma certa latitude de interpretação na análise das variadas situações concretas, que caracterizam o fenômeno grupal. Entender como direção unitária o poder de definir uma orientação administrativa geral para os integrantes do grupo, afetando, em maior ou em menor grau, sua independência econômica, parece atender a esse objetivo, sem descurar do valor da certeza jurídica. Com a evolução jurisprudencial, a interpretação desse conceito pode ser iluminada pelos critérios objetivos, utilizados em cada caso concreto e a cada momento histórico, para identificar o fenômeno.

É possível, porém, estabelecer limites negativos, que ajudam a evidenciar os contornos do conceito. Primeiro, convém distinguir direção unitária de poder de controle. A primeira não implica a capacidade de marcar, com sua própria vontade, a atividade empresarial de outra sociedade, ou seja, o poder de comandar os destinos da atividade empresarial, como ocorre no caso do poder de controle[268]. É possível que a direção única, ou seja, a harmonização da política geral do grupo, decorra de uma decisão autônoma das sociedades agrupadas, sem que haja uma vontade externa capaz de determinar suas atividades.

Daí se afirmar que o poder de controle é o elemento unificador dos chamados grupos de subordinação, nos quais as sociedades se encontram em situação de total sujeição a uma vontade e a um interesse externos. Há, de outro lado, os chamados grupos de coordenação, nos quais a relação entre as sociedades não é de sujeição, mas sim de cooperação, pressupondo, porém, tanto quanto o grupo de subordinação, uma direção geral mínima. Vale dizer, no grupo de coordenação, não há poder de controle, mas há direção unitária. Com os grupos de coordenação não se confundem, por sua vez, os cartéis, justamente porque nestes não existe

[267] Sobre os conceitos jurídicos abertos (ou indeterminados) e sua aplicação pelo operador do Direito, veja-se Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, cit., p. 72 e ss.

[268] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 93.

uma orientação administrativa comum, permanecendo as sociedades como entes economicamente independentes[269].

Em suma, analisando-se as diversas formas de associação de empresas, pode-se oferecer, dentre outras, a seguinte classificação: grupos de subordinação, que são unificados pelo poder de controle; grupos de coordenação, em que não há controle, mas em que há direção unitária, ou seja, uma direção administrativa comum (v.g., consórcios); e cartéis ou outras formas associativas, que não constituem grupos, em sua acepção jurídica, na medida em que é mantida a independência econômica de seus integrantes.

Para definir a relação jurídica de grupo é indispensável, portanto, a presença de uma centralização mínima da política administrativa das empresas associadas, que leve à perda de sua independência econômica. Somente, então, fica-se diante da *unidade econômica* na *diversidade jurídica*, característica fundamental dos grupos, da qual decorre sua relevância econômica e jurídica. Como escreve Anne Petitpierre-Sauvain[270], *"en l'absence d'un tel pouvoir, on aura une juxtaposicion d'entreprises plus ou moins reliées financièrement, mais agissant de façon indépendante. Une groupe sans une direction unifiée ne constitue une entité particulière ni du point juridique, ni du point de vue économique"*

Cabem, nesse ponto, algumas observações de ordem terminológica. A doutrina, para designar as sociedades membros de grupos, tem utilizado expressões diversas, como *sociedade-mãe/sociedades-filhas, sociedade dominante/sociedades dominadas ou dependentes, sociedades filiadas, sociedades filiais, sociedades subsidiárias*, entre outras[271]. Tais expressões podem indicar as sociedades participantes

[269] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 28 e 29; e "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 275.

[270] *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, cit., p. 36.

[271] A título ilustrativo, entre tantos outros, cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., e *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, cit.; C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, cit.; e Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit de Sociétés et Groupes des Sociétés*,

dos grupos em geral, seja de subordinação, seja de coordenação[272]. As expressões *sociedades controladoras/sociedades controladas*, evidentemente, ficam restritas aos grupos de subordinação.

A lei brasileira, por sua vez, para designar as sociedades membros dos chamados grupos de fato, emprega as expressões *sociedades coligadas, controladas e controladoras* (Capítulo XX, Lei n. 6.404/1976)[273]. As sociedades são *coligadas* quando uma participa com dez por cento ou mais do capital da outra, sem controlá-la (art. 243, § 1º). Já a sociedade controladora é definida como aquela que é titular, direta ou indiretamente, de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 243, § 2º). No Capítulo XXI, a lei cuida do *Grupo de Sociedades*, que pode ser formado pelas sociedades *controladoras* e suas *controladas*, mediante a celebração de uma convenção (art. 265), ficando restritos, portanto, aos grupos de subordinação. Finalmente, no Capítulo XXII, a lei prevê o *Consórcio* que, embora possa ser conceituado como grupo de coordenação, não é designado pela lei mediante a expressão *grupo*. Daí se conclui que a

cit., obras nas quais essas expressões são utilizadas. Ainda a esse respeito, no tocante às leis dos diversos países, vale destacar a lei acionária alemã, de 1965, que trata do tema sob a ementa *empresas dependentes e dominantes* (*abhängige und herrschende Unternehmen*) (§ 17) e a lei acionária sueca, de 1944, cujo art. 221, alínea 1, emprega as expressões *sociedade-mãe* e *subsidiária* (cf. F. K. Comparato, "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e* Pareceres, cit., p. 276 e 277).

[272] Salvo aqueles que entendem que os grupos de coordenação não são efetivamente grupos, mas mera associação de empresas, por não implicarem a dependência econômica das sociedades. Para estes, evidentemente, as expressões somente se aplicam aos grupos de subordinação. Sobre essa corrente da doutrina, serão feitas observações mais pormenorizadas no tópico relativo à classificação *grupos de subordinação e de coordenação*, mais adiante.

[273] A lei brasileira não atribui a denominação de *grupos* às sociedades *coligadas, controladoras e controladas*, previstas no Capítulo XX. A expressão *grupos* é reservada pela lei aos grupos de direito, que podem ser formados pela sociedade controladora e suas controladas, ao celebrarem a convenção prevista no art. 265 da Lei n. 6.404/1976.

expressão *grupo de sociedades* é utilizada pela lei exclusivamente para designar grupos de subordinação, formados nos termos do art. 265 da Lei n. 6.404/1976[274].

Neste capítulo, a expressão grupos é utilizada para abranger todas as formas de associação de empresas, caracterizadas pela *diversidade jurídica* e pela *unidade econômica*, o que pressupõe o requisito da direção unitária. Nesse sentido, ainda que o trabalho tenha por objeto central os grupos de subordinação, como adiante será apontado, em vez das expressões *sociedade controladora/sociedade controlada*, são utilizadas preferencialmente *sociedade dominante/sociedade dominada ou dependente;* ou, ainda, *sociedade-mãe/sociedade-filha*. Toma-se esse cuidado porque a lei brasileira define como sociedade controladora apenas aquela que é *titular de direitos de sócio*, excluindo as hipóteses de controle externo, baseado em vínculos contratuais, nos quais os grupos se fundamentam, cada vez com maior freqüência. Desse modo, mediante as expressões mais abrangentes, antes referidas, são designadas as sociedades integrantes dos grupos em geral, em todas as suas múltiplas formas de organização.

Apresentado o conteúdo mínimo para a caracterização jurídica do grupo de sociedades, cumpre examinar, brevemente, algumas das espécies em que são classificados. Cabe ressaltar, preliminarmente, que não se pretende apresentar uma exaustiva análise tipológica do fenômeno[275], mas apenas apontar alguns critérios de diferenciação dos grupos que parecem úteis para a compreensão das idéias que serão desenvolvidas no decorrer do trabalho.

[274] Sobre os termos empregados pela lei brasileira a respeito dos grupos, veja-se F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit. p. 28 e 29; e "Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações", *in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 200; cf., ainda, Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p. 257 e 256 a 262.

[275] C. Champaud, ao apresentar sua classificação das espécies de grupos, comenta: *"il n'est donc pas surprenant qu'il existe actuellement presqu'autant de sortes de groupes que de groupes"* (*Le Pouvoir de Concentration de la Société par Action*, cit., p. 210).

D.1.a) Grupos de subordinação e de coordenação

29. Uma primeira distinção, e talvez a mais importante, é aquela que se estabelece entre grupos de *subordinação* e de *coordenação*, já anteriormente abordada[276].

Dizem-se grupos de subordinação aqueles em que as várias sociedades ficam, como o próprio nome indica, *subordinadas* à orientação de uma outra sociedade, que passa a determinar os rumos das respectivas atividades empresariais. Do ponto de vista econômico, nos grupos de subordinação, há uma orientação única, necessariamente seguida pelas sociedades subordinadas, seja em prol do interesse da sociedade dominante, seja em prol de um interesse global do grupo. Daí se afirmar que o poder de controle é o elemento unificador dos grupos de subordinação[277].

Os grupos de coordenação são aqueles em que as sociedades não se organizam sob o signo da subordinação, mas da colaboração. O elemento unificador dessa espécie de grupo não é o controle, mas a direção unitária, que exige um grau mínimo de orientação comum das diversas sociedades, em prol da consecução de um determinado objetivo.

Há, portanto, também nos grupos de coordenação, um nível mínimo de dependência econômica, que os diferencia dos cartéis, por exemplo, nos quais as sociedades permanecem com sua individualidade econômica inalterada[278]. As sociedades se coordenam sob uma direção unitária, no

[276] Veja-se o tópico imediatamente precedente.

[277] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 28 e 30; e "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 275 e 276.

[278] Cf. F. K. Comparato, "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 275; W. Bulgarelli, *O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas*, cit., p. 80. A esse respeito, especificamente sobre a distinção entre consórcios e cartéis, cf. W. Bulgarelli: *"E por último distingue o* cartel *do* consórcio. *Pois, embora quanto à finalidade econômica, o cartel não seja muito diverso do consórcio, pois em ambos se tende a disciplinar a atividade econômica de uma pluralidade de empresários (individuais ou coletivo) no consórcio há, além disso, uma unidade administrativa comum, entendida como instrumento específico para efetuar a disciplina que falta no cartel"* (*O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas*, cit., p. 80).

sentido de que harmonizam sua política empresarial e o desenvolvimento de suas atividades, o que não pressupõe o poder de comando de uma sobre as outras[279]. São exemplos de grupos de coordenação os consórcios[280], do direito brasileiro, o *groupement d'intérêt économique*[281], do direito francês, e o agrupamento complementar de empresas[282], do direito português.

