

Direito dos Grupos de Sociedades

JORGE LOBO ⁽¹⁾

Índice: I - Grupo de sociedades: uma técnica revolucionária de organização da empresa moderna. II - A dimensão ótima da empresa. III - A expansão externa da empresa. IV - Noção de grupo de sociedades. V - Classificação dos grupos de sociedades. VI - Características do grupo de sociedades. VII - Convenção grupal. VIII - Direção econômica unitária do grupo de sociedades. IX - Independência jurídica das sociedades grupadas. X - Personalidade jurídica do grupo de sociedades. XI - Os direitos dos acionistas minoritários, dos credores e das próprias sociedades controladas em face da sociedade de comando. (A) Grupos de sociedades de fato; (B) Grupos de sociedades de direito. XII - Direito dos Grupos de Sociedades.

"We speak, teach, litigate and legislate about 'company law'. But the predominant reality is not today the company: is the corporate group."

(WEDERBURN, *Multinational and the Antiquities of Company Law*, Mod. Lr (1983), p. 320).

I - Grupo de sociedades: uma técnica revolucionária de organização da empresa moderna

Manuais, cursos e tratados, nacionais e estrangeiros, continuam a difundir a idéia de que *"le droit commercial est la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux, soit avec leur clients"* ⁽¹⁾, como se o seu objeto fosse, hoje, ainda, exclusivamente, as relações jurídicas entre mercadores, iniciadas e concluídas, com simplicidade e rapidez, inspiradas na boa-fé e na aparência, numa feérica e multimoda fei-

⁽¹⁾ GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 10ª ed., tomo I, p. 1.

ra, criando, por isso, o risco de fomentar o aparecimento de novos adeptos de ASCARELLI, CARNELLUTI e RUBIO, para os quais, com o fenômeno da "generalização", o Direito Comercial se extinguiu⁽²⁾.

No campo do Direito Societário, por igual, como acentua TON HADDEN, "os comercialistas continuam a escrever e a raciocinar como se a sociedade individual e independente fosse a regra. Na realidade, esta sociedade deixou de constituir a mais importante forma de organização econômica desde as décadas de 20 e 30. O mundo comercial é hoje dominado, quer nacional, quer internacionalmente, por complexos grupos de sociedades"⁽³⁾, podendo-se, com ênfase, afirmar que "os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades"⁽⁴⁾.

Em verdade, a empresa unipessoal, a sociedade unifamiliar e a sociedade comercial de poucos sócios e poucos recursos técnicos, científicos, econômicos e financeiros, concebidas e exploradas exclusivamente para atender às necessidades primárias locais, transformaram-se na empresa moderna – soberbo produto da economia capitalista –, que tem como um dos princípios básicos a sua contínua, racional e crescente expansão, interna e externa, com a finalidade de conquistar novos mercados.

Com efeito, numa economia capitalista, caracterizada pela livre, acirrada e, por vezes, desleal concorrência, não apenas a empresa precisa constantemente desenvolver-se (expansão interna), como, por igual, concentrarse (expansão externa), com o escopo de aumentar a produção e conquistar consumidores, sobretudo em diferentes países e, até mesmo, em diversos continentes, como dá conta ALBERTO DE ROVIRA MOLA: "El fenómeno moderno de la concentración y dominio de las empresas se halla estrechamente ligado a la evolución de la economía capitalista. En un primer período que conoce la etapa gloriosa del capitalismo lleno de espíritu creador e iniciativa que coincide con la segunda mitad del siglo XIX, en los países de industria más adelantada y, sobre todo, en los Estados Unidos de América, hubo un gran florecimiento de coaliciones industriales. La producción del petróleo, del acero, del carbón, del gas y del azúcar fué sustraída poco a poco en aquella época a las diversas empresas independientes y restringidas a muy pocos grandes agregados que con frecuencia llegaron a ejercer notable influjo político. También hacia fin de siglo bien en proporciones más limitadas, se dieron en Europa agrupaciones de empresas que assumieron nombres diversos en los distintos países (kartelle, syndicatus, uniones, etc.)".⁽⁵⁾

(2) A propósito, leia-se, com excelente proveito, a conferência de encerramento de JOAQUIN GARRIGUES, "En torno a la reforma del Derecho Mercantil", in *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Ed. Civitas, 1979, p. 374/5.

(3) *Inside Corporate Groups*, IJSL, 1984, p. 271.

(4) YVES GUYON, *Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés*, p. 156.

(5) *Verbete Concentración de Empresas*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 667/8.

CHAMPAUD, a sua vez, destaca: "Le mouvement de concentration qui domine l'économie actuelle ne s'est affirmé qu'à partir du milieu du siècle dernier. Les contemporains de cette éclosion ont prêté moins d'attention à cette 'révolution économique qu'aux progrès scientifiques et techniques qui l'accompagnaient. Pendant longtemps ceux qui prédisent son accélération font figure de prophètes malveillants. Pour que le phénomène apparaisse dans toute son ampleur, il faudra que le système capitaliste soit rodé. Il sera nécessaire que la concentration des capitaux soit suffisamment avancée, pour que les grandes entreprises, c'est-à-dire les grandes sociétés, ne cessent de croître en puissance et en nombre au détriment des petites entreprises individuelles ou pluri-individuelles"⁽⁶⁾.

Entre nós, o excelente COMPARATO assinala: "A evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial"⁽⁷⁾, na linha traçada por OSCAR BARRETO FILHO: "o emprego cada vez maior do maquinismo, a fabricação em série, a utilização de processos técnicos mais aperfeiçoados, a necessidade de capitais vultosos para os grandes empreendimentos, a ampliação dos mercados consumidores são outros tantos fatores que conduzem à concentração de empresas, para a melhor realização de seus fins"⁽⁸⁾.

A importância, em nossos dias, dos conglomerados de empresas foi, de forma magnífica, exposta por JOSÉ ANTUNES, em seu "Os Grupos de Sociedades": "em todas as economias nacionais pertencentes a qualquer um dos três maiores mercados mundiais (a famosa "Global Triade": EUA, CEE, Japão), os cadastros estatísticos-societários disponíveis indicam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu estatuto de independência e recorrerem à técnica do grupo societário: só para citar os casos mais importantes, assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, 88% no Japão. Em todas essas nações, o peso de tais agrupamentos no contexto geral das respectivas economias é verdadeiramente notável: somente os maiores grupos nacionais representam, em média, cerca de 70% do volume global de negócios da indústria dos respectivos países, de 80% do montante total dos investimentos, de 50% da força laboral ativa e entre 80%-100% do total da produção industrial.

"A nível internacional, o cenário é porventura ainda mais impressionante. Entre as 100 maiores entidades econômicas do globo, contam-se 50 Estados e 50 empresas multinacionais. O total do volume de negócios das 8 maiores empresas multinacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de 6 dos mais poderosos Estados-membros da CEE e o volume de negócios de alguns dentre eles chega

⁽⁶⁾ Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris, Sirey, 1962, p. 4, n° 3.

⁽⁷⁾ Aspectos jurídicos do capitalismo moderno, Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 4, n° 3.

⁽⁸⁾ Apud nosso artigo "Grupo de Empresas", Informativo ADV-COAD, ano 15, 1995, n° 20, p. 199.

mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal (é o caso do grupo General Motors)"⁽⁹⁾, tudo, portanto, levando à conclusão que o grupo de sociedades é, hoje, uma revolucionária técnica de organização da empresa moderna.

II - A dimensão ótima da empresa

A internacionalização e a interdependência dos mercados, no que se convencionou denominar de "globalização da economia", induzem, quiçá impõem, as empresas, até então preparadas para atenderem apenas a uma demanda local, regional ou nacional, a se expandirem internamente, quer através de recursos financeiros de seus próprios acionistas ou dos investidores do mercado de capitais, nacional e estrangeiro (aumento de capital mediante subscrição de ações ou lançamento público de debêntures conversíveis em ações), quer através de autofinanciamento (aumento de capital mediante capitalização de lucros e reservas), quer através de fusões e incorporações, com o objetivo de, modernizando os processos técnicos de administração, fabrico e distribuição de produtos e serviços e "tornando-as dinâmicas, maciçamente capitalizadas e altamente organizadas"⁽¹⁰⁾, obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos de produção, o que culminará por transformá-las em "empresas com nomes consolidados e produtos famosos; empresas com patrimônios que se elevam a bilhões de dólares; empresas com dezenas e até centenas de milhares de empregados; empresas de reputação invejável em Wall Street e com posições aparentemente inexpugnáveis em seus mercados"⁽¹¹⁾