Se não houvesse dependência econômica nos grupos de coordenação, não poderiam ser considerados verdadeiros grupos, pois, como foi assinalado, estes se caracterizam pela *diversidade jurídica* aliada à *unidade econômica*. Parte da doutrina, justamente por não reconhecer nos grupos de coordenação a presença da dependência econômica, não os classifica como espécie de grupo, mas como mera associação de empresas, que não deve suscitar maior preocupação do direito societário, na medida em que não afeta os fundamentos do modelo clássico de sociedade autônoma isolada[283].

[279] O direito alemão reconhece os grupos de coordenação (*Gleichordnungskonzerne*), a par dos grupos de subordinação (*Unterordnungskonzerne*), definindo aqueles em função da direção unitária. Fábio Konder Comparato se baseia na exposição de motivos da lei germânica, de 1965, para explicar a distinção entre essa direção unitária, própria do grupo de coordenação, e o controle, próprio do grupo de subordinação. Confira-se: *"De acordo com o esclarecimento da 'exposição de motivos' do projeto convertido nessa lei, 'há concentração sob uma direção unitária, quando a direção grupal harmoniza a política empresarial das sociedades agrupadas e as questões fundamentais da direção social de uma sociedade com as outras. Tal harmonização não pressupõe nenhum direito de comandar'"* ("Consórcios de Empresas", *in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 225).

[280] Cf. F. K. Comparato, "Consórcios de Empresas", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 234.

[281] Cf. Y. Guyon, *Droit des Affaires*, cit., p. 527.

[282] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 55, nota de rodapé 114.

[283] Nesse sentido, J. M. Embid Irujo: *"Como es sabido, el Derecho de sociedades – capitalistas – atribuye la personalidad jurídica a entes que supone económicamente independientes; parte, en consecuencia, de la identificación de la sociedad mercantil con la empresa. La sociedad representa, por ello, la forma de titularidad – coletiva – de una determinada iniciativa empresarial. Las uniones de sociedades basadas en un principio de* cooperación *no alteran sustancialmente estas ideas, entre otras cosas, porque no se pierde la independencia económica de las sociedades unidas y no se constituye una nueva forma de empresa subyacente a la diversidad jurídica represen-*

Nesse contexto, é inegável que os grupos de subordinação têm maior relevo para os objetivos do presente trabalho, não apenas porque deles decorre a problemática específica – *diversidade jurídica* e *unidade econômica* –, que põe em xeque o modelo societário clássico, mas porque representam, nas palavras de Engrácia Antunes, "*a esmagadora maioria dos grupos existentes*"[284]. Assim, ainda que algumas das conclusões expostas ao longo do texto possam ser aplicadas aos grupos de coordenação, a análise se centrará nos grupos de subordinação, nos quais o controle aparece como elemento unificador.

D.1.b) Grupos de fato e de direito

30. A distinção entre *grupos de fato* e *grupos de direito* decorre de determinado modelo de regulação dos grupos, chamado de *modelo contratual*, adotado, por exemplo, pelas leis alemã e brasileira[285].

Os grupos de direito são aqueles constituídos por meio de um dos instrumentos taxativamente previstos na lei, ficando sujeitos a um regime jurídico específico, excepcional em relação ao direito geral das sociedades. Trata-se da *convenção de grupo*, prevista na lei brasileira, análoga,

tada por las distintas sociedades: Tal unión de sociedades tendrá consecuencias jurídicas importantes en otros sectores del ordenamiento mercantil, como el Derecho de la competencia, a la vista de las posibles restricciones de la concurrencia económica derivada de la armonización del comportamiento en el mercado, mayor o menor medida, trae consigo la unión" ("El Derecho de los Grupos de Sociedades en Brasil – Su Significación y Repercusión en el Ordenamiento Jurídico Español", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 71, julho-setembro de 1988, p. 6 e 7). Veja-se também Guy Keutgen, *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*, Bruxelles, Vander, 1973, p. 5. Calixto Salomão Filho, embora não expressando sua opinião sobre o assunto, quanto aos termos grupos de subordinação, de coordenação e agrupamento, acentua: "*No sistema brasileiro, em função da existência e utilização do termo agrupamento, não parece demais supor que a referência a grupo, sem maiores explicações, deve ser sempre entendida como referente apenas aos grupos de subordinação. A própria lógica da lei indica nesse sentido. Com efeito, só às sociedades sob vínculo de controle é dado formar um grupo de direito (art. 265, Lei n. 6.404/1976). Conseqüentemente, é de se presumir que só entre elas exista um grupo de fato*" (*Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p. 248, nota de rodapé 47).

[284] *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 54.

[285] *Ibidem*, p. 45.

em certa medida, ao *contrato de subordinação*, da lei portuguesa, e ao *Beherrschungsvertrag*, da lei alemã[286].

Note-se que a constituição dos grupos de direito e, por conseqüência, a aplicação do regime jurídico excepcional fica a depender da vontade dos próprios empresários. Para estes, basta não adotar um dos instrumentos legalmente previstos que a disciplina legal específica não é aplicada, fato que, como já se teve oportunidade de mencionar, tem suscitado críticas severas, ao que parece justas, quanto à inefetividade desse sistema regulatório[287].

Os grupos de fato, por sua vez, definem-se negativamente como todos aqueles que não se baseiam nos instrumentos previstos na lei para a constituição dos grupos de direito. Os grupos de fato ficam sujeitos ao regime clássico do direito das sociedades comerciais, considerando-se ilícitas as condutas contrárias ao princípio da autonomia. Vale dizer, em relação aos grupos de fato, não se admite a subordinação de interesses, devendo cada sociedade atuar de forma independente, para a consecução de sua finalidade própria[288].

Dessa forma, com a distinção entre grupos de direito e grupos de fato, o modelo regulatório *contratual* soluciona o problema da certeza jurídica, ao estabelecer um regime específico apenas aos primeiros, que se constituem segundo os instrumentos especificamente previstos na lei.

[286] *Ibidem*, p. 48.

[287] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 292; Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 280 e 330.

[288] "*Segundo a Lei n. 6.404, só existirá, oficialmente, um grupo de sociedades, quando uma sociedade controladora e suas controladas celebrarem 'convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns' (art. 265), convenção esta a ser arquivada no registro do comércio (art. 271). (...) Fora dessas hipóteses, a lei fala em 'sociedades coligadas, controladoras e controladas' (Capítulo XX), sem aludir a grupos, e sem admitir que cada uma dessas sociedades possa atuar no interesse de outra, ou submeter-se às diretivas emanadas de outra. Ou seja, desconhece, para essa situação de fato, as razões técnico-econômicas que levam os empresários a constituir os grupos societários*" (F. K. Comparato, "Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedade por Ações", *in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 200).

Os grupos de fato não necessitam, nessa medida, de uma definição precisa, pois ficam submetidos ao regime jurídico geral das sociedades comerciais.

Solução oposta é adotada no *modelo orgânico* de regulação dos grupos, preconizado, pioneiramente, no projeto de sociedade anônima européia[289], de 1970, no qual a distinção entre grupos de dircito e grupos de fato perde sentido. No modelo orgânico, busca-se uma definição geral para os grupos, que seja abrangente, de um lado, mas suficientemente precisa, de outro, pois dela depende a aplicação do regime jurídico próprio, independentemente da vontade dos empresários[290].

D.I.c) Grupos centralizados e descentralizados

31. Num primeiro instante, poder-se-ia imaginar que a distinção entre grupos centralizados e descentralizados se confundiria com aquela estabelecida entre grupos de subordinação (centralizados) e de coordenação (descentralizados).

Trata-se, porém, de uma classificação distinta, pois não se baseia na natureza da relação estabelecida entre as sociedades do grupo – de subordinação ou de coordenação – mas se fundamenta direta e especificamente do nível de transferência das decisões empresariais do âmbito de cada sociedade para a sociedade dominante ou para os administradores comuns do grupo[291]. Em outros termos, a distinção entre grupos centralizados e descentralizados refere-se à direção unitária, à estrutura de organização do processo de decisão empresarial (*organizational-governance structure*[292]) adotada pelos grupos.

São grupos centralizados aqueles em que há elevado nível de transferência das decisões empresariais, de modo que a autonomia das socie-

[289] Cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 278.

[290] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 292. Para uma análise comparativa dos modelos contratual e orgânico de regulação dos grupos, cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 280, nota de rodapé 184.

[291] Cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 367.

[292] *Ibidem*.

dades fica seriamente comprometida. É o caso dos grupos em que as decisões sobre política financeira, comercial, administrativa, em seus menores detalhes, deixam de ser tomadas pela sociedade isolada, partindo de administradores comuns do grupo, ou de uma determinada sociedade que o integra.

Essa é a situação típica de estruturas, cada vez mais freqüentes, em que não há propriamente uma divisão em sociedades capazes de desenvolver sozinhas uma determinada atividade, ainda que sob uma direção única, mas uma divisão segmentada de tarefas e atribuições entre cada membro, de tal sorte que a atividade geral do grupo nasce do somatório dessas funções. A divisão em unidades empresariais completas foi adotada, inicialmente, por exemplo, pelas montadoras de veículos, cujas filiais, instaladas em diferentes regiões e países, constituíam unidades industriais inteiramente preparadas para o exercício da atividade de montagem e de venda de veículos (v.g., as montadoras de veículos instaladas na década de 1950 no ABC paulista). Nos dias de hoje, tem sido observada uma nova estrutura organizacional, pela qual a atividade empresarial é exercida pelo grupo como um todo, por meio das diversas sociedades que o integram, cada qual cuidando de uma função ou segmento específico (v.g., um grupo em que determinada sociedade cuida da área de pesquisa e de desenvolvimento de novos produtos, outra cuida da área de publicidade, outra da área de distribuição, outra é proprietária das marcas e patentes etc.). Essa estrutura integracionista pode ser apontada como o modelo ideal de empresa plurissocietária, pois os diversos entes juridicamente autônomos compõem uma única empresa, ou seja, uma unidade econômica absoluta. A posição das unidades jurídicas em relação ao grupo, nessa configuração, é análoga à das divisões de uma empresa unissocietária (divisão de pesquisa, divisão de *marketing*, divisão de vendas etc.).