Mas, na "Era da Incerteza", não é suficiente a empresa atingir a sua "dimensão ótima", não basta "estar em evidência tanto em Hong Kong e Singapura como em Nova York, Bruxelas ou Madri"⁽¹²⁾, para manter-se competitiva, porquanto, nesse estágio de seu desenvolvimento, faz-se necessário que a empresa se expanda externamente, sob pena até mesmo de perecer.

III - A expansão externa da empresa

A experiência demonstra que a expansão interna da empresa provoca problemas de ordem (a) administrativa, (b) financeira e (c) jurídica, pois torna-se difícil (a') assegurar uma gestão eficiente e rentável, (b') garantir

⁽⁹⁾ Lisboa, Ed. Almedina, 1993, p. 13/14.

⁽¹⁰⁾ JOHN KENNETH GALBRAITH, *O Novo Estado Industrial*, Ed. Pioneira, 2ª ed., p. 19.

⁽¹¹⁾ ALVIN TOFFLER, *A Empresa Flexível*, Ed. Record, 1985, p. 11.

⁽¹²⁾ JOHN KENNETH GALBRAITH, *A Era da Incerteza*, Ed. Pioneira, 2ª ed., p. 278.

vultosos recursos financeiros, indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, e (c') coibir os abusos, sobretudo os ligados ao Direito da Concorrência, o que levou administradores, economistas e advogados a criarem mecanismos que permitam à empresa continuar a crescer, não mais apenas internamente, em especial através dos processos de fusão e incorporação de entidades concorrentes, que levam à concentração primária ou concentração na unidade, em que há perda da autonomia jurídica e econômica, mas através da expansão externa.

A expansão externa da empresa moderna aperfeiçoa-se através da aquisição do controle societário (a) de empresa congêneres, formando-se, então, um grupamento horizontal, e (b) de empresas fornecedoras de matéria-prima e de distribuição de produtos, fazendo surgir, assim, um grupamento vertical e ensejar o fenômeno da concentração na pluralidade ou do grupo de sociedades, em que se mantém a autonomia jurídica, mas perde-se a independência econômica e patrimonial.⁽¹³⁾

IV - Noção de grupo de sociedades

Para alguns, "é ilusório pensar na possibilidade de se construir um conceito global de grupo de sociedades"⁽¹⁴⁾.

Para outros, como, v. g., JOSÉ ANTUNES, o grupo de sociedades, numa acepção estrita, é "todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum"⁽¹⁵⁾, e, numa acepção ampla, "um termo de referência para aquele setor da realidade societária moderna que encontra no fenômeno do controle intersocietário e das relações de coligação entre sociedades o seu centro de gravidade"⁽¹⁶⁾.

Em nossa monografia "Grupo de Sociedades", asseveramos que o Estatuto da Sociedade Anônima Européia, apresentado ao Conselho de Ministros da Comunidade Econômica Européia em 30 de junho de 1970, prevê, no

⁽¹³⁾ Relembre-se, a propósito, que a doutrina classifica o processo de concentração em: (a) simples relação de cooperação entre sociedades, que permanecem independentes e autônomas política, econômica e juridicamente, como v. g., no caso do *cartel*, *ententes*, acordos de celebração interempresariais, agrupamentos complementares de empresas, consórcios; (b) relações de subordinação, pois as empresas, embora preservando sua autonomia jurídica, perdem a individualidade econômica e patrimonial, como, v.g., nos grupos de sociedades, e (c) situações limites, em que há a perda total da autonomia jurídica e da independência econômica, v.g., como na fusão.

⁽¹⁴⁾ BERNARD TADAUD, *La Vaine Recherche d'une Définition de Groupe en Droit Français*, in CREDA, *Les Groupes de Sociétés - Une Politique Législative*, Paris, Lib. Techniques, 1975, p. 193.