Veja-se que nada impede que um grupo de subordinação seja organizado de forma descentralizada, ou seja, mantendo a maior parte das competências decisórias em cada unidade empresarial. Haverá, certamente, uma sociedade controladora, mas esta terá optado por uma estrutura organizacional em que as decisões serão tomadas por cada uma das sociedades controladas, por razões, por exemplo, de eficiência econômica. Da mesma forma, é possível que um grupo de coordenação adote um

modelo centralizado, pelo qual as competências decisórias são atribuídas a uma sociedade líder ou a administradores comuns. Não haveria, nesse caso, relação de controle entre as sociedades, mas sim de coordenação em torno de uma direção única, que teria caráter centralizador, ou seja, que abrangeria a maior parte dos aspectos relativos à atividade de cada membro. A despeito dessas considerações, que visam a evidenciar a distinção entre os critérios de classificação – *subordinação/coordenação* e *centralização/descentralização* –, não se pode deixar de observar que, em regra, os grupos de subordinação são mais centralizados do que os grupos de coordenação.

Para finalizar, é imperioso assinalar que os grupos centralizados e descentralizados correspondem a categorias ideais, verificando-se na realidade concreta uma imensa variedade de situações que comportam diferentes graus de centralização administrativa[293].

D.1.d) Outras classificações

32. Além das classificações das quais antes se tratou, inúmeras outras poderiam ser apresentadas, sem, porém, maior utilidade para o presente trabalho. Assim, apenas a título de indicação, são mencionadas as seguintes: grupos industriais, financeiros e pessoais[294]; grupos nacionais e multinacionais[295]; grupos de base societária, contratual e pessoal[296]; grupos de participação radial, piramidal ou em cascata[297];

[293] *"La gestion unitaire peut donc être centralisée ou décentralisée, hierarchisée ou collégiale; elle peut se manifester par une intervention constante dans les affaires des filiales ou se borner à définir les grandes lignes d'ensemble d'une politique; elle sera toujours présent et se fera toujours sentir en dernier ressort pour réprimer les attitudes incompatibles avec l'-esprit- et les intérêts du groupe, ou simplement, son organisation."* (Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*, cit., p. 12).

[294] Cf. C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentracion de la Société par Action*, cit., p. 210 e ss..

[295] Critério baseado na presença das sociedades agrupadas em apenas um país ou em vários.

[296] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*. p. 49. Uma variante dessa classificação será abordada no tópico seguinte.

[297] Cf. W. Bulgarelli, *O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas*, cit., p. 97 e ss..

grupos com e sem a perda da personalidade jurídica[298]; grupos de concentração vertical, horizontal e do tipo conglomerado[299]; entre outras inúmeras possíveis, dada a diversidade de critérios e a mulplicidade das formas que podem ser assumidas pelas associações de empresas.

Neste estudo, para efeito de qualificação jurídica e distinção de outras figuras afins, entende-se que grupos de sociedades são aqueles constituídos sob o signo da direção unitária, implicando sempre, em maior ou menor grau, a perda da independência econômica de seus integrantes e a conseqüente atuação em prol do interesse de um deles, ou do grupo globalmente considerado[300]. Em uma palavra, reconhece-se a presença do grupo de sociedades sempre que se estiver diante da *diversidade jurídica* aliada à *unidade econômica*.

E) Grupos de sociedades não fundados em participação no capital. As múltiplas formas de organização dos grupos

33. Já se adiantou que uma das vantagens trazidas pelos grupos é a sua flexibilidade, sua capacidade de adaptação às exigências de cada empreendimento empresarial, seja de grande, médio ou pequeno porte, seja na área de produção e circulação de bens ou na de prestação de serviços.

Não é de estranhar, portanto, que na realidade concreta os grupos assumam múltiplas formas de organização, que se apresentam em constante mutação, sem respeitar as fronteiras da personalidade jurídica de cada sociedade participante. Neste tópico, pretende-se apontar algumas das principais técnicas de organização dos grupos.

Deve-se iniciar pela observação de que, embora a participação no capital seja indiscutivelmente o principal tipo de vínculo entre as sociedades agrupadas, está longe de constituir o único[301]. Na linguagem

[298] *Ibidem*, p. 129.

[299] Cf. Y. Guyon, *Droit des Affaires*, cit., p. 575.

[300] De forma análoga, cf. Y. Guyon: *"le groupe est un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique"* (*Droit des Affaires*, cit., p. 574).

[301] *"É mister, no entanto, ressaltar que o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente,*

econômica de Coase[302], pode-se afirmar que os empresários encontraram fórmulas que lhes permitem reduzir a níveis desejáveis os custos que decorreriam de uma transação no mercado, mediante o controle da atividade empresarial de uma outra sociedade, independentemente da participação no seu capital[303]. Vale dizer, os custos que decorreriam de uma negociação entre duas empresas independentes, em torno do preço das mercadorias ou das quantidades a serem produzidas, por exemplo, são reduzidos substancialmente porque, mesmo sem participar no capital da outra sociedade, uma delas tem o poder de orientar sua atividade empresarial.

Essa constatação não é nova, tendo sido apontada há várias décadas pela doutrina, que tem qualificado tal poder empresarial, sem participação no capital, como *controle externo*, assim entendido aquele que é exercido de fora da estrutura da sociedade[304]. A tanto se deve adicionar o controle gerencial, ou seja, exercido pelos administradores, que também não se baseia na propriedade do capital, mas é classificado como modalidade de *controle interno*, por ser exercido no âmbito dos órgãos da sociedade[305], ou seja, de sua estrutura interna.

O controle externo pode manifestar-se de diferentes formas. Pode resultar de particulares relações contratuais que, potencialmente, levam uma das partes a ficar sujeita, em maior ou menor grau, ao comando da outra. São exemplos os contratos de franquia, de representação, de

sob a forma de participação acionária em todas as sociedades controladas" (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 30).

[302] "The Nature of the Firm", *in The Nature of the Firm, Origins Evolution and Development*, cit.; "The Problem of Social Cost", cit..

[303] Cf. F. K. Comparato, "Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador", *in Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, cit., p. 276.

[304] Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 68 e ss.; Guilherme D. Cunha Pereira, *Alienação do Poder de Controle Acionário*, cit., p. 13 e ss.; Carlo Pasteris, *Il Controllo*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 31 e ss..

[305] O *management control* é objeto central de preocupação de A. Berle e G. Means, no clássico *The Modern Corporation and Private Property*, cit.. Classificando-o como modalidade de controle interno, cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 57.

concessão mercantil, de transferência de tecnologia, entre outros, de larga utilização na realidade empresarial de hoje. A título ilustrativo, quem poderia dizer que seria autônoma uma sociedade que celebrasse contrato de franquia com outra, para atuar no ramo de *fast food*, pelo qual se obrigasse a observar a política de vendas, de preços, de publicidade, administrativa e de pessoal da franqueadora? Evidentemente, grande parte das decisões empresariais teria sido transferida da esfera da sociedade franqueada para a da franqueadora.

Não está o controle externo limitado, porém, às relações contratuais dessa natureza. Pode decorrer também de situações de monopólio ou de monopsônio, nas quais, seja pela falta de outro fornecedor, seja pela falta de outro adquirente, a sociedade fica na esfera da decisiva influência de outra. É o que também se observa em relação aos diversos tipos de credores, especialmente os bancos, quando a sociedade se encontra em difícil situação financeira. Nesses casos, é bastante comum que os contratos de financiamento estabeleçam restrições quanto aos negócios da empresa, concedendo ao credor poder de fiscalização e, até mesmo, de veto em relação a determinadas matérias. É comum, ainda, que seja concedido ao credor o direito de eleger membros do conselho de administração ou do conselho fiscal da sociedade devedora. Essa espécie de controle do credor e seus efeitos em relação à sociedade têm sido objeto de inúmeros estudos, sobretudo, na literatura norte-americana[306].

O controle externo, assim brevemente abordado, tem sido um importante instrumento de unificação dos grupos, conforme as exigências econômicas apresentadas por cada ramo de atividade. Não seria exagerado afirmar que a evolução tecnológica, o desenvolvimento dos instrumentos financeiros, a integração dos mercados, entre outros fatores que marcam a atual *economia globalizada*[307], acentuaram a importância do controle externo como forma alternativa de concentração do poder empresarial, sem a rigidez, os riscos e a necessidade de mobilização

[306] A esse respeito, veja-se S. Gilson e M. Vetsuypens, "Creditor Control in Financially Distressed Firms: Empirical Evidence", *in Washington Univesity Law Quarterly* vol. 72, 1994, p. 1005.

[307] Cf. José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, cit., p. 59 e ss..

de capital decorrentes do sistema clássico, baseado na participação de uma sociedade no capital de outra.

É interessante observar que, após uma tendência de crescimento das macrocompanhias, que passaram a se organizar sob a forma de *conglomerados*[308], a partir da década de 1980 verificou-se um movimento de redução do tamanho e do escopo de suas atividades, que as fez procurar voltar-se para o chamado *core business*, ou seja, os negócios em relação aos quais possuem maior competitividade. Os conglomerados, pelo menos alguns, parecem ter atingido dimensões que os tornaram ineficientes, considerando-se o sistema produtivo de altíssima competitividade e inovação, que atualmente domina o mundo dos negócios[309].

Fala-se, então, em *especialização*, ou em *terceirização*, ou seja, na transferência para o mercado de determinadas atividades que eram desenvolvidas internamente, mas que ainda são necessárias para a empresa. Em uma situação normal, tal como na teoria desenvolvida por Coase, era de se esperar que essa transferência de algo que era realizado dentro da *sociedade-empresa* para o mercado implicaria a substituição do mecanismo de autoridade e direção pelo sistema de preços[310]. A realidade, porém, é que as empresas encontraram meios (sobretudo, técnicas contratuais) de aproximar as características das atividades realizadas pelos terceiros àquelas que seriam realizadas no seu âmbito interno. Vale dizer, cria-se uma relação de subordinação entre as sociedades contratante e contratada, que não se baseia na propriedade de capital, mas em

[308] *"A severa experiência da grande crise de 1929 deu ensejo a um novo tipo de concentração de emprêsas no mundo capitalista, com a chamada integração complementar, ou conglomerado. Ao revés do que sucede na concentração clássica – horizontal ou vertical – em que o grupo empresarial permanece no mesmo setor econômico, o conglomerado representa a diversificação de participações financeiras nos mais diversos mercados"* (F. K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Emprêsa*, cit., p. 6).

[309] Aludindo a um movimento de *"deconglomeration"*, a partir da década de 1980, cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, cit., p. 118.

[310] "The Nature of the Firm", *in The Nature of the Firm, Origins Evolution and Development*, cit.. A esse respeito, veja-se item *A*, do Capítulo I, da Parte III.

modalidade de controle externo, levando-as a formar uma unidade empresarial, na medida em que os recursos são orientados pelo mecanismo de autoridade e direção, e não pelo sistema de preços, que caracteriza as relações de mercado.

Encontra-se na *University of Pittsburgh Law Review*[311] interessante estudo que aborda justamente a estrutura de poder e a eficiência econômica das organizações empresariais resultantes dessa forma de *especialização*, ou de *terceirização*, nele chamadas de *virtual organizations*.

São utilizados dois exemplos, um relativo à atividade industrial e outro à prestação de serviços. O primeiro é o da fábrica de caminhões da Volkswagen de Rezende, Estado do Rio de Janeiro que, segundo o estudo, possui 200 empregados que se encarregam de supervisionar o trabalho realizado por outros trabalhadores, que representam 80% do contingente total envolvido na atividade da empresa, que são empregados de outras sociedades, contratadas pela montadora alemã[312]. O segundo refere-se à Olin Corporation, baseada em Stamford, que transferiu para um escritório externo de advocacia três de seus especialistas em propriedade intelectual, passando, então, a contratar os serviços desse escritório.

O objetivo da formação das *virtual organizations* seria a redução de custos, pois o desenvolvimento das referidas atividades sob a forma de contratos com terceiros seria mais flexível, permitindo que cada agente econômico se dedicasse àquelas funções que poderia desempenhar de modo mais eficiente (*core functions*). A redução de custos se daria tanto pela circunstância de que a empresa contratada poderia exercer a atividade com maior eficiência, como pelo fato de que a contratante poderia negociar de forma mais dura, atribuindo àquela uma parcela maior de custos.

[311] Claire Moore Dickerson, "Spinning Out of Control: The Virtual Organization and Conflicting Governance Vectors", *in University of Pittsburgh Law Review* n. 59, 1998, p. 759.

[312] Calixto Salomão Filho cita exatamente a mesma fábrica para ilustrar o que chama de *consórcios modulares*, ou seja, forma de organização em que a empresa passa a ser um centro de confluência de vários fornecedores, transformando-se num *"simples e puro feixe de organização de contratos"* ("Interesse Social: Concepção Clássica e Moderna", *in O Novo Direito Societário*, cit., p. 35).

Conclui o estudo, no entanto, que essa estrutura organizacional mostra-se menos eficiente, comparativamente ao desenvolvimento da atividade no âmbito interno da empresa, a menos que a contratante mantenha um elevado nível de controle sobre a atividade da contratada. Sem o controle exercido pela sociedade contratante, as *virtual organizations* passam a ser desvantajosas, em virtude da curta duração da relação contratual e dos custos de transação mais elevados, que decorrem de uma negociação normal de mercado com outra empresa independente[313].

Nesse cenário, não há dúvida de que o movimento de *especialização*, ou de *terceirização*, das grandes empresas, observado, sobretudo, a partir da década de 1980, freqüentemente, traz consigo a preocupação destas de manter uma influência importante sobre a atividade a ser desenvolvida por aquela que será contratada, expandindo-se, assim, os grupos de subordinação fundados em controle externo.

[313] *"The fly in the ointment is that this structure is fundamentally unsuited to efficient governance, precisely because the virtual organization is a system of supply contracts that bind the providers. In the purest form of the virtual organization, the hub's function may be limited to supervision of the suppliers, as is largely the case for VW, and is the case to a more limited degree for Olin's legal department. Indeed, the hub is able to benefit from transferring its costs to providers precisely because it limits its core function and then contracts out the other functions to a third-party "other." As I argue in this article, however, the structure that makes possible this reallocation of costs simultaneously makes the virtual organization difficult and cumbersome to govern. The virtual organization converts an activity that would be within a traditional vertical structure's cooperative unit, into an activity performed under contract. Based on a contract form, the virtual organization is inherently more adversarial, more non-cooperative, than is the traditional vertical structure. As we will see, this entire structure is unstable because the hub seeks to keep the providers at a distance in order to shift costs to them. Only the hub's dominance holds the organization together; market power is the governance tool. It is because of its market power that the hub can extract the initial benefits from its third-party providers. Once the hub loses its dominance over the providers, the virtual organization flues apart because of the inconsistent profit-incentives, the short-term nature of the contract relation, the structure's incompatibility with the exercise of social influence, and the overwhelming transaction costs"* (Claire M. Dickerson, "Spinning Out of Control: The Virtual Organization and Conflicting Governance Vectors", *in University of Pittsburgh Law Review*, cit., p. 762).

Em suma, se é verdade que, no momento atual, procuram-se formas mais flexíveis de organização da empresa, capazes de adaptar-se rapidamente às condições de mercado, não é menos verdade que não se pretende perder o poder de decisão empresarial, que, tanto quanto a flexibilidade, é essencial à garantia de eficiência econômica[314].

Destarte, por meio de relações contratuais que assumem múltiplas formas (contratos de fornecimento, de franquia, de distribuição, de licença, de transferência de tecnologia etc.), buscam as empresas aliar as vantagens da concentração do poder de decisão empresarial aos benefícios de uma estrutura mais flexível, que implique menos risco do que aquela baseada apenas na participação no capital[315]. É ilustrativo o seguinte

[314] Cf. Ann E. C. Stilson, "The Agile Virtual Corporation", *in Delaware Journal of Corporate Law* n. 22, 1997, p. 497. Neste artigo parte-se da preocupação do Congresso norte-americano com as crescentes exigências de competitividade impostas pela globalização, que o levou, em 1991, a encomendar ao Departamento de Defesa a organização de uma força-tarefa entre as diversas agências governamentais para estudar as práticas operacionais das empresas norte-americanas. O objetivo era estudar formas de aumentar a competitividade das empresas daquele país. O estudo que resultou desse trabalho introduziu o termo *agile* para descrever as características fundamentais da empresa competitiva. Veja-se a seguinte passagem: *"According to the roundtable, 'agility' is the ability of American firms to rapidly reconfigure themselves in order to respond to market opportunities and shifting consumer demands"* (ob. cit., p. 498). Tem-se aí um bom exemplo de como a flexibilidade, a capacidade para rápidas transformações, tornou-se uma preocupação central para a empresa contemporânea.

[315] José Eduardo Faria, em seu *O Direito na Economia Globalizada*, assevera: *"A partir daí, graças a um crescente upgrading dos fatores de produção, as empresas passam a adotar estruturas cada vez mais descentralizadas, nas quais predomina uma tríplice relação de parceria: (a) a do capital com o trabalho qualificado, sob a forma de 'redes de locação, subempreitada e contratação' (mais conhecidas como 'terceirização'); (b) a dos setores de 'montagem' com cadeias fornecedoras valendo-se dos contratos de pesquisa, de franquias, de licença de patentes e de licença de marcas como instrumento de apoio tecnológico às pequenas e médias empresas; (c) e a dos sistemas de cadeias integradas de competição* (network based competition), *formando esquemas competitivos em que as empresas dos países industrializados se integram nos grandes sistemas de produção e/ou distribuição dos países desenvolvidos. (...) O sistema produtivo, nesse novo cenário, não chega a ser tão integrado como nas grandes empresas e corporações de natureza fordista. No entanto, a formação de 'redes' em torno de seus 'núcleos duros' torna as relações contratuais entre*

quadro comparativo das estruturas organizacionais das empresas: (I) forma rígida – centro de comando, rigidez, hierarquia e subordinação; (II) forma maleável – diversos centros de comando, cadeias e redes, interação, múltiplos canais decisórios, fluxo de informações[316].

Os grupos de sociedades, portanto, antes baseados na sua esmagadora maioria em vínculos de participação no capital, agora passam a se formar também por meio de relações contratuais que geram situações de controle externo, em graus diversos, e que se apresentam em constante mutação. Nesse novo panorama, passa a ser fundamental o reconhecimento pelo direito positivo do controle externo, sendo igualmente imprescindível tomar em conta o caráter dinâmico desse poder, em suas diversas formas, na medida em que pode ser alocado a todos os participantes da atividade empresarial, em graus distintos de intensidade, ao sabor das exigências econômicas que se impõem a cada momento.

Essas questões serão mais bem abordadas, em seus aspectos jurídicos, na Parte III. Por ora, procurou-se demonstrar que o modelo clássico da sociedade isolada autônoma há muito tempo deixou de corresponder à realidade das múltiplas técnicas de organização da empresa contemporânea que, sob o aspecto jurídico, exteriorizam-se por meio dos grupos de sociedades, fundados, ou não, na propriedade do capital.

F) Função sócio-econômica do grupo de sociedades

34. São de várias ordens as vantagens proporcionadas pelos grupos, dentre as quais, podem ser destacadas as de natureza econômica, financeira e jurídica[317].

os que delas fazem parte muito mais específicas e duradouras do que no caso de contratações tradicionais e casuais" (*O Direito na Economia Globalizada*, cit., p. 79 e 80).

[316] O quadro, contendo interessante representação gráfica, é apresentado por José Eduardo Faria, em *O Direito na Economia Globalizada*, cit., p. 73, indicando-se como fonte Stephen H. Rhinesmith, *Six Skills for Success in a Changing World*, Alexandria, American Society for Training and Developing, 1995, p. 9. A primeira forma é apontada como sendo a da *companhia multinacional* e a segunda a da *companhia global*.