⁽¹⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 24.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, p. 25.

artigo 223, que *"uma sociedade dominante e uma ou mais sociedades dependentes dela, sejam ou não de nacionalidade dos países-membros da CEE, formam um grupo se estão sob a direção unificada da sociedade dominante e se uma das sociedades-membros é uma sociedade anônima"*⁽¹⁷⁾.

A propósito do Direito Societário germânico, salientamos: *"quando uma empresa é dominada por outra, há presunção que a empresa dominante e a empresa dominada formam um grupo"*⁽¹⁸⁾.

O Código das Sociedades Comerciais português, no Título VI (arts. 481 a 508), disciplina a matéria sob a designação genérica de *"sociedades coligadas"*, esclarecendo JOSÉ ANTUNES: *"O conceito de sociedade coligada engloba todas aquelas situações de coligação intersocietária que sejam reconduzíveis a um dos quatro tipos de relações taxativamente previstas no art. 482º, isto é, relação de simples participação (arts. 482º, a), 483º, 484º), relação de participações recíprocas (arts. 482º, b), 485º), relação de domínio (arts. 482º, c), 486º), e relação de grupo (arts. 482º, d), 488º a 508º). Diz-se assim sociedade coligada toda aquela sociedade que possua com uma outra (ou outras) uma destas relações enumeradas no art. 482º: existirá uma coligação jurídico-societariamente relevante sempre que entre duas ou mais sociedades se estabeleça uma relação subsumível a um dos tipos específicos de relação intersocietária aí previstos"*⁽¹⁹⁾.

Entre nós, o Prof. ALFREDO LAMY FILHO e o jurista JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de S.A., ressaltaram que o *"Anteprojeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: (a) sociedades coligadas, controladoras e controladas que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal das sociedades isoladas e não se organizam em conjunto; (b) sociedades controladoras e controladas, que por convenção, levada ao Registro do Comércio, passem a constituir grupo societário, com disciplina própria"*.

De nossa parte, calcados na Lei de Anônimas, escrevemos que se forma uma *"grupo de direito quando sociedade controladora e suas controladas celebram convenção, pela qual se obrigam a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades e empreendimentos comuns"*⁽²⁰⁾, conforme se lê no artigo 265 da Lei 6.404, de 1976, e, ainda, que *"o grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com o interesse perseguido pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas. As sociedades componentes do*

⁽¹⁷⁾ Ed. Forense, 1978, p. 65.

⁽¹⁸⁾ *Idem*, p. 65.

⁽¹⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 213.

⁽²⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 93.

grupo, mantendo cada uma personalidade jurídica e patrimônios próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômica-financeira, reúnem-se, sob uma única direção, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, o mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas. Não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos”⁽²¹⁾.

V - Classificação dos grupos de sociedades

A classificação mais comum distingue os grupos de direito dos grupos de fato, consoante haja ou não sido celebrada uma convenção para disciplinar as relações entre a sociedade controladora e suas controladas.

Entre nós, em que a dicotomia é nítida, os grupos de sociedades de fato são regulados no capítulo XX (arts. 243 a 264 da Lei de S.A.), e os grupos de sociedades de direito no capítulo XXI (arts. 265 a 277).

Muito difundida, por igual, no exterior é a classificação em grupos de sociedades de modelo ou sistema orgânico e grupos de sociedades de modelo ou sistema contratual.

O modelo orgânico, acolhido pela Proposta de Regulamento do Conselho de Estatutos da Sociedade Anônima Européia, pelo Projeto Preliminar da 9ª Diretiva Comunitária do Tratado de Roma e pelo Projeto de Código das Sociedades Anônimas espanhol (que não foi aproveitado na Lei 19/1989), considera formado o grupo de sociedades, independente da vontade ou da deliberação das sociedades grupadas, quando a sociedade de comando detém o privilégio de impor diretrizes ou de ditar ordens e instruções para as empresas controladas, acentuando JOSÉ ANTUNES que “*decisivo é apenas, por outras palavras, a existência de um poder de direção, não a sua fonte*”⁽²²⁾ e EDMUR DE ANDRADE NUNES PEREIRA NETO que o modelo orgânico parte da idéia de que há um poder central de direção da sociedade dominante sobre as dominadas, sem depender de “*qualquer mecanismo de organização e sem concessão à vontade das partes*”⁽²³⁾, pois, parte-se de uma “*visão puramente econômica do grupo de sociedades*”, para, então, fixar-se uma disciplina jurídica, quando a sociedade de comando, colocada no centro do sistema ou acima da pirâmide, detém o poder central e a prerrogativa de estabelecer a política global do grupo e das sociedades integrantes, para que todas, em uma ação conjunta e coordenada, possam desenvolver funções com vistas a atingir objetivos comuns.