[317] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 36 e ss..

As vantagens econômicas decorrem da possibilidade de reunir em um universo econômico mais vasto, com uma política comercial, financeira e administrativa comum, diversas unidades, que permanecem patrimonial e juridicamente autônomas, permitindo operações de *integração vertical* – integração dos fornecedores ou dos adquirentes; de *integração horizontal* – integração dos concorrentes, aumentando o poder de mercado e as economias de escala; e de *integração conglomerada* – integração de unidades empresariais de setores diversos, permitindo maior eficiência e redução dos riscos por meio da diversificação de atividades. Ademais, ao permitirem a concentração econômica em estruturas patrimoniais e organizacionais que podem ser mais ou menos descentralizadas, os grupos evitam os problemas decorrentes do *gigantismo* das sociedades. Tem-se se verificado que o crescimento interno indefinido da empresa gera uma progressiva rigidez organizacional, adotando-se estruturas cada vez mais burocratizantes e, por conseqüência, ineficiências econômicas (são as chamadas *deseconomias de dimensão* ou *deseconomias de escala*)[318]. Finalmente, os grupos permitem a adoção de estruturas elásticas, maleáveis, flexíveis, permitindo constantes reajustamentos de estratégia e ação empresarial, segundo os imperativos do mercado. Especialmente os grupos não baseados em propriedade do capital, como se teve oportunidade de assinalar, permitem rápidas modificações da estrutura empresarial, com custos econômicos menores. É notório que a extinção de uma relação contratual pode ser realizada de maneira muito mais rápida, e a custos menores, do que, por exempo, uma operação de cisão, de incorporação, de fusão, de venda de participações acionárias ou de dissolução, como se faria necessário para a reorganização de grupos baseados em participação no capital[319].

Os grupos apresentam também significativas vantagens financeiras, na medida em que permitem o controle de expressiva massa de capitais e de negócios por meio de um investimento inicial relativamente reduzido. É o

[318] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 37; C. Champaud assinala que *"à partir d'un certain moment les méfaits du gigantisme risquent de stériliser les bienfaits de la puissance"* (*Le Pouvoir de Concentration de la* ***Société par*** *Action*, cit., p. 3).

[319] Cf. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 38.

que ocorre nos grupos de participação piramidal, ou em cascata, que se estruturam de forma tal que, no ápice, figura uma sociedade que controla, direta e indiretamente, inúmeras outras que possuem participação em ordem decrescente, à semelhança de uma pirâmide. Assim, por exemplo, imaginem-se três sociedades (A, B, e C) com capital de 100 cada uma, estruturadas de tal forma que A detenha 51% do capital de B e esta por sua vez 51% do capital de C. Nesse caso, o titular de um investimento em A equivalente a 51, poderá determinar a condução da atividade empresarial de A, B e C, comandando os destinos de um investimento equivalente a 300[320].

Há também vantagens jurídicas que decorrem da utilização da técnica dos grupos. Na medida em que é obtida a unidade de direção econômica, sem a perda da autonomia jurídica e patrimonial de cada sociedade agrupada, consegue-se uma limitação, ou uma divisão, dos riscos da exploração empresarial, o que é altamente interessante. Na hipótese do crescimento interno da sociedade, todo o patrimônio fica vinculado aos riscos dos negócios por ela desenvolvidos. Por meio da técnica grupal, podem-se limitar os riscos de cada negócio a um determinado patrimônio, separado pela personificação da sociedade, que fica encarregada de explorá-lo. Evita-se, assim, que as vicissitudes enfrentadas por determinada área econômica, ou seja, por determinadas sociedades, afetem o grupo como um todo[321].

Em suma, pode-se concluir que os grupos de sociedades se afirmaram como a principal técnica jurídica de organização da atividade empresarial contemporânea, fundamentalmente, em virtude de sua capacidade de aliar a necessidade de contínua expansão e concentração às exigências de flexibilidade e diversificação funcional, setorial e geográfica impostas pela economia globalizada[322].

[320] *Ibidem*, p. 39.

[321] *Ibidem*, p. 40.

[322] Apesar do acelerado processo de concentração, as pequenas e médias empresas sempre tiveram seu espaço. Estudos econômicos demonstram que, muitas vezes, dependendo do setor de atividade, as pequenas e médias empresas apresentam produtos e serviços de melhor qualidade e uma maior rentabilidade, em relação àquelas de maior porte. Fábio Konder Comparato ressalta esse aspecto, afirmando que *"as pequenas e médias empresas costumam apresentar virtudes em geral desconhecidas pelos gigantes econômicos: grande capacidade de inovação, flexibilidade de estruturas, ensejando pronta adaptação às novas situações do mercado, rapidez de decisão, atendimento personalizado da clientela. Naqueles setores, sobretudo, em que a qualidade é função não tanto do capital técnico ou do montante dos investimentos, mas da qualidade pessoal, como sucede amiúde em matéria de serviços, a macro-empresa parece ser suplantada, sistematicamente, pela concorrência de unidades menores"* ("Consórcios de Empresas", *in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 222 e 223). Assim, em vez de se expandirem internamente de forma ilimitada, o que as faria padecer dos problemas gerados pelo *gigantismo*, as empresas encontraram nos grupos societários estruturas jurídicas aptas a propiciar algumas das vantagens das pequenas e médias empresas, especialmente no que respeita à flexibilidade e à rapidez de adaptação a novas situações de mercado, exigência fundamental no sistema econômico ora vigente.

Em razão da *diversidade jurídica*, o grupo permite a adoção de múltiplas estruturas organizacionais, em escala mundial, capazes de rápidas modificações (inclusive, desmobilização de capitais), segundo os desejos dos mercados consumidores, com limitação dos riscos à órbita de cada unidade.

Em razão da *unidade econômica*, o grupo propicia a concentração do poder empresarial, indispensável para a obtenção de economias de escala, para o investimento em pesquisa e em desenvolvimento de novos produtos e para arcar com os altos custos de distribuição e de publicidade, em escala mundial.

Nesse sentido, os grupos de sociedades, em suas múltiplas formas, podem ser havidos como a estrutura jurídica adequada ao sistema da *especialização flexível*, apontado por José Eduardo Faria como o paradigma técnico-industrial da *economia globalizada*[323].

Isto posto, cumpre examinar em que medida a expansão e a afirmação dos grupos de sociedades, com ou sem participação no capital, como a principal técnica de organização da empresa moderna levou o modelo societário clássico a um estado de crise, de absoluta inadequação com a realidade econômica e social.

[323] Cf. José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, cit., p. 78 e ss.

CAPÍTULO III – GRUPO DE SOCIEDADES E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL E ORGANIZACIONAL

Já se afirmou que a personalidade jurídica, instituto central no modelo societário clássico, tem como consectários a estrutura patrimonial e organizacional autônomas. Os grupos de sociedades acarretam, porém, a relativização, ou mesmo, a destruição desses princípios, levando à ruína os pilares do atual modelo societário.

A) Grupo de sociedades e patrimônio autônomo

35. A estrutura patrimonial autônoma é essencial para a definição do *status* dos diversos participantes da atividade empresarial, seja do ponto de vista interno, seja do ponto de vista externo. Afinal, a separação do patrimônio, que decorre da personificação, permite que as posições ativas e passivas da sociedade tenham um ponto de referência específico e bem delimitado, propiciando a limitação da responsabilidade dos sócios, instrumento fundamental para o desenvolvimento econômico desde a segunda metade do século XIX[324]. O patrimônio da sociedade, separado do patrimônio dos sócios, responde pelas vicissitudes da atividade empresarial.

O surgimento dos grupos de sociedades, contudo, afeta a estrutura patrimonial autônoma, na medida em que transforma os patrimônios das diversas sociedades em instrumentos para a realização de um interesse global, distinto daquele que seria ostentado por cada uma delas, se atuassem de forma isolada. Os ativos e passivos de cada sociedade transformam-se em ativos e passivos de todo o grupo, sendo transferidos e alocados entre seus diversos integrantes, no exclusivo interesse deste, segundo a estratégia empresarial globalmente concebida para enfrentar as exigências econômicas de cada momento[325].

[324] Cf. item *B.1.*, do Capítulo I, da Parte II.

[325] Na feliz definição de Engrácia Antunes, os grupos transformam o patrimônio autônomo das sociedades em *"a simple pool of assets managed for the interest of the group itself and according to its general business strategy"* (*Liability of Corporate Groups*, cit., p. 68).

Na famosa, e eloqüente, frase de Champaud, *"les relations économiques entretenues entre les entreprises sociales et les pouvoirs exorbitants issus du contrôle, pemettent d'appliquer à leur patrimoines une tradution comtable et financière du principe des vases communiquants"*[326]. Realmente, o princípio dos vasos comunicantes pode ser aplicado à perfeição, quando se trata de examinar a realidade patrimonial dos grupos de sociedades, pois a transferência de recursos financeiros entre seus membros se dá em nível elevado e com grande freqüência, a ponto de serem considerados como autênticas *organizações de mercado interno*[327]. É que os grupos, ao promoverem a separação entre sociedade e empresa, ao constituírem *unidade econômica* e *diversidade jurídica*, procuram a alocação ideal dos recursos financeiros, tecnológicos e humanos entre as diversas sociedades que os compõem, sempre no contexto de uma estratégia empresarial comum. Afinal, uma das funções econômicas primordiais dos grupos é propiciar maior eficiência, em razão da sinergia criada pela transferência de recursos entre seus membros[328].

Cumpre, portanto, identificar a causa desse sistema de vasos comunicantes e as principais formas pela qual opera para, em seguida, abordar os seus efeitos em relação aos sócios e aos terceiros que se relacionam com as sociedades.

36. Como se teve oportunidade de assinalar, a direção unitária é característica essencial dos grupos, podendo abranger todos os setores da atividade das sociedades agrupadas, ou apenas alguns deles, sempre afetando, ainda que em grau mínimo, sua independência econômica, pois as unidades passam a atuar não em seu interesse próprio, mas no inte-

[326] *Le Pouvoir de Concentracion de la Société par Action*, cit., p. 275.

[327] Os grupos, segundo essa teoria, constituem *mercados organizados*, por criarem transferências internas de capitais, trabalhadores, tecnologia e *know how*. Cf. G. Teubner, "Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises", *in Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 67 e 104.

[328] *"The integration of a corporation within the realm of a group ('Konzernzone') exposes it to the particular patrimonial effects displayed by the specific operating logic of this form of enterprise organization, whose very rationale lies precisely in the synergy-effects steimming from the more efficient allocation of resources between various group components"* (Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 68).

resse da sociedade dominante, ou de todo o grupo[329]. É justamente em função dessa direção unitária, mais ou menos intensa, que a autonomia patrimonial das sociedades agrupadas deixa de existir.

Tome-se, inicialmente, a direção unitária exercida em relação à política financeira, talvez, aquela que se apresenta com maior freqüência[330]. A política financeira do grupo pode ser menos centralizada, caso em que a sociedade dominante limita-se a fixar as diretrizes gerais e a exigir prévia aprovação em relação a decisões mais importantes. Pode apresentar, porém, elevado nível de centralização, ficando a cargo da sociedade dominante, ou de uma sociedade do grupo exclusivamente encarregada dessa função, a administração do dia-a-dia financeiro das unidades integrantes, cuidando dos pagamentos e recebimentos, planejando o fluxo de caixa, a política de obtenção de novos recursos, de reinvestimento e de distribuição de dividendos, definindo orçamentos e metas financeiras. Nesses casos, é comum a criação de um *caixa único*, centralizando todas as operações financeiras do grupo.

As transferências de recursos entre as sociedades integrantes do grupo ocorrem nas mais diversas direções, ou seja, da dominante para as dominadas (*downstream*), destas para aquela (*upstream*), ou mesmo entre as diversas sociedades dependentes (*cross-stream*). Também se dão sob os mais diversos títulos jurídicos (v.g., concessão de empréstimos, *royalties*, transferência de tecnologia, venda de mercadorias, prestação de serviços, distribuição de lucros etc.), permitindo ao grupo uma enorme margem de manobra para planejar, segundo seu interesse, a melhor alocação de recursos financeiros entre as sociedades. Os valores dessas transações financeiras dificilmente observam a lógica de mercado, mas obedecem à lógica da *organização interna de mercado*, em que os grupos se transformam. O direito tributário tem se preocupado com essa

[329] Cf. Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, cit., p. 12 e 36.

[330] *"La dépendance financière des filiales est un élément pratiquement constant. (...) quel que soit le poids de la filiale, son appartenance au groupe entraînera toujours pour elle l'intégration de sa politique financière et d'investissements dans celle du groupe. Elle lui procurera également le plus souvent des avantages considérables"* (Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*, cit., p. 18).

situação, procurando coibir as transferências de recursos realizadas entre sociedades *ligadas* como instrumento de redução da carga tributária. Trata-se do que o direito tributário chama de *preços de transferência* (*transfer prices*)[331].

Nessa medida, uma das principais fontes de recursos para as sociedades do grupo são aquelas provenientes do próprio grupo. Contudo, também em relação às duas formas clássicas de obtenção de recursos – subscrição de ações e empréstimos –, os grupos exercem influência. Em relação à captação de investimento por meio da participação acionária, é de se verificar que esta fica praticamente restrita ao âmbito da sociedade dominante. As sociedades dominadas, normalmente, não se utilizam dessa forma de captação de recursos, de modo que a dispersão do capital da grande empresa, nestas sociedades, é substituída pela elevada participação da sociedade dominante. Bem ilustra essa realidade o fato de a General Motors, sempre lembrada como exemplo de elevado índice de dispersão do capital, constituir-se no Brasil sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cuja sócia controladora, uma sociedade estrangeira do grupo, detém a quase totalidade do capital. Essa situação é observada em relação à maioria das sociedades brasileiras que integram grupos transnacionais[332].

Com relação à obtenção de financiamentos bancários, as sociedades dominadas passam a depender da aprovação da sociedade dominante,

[331] A respeito do assunto, na doutrina brasileira, veja-se Hermes Marcelo Huck, *Evasão e Elisão – Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 291 a 315. O autor assim define o preço de transferência: *"Em breve síntese, denomina-se preço de transferência o preço de um produto (ou de serviços), preço esse manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacional, quando um mesmo agente é capaz de controlar ambas as pontas da operação, tanto a vendedora como a compradora (...) o abuso dos preços de transferência e a utilização de paraísos fiscais continuam a ser importantes elementos constitutivos de um intenso processo de evasão fiscal internacional, e sua sofisticação, num mundo cada vez mais entrelaçado por relações comerciais, torna sua repressão complexa e de resultados pouco animadores"* (ob. cit., p. 289-290).

[332] A título ilustrativo, é o caso de C&A Modas Ltda., Nestlé Industrial e Comercial Ltda., Ford do Brasil Ltda., Volkswagen do Brasil Ltda., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Esso Brasileira de Petróleo Ltda., entre outras.

ficando seu crédito atrelado à reputação desta. Assim, o crédito das sociedades integrantes do mesmo grupo deixa de depender apenas do seu patrimônio e dos seus resultados, ficando vinculado ao desempenho das demais, o que corresponde a uma clara exteriorização dos riscos do negócio para além da fronteira das personalidades jurídicas.

O impacto da direção única da política financeira sobre a autonomia patrimonial das diversas sociedades é de tal ordem que, muitas vezes, torna-se absolutamente inviável a apuração dos resultados produzidos por cada unidade, em prejuízo de seus sócios. Com efeito, a integração de uma sociedade a um grupo, cuja política financeira seja centralizada, leva a uma tal confusão patrimonial entre as diversas unidades, transformadas em meros vasos comunicantes, que a distorção dos resultados patrimoniais de cada uma delas torna-se inevitável. Daí se afirmar que os minoritários das sociedades agrupadas ficam à mercê dos comandos da sociedade dominante, que dispõe de instrumentos eficazes para manipular os resultados, determinando a política de distribuição de dividendos e de novos investimentos[333].

A direção unitária pode levar a uma ruptura da autonomia patrimonial também no que se refere à política de vendas e de *marketing*. Nos grupos, a tendência é de que tais áreas sejam transferidas da esfera de decisão das diversas sociedades para uma divisão da sociedade dominante. Em muitos casos, há uma definição comum para todas as empresas do grupo quanto ao padrão e espécie de produtos, locais onde devem ser fabricados, quantidades a serem produzidas, momento de sua introdução no mercado, estratégia de distribuição e de publicidade, entre outras matérias. Essa orientação comum, se traz vantagens econômicas inegáveis (maior economia de escala, melhor controle de estoques, redução de custos de publicidade), expõe as sociedades dominadas a riscos em relação aos quais não

[333] *"One of the main instruments in the service of such unitary policy concerns precisely the reallocation of profits and dividends realized within the group: the corporate resources of one subsidiary (e.g., annual profits) can be transferred to another subsidiary of the same group, when parent corporation finds such channeling more promising in terms of investment return (ROI). The legal and factual services by which such transfers take place are mainly of a contractual and organizational nature"* (Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 81 e 82).

foram responsáveis, além de impedi-las de buscar adaptações nos produtos e novas oportunidades comerciais, em função das exigências do mercado consumidor do local de sua atuação. Há uma padronização dos produtos e serviços oferecidos pelas diversas sociedades em termos do espaço geográfico total, onde o grupo desenvolve suas atividades[334].

Quanto à política administrativa em geral, sua centralização, tão comum nos grupos, também pode levar à distorção do princípio da autonomia patrimonial. Sendo a definição das diretrizes administrativas gerais, ou mesmo as decisões do dia-a-dia, transferidas das sociedades dominadas para a esfera da sociedade dominante, o patrimônio daquelas passa a ser explorado segundo a orientação geral do grupo. Assim, é comum que determinados ativos sejam destacados para a realização de objetivos estranhos à sociedade, ou sejam assumidos passivos em benefício de outras sociedades do grupo.

Bem se vê, portanto, que os grupos levam à substituição do princípio do patrimônio separado e fechado de cada sociedade pela realidade do *patrimônio aberto* às diversas relações entre as sociedades que os compõem[335]. Também o princípio da formação e da manutenção do capital social é afetado. É freqüente a constituição da sociedade dominada com capital inferior àquele que seria necessário para o exercício de sua atividade, por contar o grupo com as transferências internas de recursos entre as diversas unidades que o compõem. Esse fenômeno, chamado de subcapitalização, tem sido uma das principais causas de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como se verá no capítulo seguinte. Quanto à manutenção do capital social, a livre transferência de recursos patrimoniais entre as sociedades, sempre em vista do interesse geral do grupo, gera uma estrutural distorção desse princípio, transformando o capital social em algo absolutamente ilusório, não representativo do patrimônio de cada sociedade isolada.

37. Em síntese, a direção unitária, em seus diversos aspectos, leva à ruptura da autonomia patrimonial, na medida em que transforma os ativos

[334] *Ibidem*, p. 71.

[335] *"(...) the principle of absolute closure of the corporate patrimony is replaced by the factual principle of its openness to intragroup relationships"* (*ibidem*, p. 80).

e passivos de cada sociedade em instrumentos a serviço dos interesses gerais do grupo. Tal situação tem reflexos importantes no que respeita à posição dos sócios e dos terceiros que se relacionam com as sociedades agrupadas, como se passa a examinar.

38. Os sócios, com a integração da sociedade ao grupo, têm sua posição jurídica afetada em diversos aspectos. Primeiro, o direito aos lucros, que fica gravemente distorcido em razão da livre alocação de recursos entre as várias sociedades do grupo, realizada por meio de instrumentos diversos. Esse direito também é afetado pela centralização da política de distribuição de lucros e de investimento, que passa a obedecer a uma lógica empresarial externa à sociedade – a lógica do grupo. Segundo, o direito à informação, pois a incrível complexidade das operações realizadas pelas diversas sociedades do grupo torna inviável uma visão clara e objetiva da situação econômica e financeira de cada sociedade. As informações pormenorizadas sobre as diversas operações costumam ser detidas apenas pelos administradores da sociedade dominante. Ademais, em prejuízo do direito à informação, está o fato de que a lei de diversos países não prevê instrumentos eficazes pelos quais o sócio possa ultrapassar a personalidade jurídica da respectiva sociedade para examinar as informações relativas às demais sociedades do grupo[336]. Sem essas informações, na medida em que os negócios são desenvolvidos em termos globais, é impossível uma adequada avaliação daquilo que está ocorrendo[337].