(21) *Idem.*

(22) *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 149.

(23) “*Anotações sobre os grupos de sociedades*”, RDM 82/30.

O modelo contratual pressupõe que as sociedades grupadas celebrem um pacto, através do qual subordinam os seus interesses aos interesses do grupo, como acontece na Alemanha, no Brasil e em Portugal, sendo certo que, na falta de contrato escrito nominado, as relações entre as empresas do grupo devem pautar-se pela estrita obediência a rigorosas normas, em que se pune o comportamento abusivo dos administradores e se agrava a sua responsabilidade.

A doutrina classifica, ainda, os grupos de sociedades em grupos de base societária ou financeira (calcada na efetiva participação dos sócios ou acionistas no capital social), de base contratual (através de (1) contratos de empresa, que sujeitam uma ou mais empresas ao domínio total de outra, com a perda de sua autonomia patrimonial, e de (2) contratos de direito comum, civil ou comercial, como, *v.g.*, de fornecimento, de empréstimo, de exclusividade de uso de marca) e de base pessoal (quando há identidade de administradores).

Há, ademais, a classificação em grupos de subordinação (quando a controladora exerce, de forma incontestável, o poder de mando e de domínio sobre suas controladas, imprimindo uma direção unitária através de diretrizes e ordens de interesse do grupo como um todo homogêneo e harmônico) e grupos de coordenação ou paritários (quando as empresas permanecem independentes, embora submetidas à direção de um superórgão controlador-supervisor-diretor, formado por representantes das diversas sociedades grupadas).

Ainda a propósito do tema, convém recordar, como escrevemos alhures, que, "quando duas ou mais empresas pretendem associar-se, dois são os processos de que se podem valer: (a) o processo de concentração e (b) o processo de cooperação, constituindo-se aquele no meio por excelência da formação do grupo de sociedades, enquanto este é marcado pela absoluta autonomia e independência das sociedades.

No Direito brasileiro, há expressa e categórica previsão legal de uma forma de associação cooperativa: o consórcio, regulado na Lei das Sociedades por Ações em seus artigos 278 e 279, que nada mais é senão a reunião de companhias com vistas à execução de um determinado empreendimento.

Caracteriza-se o consórcio por não ter personalidade jurídica, constituindo-se por um contrato, que deve, obrigatoriamente, conter a natureza do empreendimento ao qual se destina, o seu objeto, a sua duração, as regras que basilarão a sua administração e representação e a definição das obrigações e responsabilidades de cada consorciado.

Todavia, o consórcio não atende às necessidades de empresas que, embora não almejando se ligarem por vínculos acionários, tenham, entretanto, por escopo unirem-se de forma perene, pois o consórcio é de duração efêmera, persistindo apenas durante a execução de um determinado empreendimento em função do qual foi criado.

Recentemente, surgiu e evoluiu, principalmente na Europa Continental, um instituto novo, denominado "*Groupement d'Intérêt Économique*" em França, "*Groupement de Coopération Économique*" na Bélgica, "Agrupamento Complementar de Empresas" em Portugal e "*Sociedad de Sociedades*" na Espanha.

O agrupamento, denominá-lo-emos assim daqui por diante, caracteriza-se, nas legislações que o acolhem, por ser uma associação permanente de empresas, sem haver qualquer espécie de participação acionária umas nas outras.

Na França, a matéria é disciplinada pela *Ordonnance* n° 67.821, anotando a doutrina francesa que a regulamentação dos *groupements* é mais flexível no que toca aos seus fins e organização, possuindo o agrupamento personalidade jurídica, podendo até ser constituído sem capital social, sendo a responsabilidade dos integrantes solidária pelas obrigações contraídas diretamente pelo agrupamento.