[336] A lei acionária brasileira (Lei n. 6.404/1976) não prevê nenhuma forma de fiscalização dos acionistas, ou do conselho fiscal, nas demais sociedades, no caso de grupos de fato. Fica estabelecida, apenas em relação aos grupos de direito, a possibilidade de o conselho fiscal pedir informações sobre as demais sociedades que o integram (art. 277, § 2°). A esse respeito, prevalece, de modo absoluto, o princípio da separação da personalidade jurídica de cada sociedade. No máximo, há normas estabelecendo a obrigação de as sociedades agrupadas apresentarem demonstrações financeiras consolidadas (arts. 247 e 275).

[337] *"Limité à la société, même si la société est dominante, ils ne permettent pas à la actionnaire de se faire une idée de la situation véritable de son entreprise, dont la réalité doit être envisagée comme celle d'un élément du groupe, dépendant des autres dans un très large mesure. Le statut d'actionnaire perd sa significacion car celui qui en béneficie n'est pas en mesure d'exercer les droits qui s'y rattachent: il ignore l'étendue réelle des avantages qu'il peut tirer de sa société ou des sacrifices qu'il supporte"* (Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*, cit., p. 28 e 29).

Vale notar que os efeitos se dão não apenas entre os sócios das sociedades dominadas, mas também da sociedade dominante[338]. A integração desta ao grupo implica necessariamente a afetação de seu patrimônio a uma atividade global, cujos riscos não se identificam com aqueles que decorreriam do desenvolvimento individual de sua própria atividade. Ademais, na medida em que relevante parte dos negócios se desenvolve por intermédio das sociedades dominadas, em relação às quais os sócios da dominante não têm acesso direto, estes vêem reduzido seu poder de influência, como melhor será evidenciado no tópico seguinte.

Os credores também têm sua posição jurídica substancialmente afetada pelo fenômeno dos grupos. A garantia do credor, consistente no patrimônio da sociedade devedora, perde toda a substância diante da realidade grupal, pois as transferências de recursos *intragrupo* e a orientação em favor de um interesse externo a cada unidade societária distorcem a estrutura patrimonial desta, como se observou anteriormente. Há, portanto, um total desequilíbrio entre o poder empresarial e os riscos do negócio. Por um lado, os grupos se beneficiam do princípio da limitação da responsabilidade em relação a cada unidade jurídica e, por outro, transferem os riscos ao credor, na medida em que o patrimônio autônomo, que deveria caracterizar cada uma dessas unidades, é inteiramente desvirtuado, não servindo como garantia de cumprimento das obrigações assumidas. Essa situação afeta particularmente os credores dotados de menor poder de negociação (v.g. fornecedores, consumidores, titulares de crédito decorrentes de ilícitos extracontratuais), que não são capazes de exigir garantias da sociedade dominante, como ocorre em relação, por exemplo, às instituições financeiras[339].

[338] A respeito dos efeitos do fenômeno dos grupos sobre a sociedade dominante, veja-se Engrácia Antunes, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, cit..

[339] Comentando a lei acionária brasileira, é interessante a seguinte passagem de Fábio Konder Comparato: *"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

39. A transformação do patrimônio de cada sociedade em instrumento da estratégia empresarial do grupo globalmente considerado afeta, portanto, o princípio da autonomia patrimonial, do qual decorre uma série de regras do modelo societário clássico, levando-o a uma crise de efetividade.

B) Grupo de sociedades e organização autônoma

40. Como centro de decisão e atuação no mundo jurídico, a sociedade se vale de uma estrutura organizacional de natureza hierárquica e baseada no princípio da separação de poderes. O poder societário se estrutura e se exerce através de órgãos, cujas atribuições são definidas pela lei, pelo estatuto ou pelo contrato social, devendo atuar no sentido da consecução do interesse social. Na sociedade anônima, principal técnica de organização da empresa no modelo clássico, a organização assume nos diversos países a seguinte forma básica: (I) órgão deliberativo (assembléia geral), (II) órgão de administração (conselho de administração e diretoria) e (III) órgão de fiscalização (conselho fiscal).

Com a integração da sociedade isolada ao grupo, a estrutura organizacional assim concebida entra em profunda crise, pois o exercício do poder passa a observar uma lógica diversa em relação a cada um dos órgãos das sociedades agrupadas.

No tocante à assembléia geral, ocorre um total esvaziamento de sua importância e de suas atribuições nas sociedades dominadas. Os grupos envolvem necessariamente uma direção econômica unitária, de modo que

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. (...) 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 são eles que deveriam – em boa justiça – merecer a tutela do legislador"* (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 360 e 361).

as decisões mais importantes sobre a vida societária deixam de ser tomadas no âmbito da assembléia geral de cada sociedade, passando a sê-lo no âmbito da sociedade dominante ou dos administradores comuns do grupo[340]. Nos grupos de subordinação, a assembléia geral das sociedades controladas transforma-se em mera formalidade legal, numa etapa burocrática a ser cumprida pela controladora, para a imposição de sua vontade[341]. A tanto se deve acrescentar a circunstância de que a direção unitária se exerce, na prática, por meio de determinações e orientações emanadas diretamente dos administradores da sociedade dominante para as dependentes, o que contribui para o esvaziamento da assembléia geral destas. Em suma, as decisões sobre as questões mais importantes da vida das sociedades dependentes não são tomadas no âmbito de seu órgão deliberativo, mas no âmbito dos órgãos da dominante.

O esvaziamento da assembléia geral não se dá, porém, apenas no âmbito das sociedades-filhas, como inicialmente se poderia imaginar[342], ocorrendo também em relação à sociedade-mãe. É que não há uma relação direta entre a assembléia geral desta e a exploração econômica levada a efeito pelas sociedades-filhas. Na sociedade isolada, a assembléia

[340] *"En fait, le pouvoir n'appartient plus à aucun organe social 'car l'acctionnaire dominant use, em règle générale, de son influence prépondérante hors de l'assemblée générale, par des voies qui échappent au droit des sociétés'. L'organisation du groupe est basée sur la réalité des entreprises groupées et de l'entité qui les englobe. La structure juridique des sociétés membres n'y joue qu'un rôle acessoire"* (Anne Petitpierre-Sauvain, *Droit des Société et Groupes des Sociétés*, cit., p. 21).

[341] *"Dans le groupes à forte participation, l'assemblée générale de la filiale n'est qu'une simple formalité"* (*ibidem*, p. 21).

[342] Escreve Engrácia Antunes que, na década de 1970, a partir dos trabalhos pioneiros, na Alemanha, de Marcus Lutter (*Die Rechte der Gesellschafter beim Abschlub fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, in* Betrieb, 1973, Beilage 21), originando a chamada *escola de* Lutter, e, nos Estados Unidos, de Melvin Einsenberg (*The Structure of Corporation Law – A Legal Analyses*, Boston, Little Brown, 1976), a tradicional perspectiva de análise dos grupos, centrada apenas nos problemas ocasionados no nível das sociedades controladas, foi substituída por um enfoque mais amplo, abrangendo também as questões relativas à sociedade controladora. Houve o reconhecimento de que os efeitos do fenômeno dos grupos não ficam restritos ao plano das sociedades controladas, operando-se também em relação à controladora. Cf. Engrácia Antunes, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, cit., p. 16 e 17.

geral elege e destitui os administradores da empresa, governando e supervisionando de forma direta sua exploração. No âmbito das sociedades-filhas, porém, a vontade da sociedade-mãe é manifestada não pela assembléia geral desta, mas por seu órgão de administração, que tem o poder de representação externa. Há, portanto, no tocante ao governo e à supervisão da empresa, uma transferência de poder da assembléia geral da sociedade-mãe para o seu órgão de administração, ao qual cabe expressar sua vontade em relação às demais sociedades agrupadas[343].

No tocante aos órgãos de administração, o fenômeno dos grupos também acarreta uma ruptura do modelo clássico. No plano das sociedades dependentes, observa-se a transferência de competências dos seus administradores, que pode ocorrer em maior ou menor grau (grupos centralizados/descentralizados), para os administradores da sociedade dominante ou comuns do grupo. Em algumas situações, a direção do dia-a-dia da sociedade controlada passa aos administradores externos (intervenção direta), podendo ocorrer também que estes fixem apenas as diretrizes (políticas administrativa, financeira, de desenvolvimento e pesquisa etc.) que devem ser seguidas, reservando-se o poder de veto ou de prévia aprovação em relação a algumas matérias (intervenção indireta). Seja qual for, porém, o grau de centralização administrativa observada no grupo, as competências dos administradores das sociedades dependentes serão sempre de *segundo grau*[344]. No plano das sociedades dominantes, a concentração de poderes nos administradores decorre do já apontado esvaziamento da assembléia geral, na medida em que cabe àqueles a expressão da vontade desta sociedade em relação às dependentes.

Também em relação aos órgãos de fiscalização o fenômeno dos grupos produz efeitos. Na medida em que o grupo explora a atividade empresarial segundo uma lógica global, mas por intermédio de unidades jurídicas diversas, a fiscalização dessa atividade se torna muito mais complexa. Se a atividade é desenvolvida globalmente, a fiscalização também deveria ultrapassar as fronteiras de cada unidade jurídica, o que muitas vezes não é permitido pela lei, em prestígio ao princípio da separação da pessoa jurídica[345]. A exigência de que as sociedades do grupo apresentem demonstrações financeiras consolidadas, atualmente presente na lei da maioria dos países[346], representa um passo adiante no sentido de permitir a fiscalização adequada de suas atividades.

Além dos efeitos anteriormente apontados, que se operam especificamente em relação a cada órgão societário, é preciso assinalar que o fenômeno dos grupos acarreta a ruptura do princípio da organização autônoma, por transformar a própria finalidade perseguida pelo ente societário.

É inerente ao conceito de organização a busca de uma finalidade, traduzida pelo modelo societário clássico na noção do interesse social. Nesse sentido, o interesse social pode ser entendido como a diretriz a ser necessariamente seguida pelo controlador e pelos administradores da sociedade isolada, estando na base da teoria do desvio de poder, adotada pelo direito societário para a proteção dos minoritários e dos terceiros credores[347]. Ora, como os grupos levam à substituição do interesse da

[343] *"(...) a substituição pela empresa social de uma estrutura originalmente unissocietária por uma outra do tipo plurissocietário implica sempre um efeito de transferência dos poderes de governo e supervisão do colégio dos sócios para o respectivo órgão de administração, relativamente a todas aquelas partes da empresa global do grupo agora exploradas sob a forma de sociedades-filhas"* (Engrácia Antunes, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, cit., p. 18).

[344] Cf. Engrácia Antunes, *Liability of Corporate* Groups, cit., p. 76.

[345] No Brasil, já se mencionou, a Lei n. 6.404/1976 prevê a possibilidade do conselheiro fiscal exercer suas atribuições em relação a outras sociedades apenas nos grupos de direito (art. 277, § 2°). Ao comentar o dispositivo da lei acionária, Modesto Carvalhosa acentua: *"O diploma de 1976, por força da norma ora estudada, traz, em matéria de poderes dos conselheiros fiscais, uma inovação fundamental, qual seja, a possibilidade – consoante o § 2° – de exercer enquanto órgão e através de seus conselheiros, individualmente (conforme dever de diligência que lhe é inerente), o direito de fiscalizar e receber informações das demais sociedades do grupo"* (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. 2, cit., p. 328). Assim, nos grupos de fato, que são a esmagadora maioria, a fiscalização somente é exercida pelo conselho fiscal no âmbito da respectiva sociedade, tornando-a absolutamente ineficaz, diante de uma atividade que é desenvolvida globalmente pelas diversas sociedades que os compõem.

[346] No Brasil, arts. 247 e 275 da Lei n. 6.404/1976.

[347] *"L' intérêt social est le principal critère d'interprétation en droit des sociétés anonymes, notamment en matière de nullité des décisions de l'assemblée générale, de responsabilité des organes sociaux et d'atteinte aux intérêts minoritaires"* (Anne Petitipierre-Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*, cit., p. 23).

sociedade isolada pelo interesse da sociedade dominante ou de todo o grupo, desequilibra-se todo o sistema de atribuição de deveres e responsabilidades concebido pelo modelo vigente.

Veja-se o caso dos administradores, que passam a viver nos grupos um eterno conflito de lealdade – interesse da sociedade *versus* interesse do grupo –, conflito esse agravado pelas ordens jurídicas que se recusam a enxergar a realidade econômica. Nos grupos de fato brasileiros, por exemplo, os administradores não podem, em prejuízo da sociedade, favorecer *"sociedade coligada, controladora ou controlada"*, respondendo por perdas e danos, em caso de inobservância do dispositivo (art. 245, Lei n. 6.404/1976). Ocorre, porém, que é função econômica específica dos grupos a atuação das sociedades segundo uma direção unitária, na busca de um interesse comum. Nesse contexto, nos grupos de fato da lei brasileira, os administradores ficam diante de uma difícil escolha: descumprir o comando legal, ficando sujeitos à responsabilização civil, ou cumpri-lo à sua plenitude, ficando expostos ao risco de destituição, pela inobservância das diretrizes emanadas dos administradores da sociedade dominante ou do grupo[348]. Não se tem dúvida em afirmar que, na maioria das vezes, preferem os administradores a segunda escolha, pois, enquanto a ameaça de destituição é concreta e iminente, a apuração de sua responsabilidade civil é menos provável. Nessa matéria, parece claro que a lei societária preconiza uma solução incompatível com os imperativos da ordem econômica.

C) Efeitos da ruptura dos pilares do modelo societário vigente

Ao afetar gravemente as estruturas patrimonial e organizacional autônomas, nas quais se assenta a sociedade isolada personificada, com responsabilidade limitada, o fenômeno dos grupos abre uma crise sem precedentes no modelo societário. O divórcio entre o direito e a realidade chegou, nesse campo, a um nível jamais imaginado, a ponto de se poder afirmar que, em relação aos grupos, tudo se passa de maneira diferente.

[348] *"The existence of a unified management, entailed by polycorporate structures, presents subsidiary managers with a contradictory task. On the one hand, they are compelled by the law to run subsidiary affairs according to its own bests interests, under pain of incurring liability before the shareholders, the creditors or the corporation itself. On the other hand, they are simultaneously forced, by the very fact of group existence, to follow the instructions proceeding the parent corporation, which are given with regard to the general interest of the group and which can run against the self-interests of the subordinated subsidiary, under pain of losing their jobs!"* (Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 108).

O patrimônio separado, que caracterizava a sociedade isolada, deu lugar a um conjunto de ativos e passivos transferidos livremente segundo os interesses do grupo, sem o menor respeito à fronteira das personalidades jurídicas das sociedades. Ocorre, assim, uma total dissociação entre o patrimônio e os riscos do negócio, beneficiando-se o grupo das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e ao, mesmo tempo, da limitação da responsabilidade a cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe.

A organização autônoma, que explicava o processo de decisão e de estruturação do poder empresarial, foi posta de cabeça para baixo, gerando uma situação de total desequilíbrio entre o exercício do poder e a atribuição de responsabilidade. O poder de determinar a condução da atividade das sociedades filiadas, e mesmo a gestão administrativa quotidiana destas, no caso de grupos centralizados, não são exercidos a partir de nenhum dos órgãos de sua própria estrutura, mas são emanados externamente da estrutura organizacional da sociedade dominante ou de um órgão comum do grupo. O interesse da sociedade, noção central do modelo societário vigente, é substituído pelo interesse do grupo, alterando profundamente a definição dos deveres e responsabilidades do controlador e dos administradores, no que respeita à proteção dos minoritários e dos terceiros que se relacionam com a sociedade.

Nesse cenário de crise, o direito haveria de encontrar resposta urgente para os problemas concretos, surgidos no curso da vida empresarial, que não poderiam esperar por uma revisão mais profunda. Essa resposta, tanto em países do *common law* como em países do *civil law*, parece ter sido encontrada, de forma predominante, na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. É, atualmente, inegável que a *disregard doctrine*, de origem norte-americana, expandiu-se para as ordens jurídicas dos diversos países, transformando-se no principal instrumento de que os operadores do direito dispõem para lidar com as situações que vêm sendo

reconhecidas como de *abuso, fraude e desvio de função* do instituto da personalidade jurídica. É do que se passará a cuidar, no capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV – TEORIA CLÁSSICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

41. Não se pretende aqui examinar com profundidade as diversas teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica[349]. Serão analisados apenas os aspectos mais importantes, que serão úteis para o objetivo do presente trabalho, qual seja, demonstrar a insuficiência dessa doutrina para solucionar os problemas decorrentes do descompasso entre o direito societário e a realidade econômica.

Tem-se denominado *desconsideração da personalidade jurídica* (*disregard of legal entity, lifting the corporate veil, Durchgriff, superamento della personalità giuridica*) a suspensão temporária da personificação, em determinado caso concreto, atribuindo-se aos seus sócios ou administradores as relações que inicialmente seriam imputadas à pessoa jurídica. Não se trata de uma *despersonalização*, ou seja, do desaparecimento da pessoa jurídica como sujeito autônomo de direito, como ocorreria, por exemplo, nos casos de invalidade de seu contrato social ou de sua dissolução. A *desconsideração* atua apenas no plano da eficácia, com respeito a uma situação específica, permanecendo a pessoa jurídica como sujeito autônomo em relação aos demais atos[350]. Na abrangente síntese de um autor português, *"desconsiderar significa derrogar o princípio da separação entre a pessoa colectiva e aqueles que por detrás delas actuam"*[351].

A teoria encontraria sua origem na jurisprudência norte-americana, indicando-se o caso *Bank of United States v. Deveaux*[352], de 1809, como o primeiro precedente. Na Inglaterra, é célebre o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*[353], julgado em 1897 pela *House of Lords*. A despeito da *House of Lords* haver reformado a decisão que determinara a desconsideração da personalidade jurídica, a técnica passou a ter sucesso acentuado nos

[349] Sobre as diversas teorias a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, com vasto exame de direito comparado, veja-se J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 294 a 555.

[350] *"Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta originat ou superveniente de suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto"* (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 283).

[351] Pedro Cordeiro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, p. 13. Vejam-se outras definições: *"É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar resultado incompatível com a função da pessoa jurídica"* (Marçal Justen Filho, *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, cit., p. 57); *"(...) reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Esse fenômeno é conhecido pelo pensamento jurídico moderno pelas expressões 'desconsideração' da pessoa jurídica (...)"* (J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 262 e 263); *"'Piercing the corporate veil' refers to the judicially imposed exception to this principle by which courts disregard the separateness of the corporation and hold shareholder responsible for the corporation's action as if it were the shareholder's own"* (R. Thompson, "Piercing the Corporate Veil: an Empirical Study", cit., p. 1036).

[352] A Constituição dos Estados Unidos definia a competência dos tribunais federais para julgar conflitos entre indivíduos de diferentes Estados, e não entre pessoas jurídicas. No caso, definiu-se a competência do tribunal federal, ao se desconsiderar a personalidade jurídica de uma *corporation*, de modo a reconhecer o conflito estabelecido entre os indivíduos que por detrás dela atuavam (M. Wormser, "Piercing the Veil of Corporate Entity", *Columbia Law Review* vol. 496, 1912, p. 49, nota 29).

[353] No caso, uma decisão de primeira instância desconsiderou a personalidade jurídica, sob o argumento de que o sócio Aaron Salomon, ao constituir a sociedade e tornar-se, ele próprio, importante credor dela, pretendeu fraudar os credores. Com a insolvência da sociedade, Salomon reclamou seu crédito em detrimento dos credores, situação considerada lesiva pela decisão de primeira instância, que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e o pagamento do crédito do sócio somente após a satisfação do crédito dos demais credores. Posteriormente, a decisão foi reformada em grau de recurso, por entender a *House of Lords* que a socie-