Releva observar que, em virtude do princípio da transparência fiscal, em pleno vigor entre os franceses, se evita a tributação dos agrupamentos, gravando-se diretamente os seus associados com o *impôt sur le revenu*, se pessoas físicas, ou *impôt sur les sociétés*, se pessoas jurídicas.

Em Portugal, a regulamentação sobre o assunto inspirou-se na lei francesa, deferindo aos sócios ampla liberdade contratual e tornando-os solidariamente responsáveis pelas dívidas do agrupamento.

A legislação portuguesa dá aos agrupamentos um caráter de complementação das atividades das empresas, vedando, entretanto, a formação de agrupamentos cujos fins principais sejam a realização e partilha de lucros dos associados (art. 2° da Lei n° 4/73).

Merece menção, outrossim, o fato de os agrupamentos portugueses prescindirem de capital social próprio.

É de se mencionar, por fim, serem generosíssimos os incentivos fiscais oferecidos pelo governo português à formação dos agrupamentos complementares de empresas.

Na Espanha, em virtude de inúmeros incentivos fiscais, teve apreciável desenvolvimento a "*Sociedad de Sociedades*", sob a forma de sociedades anônimas, instituídas com as seguintes finalidades: (a) expansão, modernização e racionalização das instalações produtivas; (b) aporte e aquisição de maquinaria, para utilização conjunta ou particular; (c) promoção de venda dos produtos das associadas; (d) estudo de novas técnicas e aprimoramento dos métodos produtivos, para ulterior aplicação; e (e) qualquer outro objetivo permitido por Decreto editado pelo Conselho de Ministros.

Destacam-se, também, na legislação espanhola, a proibição de qualquer empresa associada titularizar mais de 1/3 das ações, a possibilidade de se integrarem no agrupamento pessoas físicas e a responsabilidade limitada

dos associados à "Sociedade".

Na Alemanha, a disciplina ainda não mereceu cuidados legislativos específicos, sendo de se mencionar que tanto os contratos interempresariais, tão proficientemente esmiuçados pela doutrina tedesca, como os *Konzern*, grupos de empresas alemãs, não se confundem com o agrupamento complementar de empresas, por terem um caráter concentracionista, não presente neste último.

Pode-se, todavia, traçar um paralelismo entre o agrupamento e o grupo igualitário alemão, que, conforme o art. 18, 2º, da Lei de Sociedades por Ações germânica, origina-se da reunião de empresas independentes sob uma direção única, sem relação de dominação e de dependência entre as sociedades-membros.

Ainda no continente europeu, digno de nota é o *consorzio* italiano, regulado pela Lei nº 377/76, que tem possibilidades muito mais amplas do que o nosso consórcio, já que se presta não apenas à realização de empreendimentos determinados, mas, inclusive, à complementação de atividades econômicas das empresas consorciadas.

Diferencia-se, entretanto, do agrupamento de empresas, por não possuir, ao contrário deste último, personalidade jurídica própria, tendo um caráter exclusivamente contratual.

Nas legislações liberais, como a francesa e a portuguesa, é possível a utilização dos agrupamentos complementares com fins de unificar a administração e gerenciamento das empresas associadas, independentemente de qualquer participação acionária nestas, sem prejuízo da autonomia das mesmas e com eventuais benefícios fiscais.

No Brasil, é, também, possível, em decorrência do princípio da liberdade contratual, a formação de agrupamentos de empresas através de contratos atípicos ou inominados, com o objetivo de unificar a administração superior das sociedades-membros, devendo o contrato estipular, de forma muito clara, as obrigações e deveres das associadas e as sanções aplicáveis nas hipóteses de eventuais transgressões, não apenas nas de violações a cláusulas e condições de contrato atípico de agrupamento, mas, também, sanções nas hipóteses de descumprimento de eventuais decisões emanadas do conselho de gestão, que venha a ser criado para ditar as políticas gerais do agrupamento e supervisionar a sua execução" (24).

(24) Nosso artigo "Conselho de gestão supra-empresarial: possibilidades de sua instituição através de agrupamentos complementares de empresas", em conjunto com DANIEL SARMENTO, pub., Boletim Semanal COAD-ADV, 1993, nº 34, p. 430/1.

VI - Características do grupo de sociedades

Para JOSÉ ANTUNES, são dois os elementos característicos do grupo de sociedades: primeiro, “a independência jurídica das sociedades integrantes”; segundo, “a unidade de direção econômica das unidades integrantes”⁽²⁵⁾, daí concluir que “o grupo societário constitui uma unidade econômico-empresarial de segundo grau relativamente a várias sociedades individuais que o compõem — ou, se se quiser, uma espécie de ‘super-sociedade’, que é composta e que atua através de outras sociedades”⁽²⁶⁾.

Para JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, o que caracteriza o grupo de sociedades é a “unidade empresarial articulada através de entidades juridicamente independentes submetidas todas elas a uma direção econômica unitária”⁽²⁷⁾, daí porque “o grupo de sociedades consegue conciliar fatores antitéticos como a autonomia jurídica das diversas sociedades do grupo e a direção econômica a que todos se submetem”⁽²⁸⁾.

Para FRAN MARTINS, “o que caracteriza um grupo de sociedades é o fato de constituir ele um conjunto de sociedades juridicamente independentes mas economicamente unidas”⁽²⁹⁾, segundo “um princípio hierárquico”, em que conservam “sua própria personalidade moral, sob a dominação, sob a direção comum, de um mesmo sujeito de direito”⁽³⁰⁾.

Ex vi do disposto no artigo 265, *caput*, c/c artigo 266, parte final, da Lei brasileira de S.A., podemos dizer que são características do grupo de sociedades: (a) a celebração de uma convenção, pela qual as signatárias se obrigam a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns; (b) uma relação de subordinação, que submete as sociedades grupadas a uma direção única, exercida, de modo permanente, pela sociedade controladora ou de comando do grupo, e (c) a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo, por força do princípio da personificação das sociedades comerciais.

VII - A convenção grupal

Como acentuamos em outra oportunidade, “o vocábulo convenção, empregado pela Lei e preferido à palavra contrato, ou acordo, ou ajuste, ou pacto, ou estatuto, é imune a críticas, de qualquer espécie ou natureza, tendo, a respeito do

(25) Os Grupos de Sociedades, cit., p. 26.

(26) *Idem*, p. 27.

(27) “Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica”, RDM 53/18.

(28) Art. cit., p. 21.

(29) Comentários à Lei de S.A., Forense, 1979, v. 3, p. 420.

(30) *Idem*.

seu largo emprego e de suas sólidas raízes, doutrinado o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "Contrato e pacto eram compreendidos na expressão genérica *conventio*. O que os distinguia era a denominação que individuava os contratos (comodato, mútuo, compra e venda), era a exteriorização material da forma (com exceção dos quatro consensuais: compra e venda, locação, mandato e sociedade), e era finalmente a sanção, a *actio* que os acompanhava; ao passo que os pacta não tinham nome especial, não revestiam forma predeterminada, e não permitiam à parte a invocação de uma ação. Todos, porém, genericamente batizados de "*conventiones*", expressão que revive em POTHIER, como gênero, do qual o contrato é uma espécie, como ainda no nosso TEIXEIRA DE FREITAS (art. 1.830 da Consolidação).

Estas distinções perderam a sua razão de ser no direito moderno, especialmente depois da obra de SAVIGNY, que afasta a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os em sinonímia que o direito moderno traz quase perfeita. E dizemo-la quase perfeita, porque a terminologia jurídica ainda se compraz em reservar a expressão pacto para a designação de alguns contratos acessórios (ex. gr.: pacto adjeto à nota promissória, pacto comissório na compra e venda e pacto nupcial). Não obstante tal especificidade, todos eles poderão, sem quebra da boa linguagem, denominar-se contratos, como ainda não ofenderia a boa técnica apelidar de pacto qualquer contrato típico.

Toda convenção é modernamente dotada de força vinculante, e mune o credor de ação para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente"⁽³¹⁾.

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

Para tanto, controladora e controladas, ao constituírem o grupo, deverão estabelecer, na convenção, as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas (art. 266)"⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ *Instituições de Direito Civil*, Forense, 1976, vol. III, p. 13.

⁽³²⁾ *Grupo de Sociedades*, cit., p. 113/114.

VIII - Direção econômica unitária do grupo de sociedades

No industrialismo, dominado pelas megaempresas transnacionais, que atuam em múltiplos segmentos, não basta a empresa conceber, em modernos laboratórios de pesquisas, fabricar, com aprimorada técnica, e distribuir, a tempo e a hora em todos os rincões do planeta, produtos a baixos custos, para tornar-se competitiva, próspera e rentável.

“Em tempos de grandes mudanças” (PETER F. DRUCKER) na *“Era da Incerteza”* (GALBRAITH), para tornar-se competitiva, próspera e rentável, a empresa, através de “altos” executivos com assento no conselho de administração e na diretoria da controladora, necessita sobretudo tomar sábias decisões, que se espriam, via telex, fax, Internet ou televisão a cabo, imediatamente, por uma interminável hierarquia vertical descendente.

Com efeito, antes, durante e após a industrialização em massa de produtos padronizados, a sociedade de comando (1) exerce, as mais das vezes, autocraticamente, o poder de mando, (2) prevê, para não improvisar, (3) planeja para curto, médio e longo prazos, para evitar a dispersão de esforços e a falta de continuidade, (4) controla volumosos recursos financeiros, consoante o sistema do “caixa único”, e (5) coordena as variadíssimas atividades de suas controladas e verifica e compara os resultados obtidos pelas sociedades grupadas com o que foi previsto e planejado.

Esse complexo processo de previsão-planejamento-controle-implementação-coordenação só é possível graças ao fato de o grupo de sociedades, como a técnica por excelência de desenvolvimento da empresa moderna, possuir uma direção econômica unificada no seio do mais alto escalão da sociedade de comando, que faz surgir, como consequência imediata, perceptível até ao mais desatento, *“uma unidade econômico-empresarial de segundo grau relativamente às várias sociedades individuais que o compõem — ou, se se quiser, metaforicamente, uma espécie de “super-sociedade”, que é composta e que atua através de outras sociedades. Tal direção econômica unitária reflete-se na existência de uma estratégia ou política econômica geral do grupo (“group planning process”, “Konzernpolitik”), a qual, definida pelo núcleo dirigente do grupo (situado regra geral junto da Sociedade-mãe: “group top-management”), incidindo sobre os diversos aspectos setoriais do respectivo funcionamento (política comercial, política de produção e vendas, política financeira, política laboral, política de investimentos, política de gestão), e assumindo diferentes graus de integração (que vão da total centralização até formas atenuadas de controle descentralizado), coordena e superintende as atividades econômicas particulares das várias sociedades agrupadas”*⁽³³⁾.

⁽³³⁾ JOSÉ ANTUNES, *ob. cit.*, p. 27.

Anote-se, a propósito, ainda, a acertada observação de ANNE PETIT-PIERRE SAUVAIN: "a gestão unitária pode ser centralizada e descentralizada, hierárquica ou colegial, pode traduzir-se numa intervenção constante nos negócios das filiais ou limitar-se à definição das grandes linhas de conjunto da respectiva política: ela estará sempre, e como quer que seja, presente e far-se-á sempre sentir para reprimir as atitudes incompatíveis com o espírito e os interesses do grupo, ou, simplesmente, de sua organização" ⁽³⁴⁾.

IX - Independência jurídica das sociedades grupadas

Há dúvidas, se, no Direito romano e no Direito intermédio, as *societas* possuíam personalidade jurídica ou se todos os sócios tinham a propriedade *pro indiviso* da quota que aportavam para sua constituição, tudo indicando, como ensina o Prof. GAETANO CATALANO, "ser o conceito de pessoa jurídica, como centro de imputação de direitos, obrigações, poderes, etc., típico fruto da dogmática do Século XIX e do nosso" ⁽³⁵⁾ e ponto de partida, acrescentamos nós, para o notável desenvolvimento que experimentaram as sociedades anônimas, o que levou NICOLAS MURRAY BUTLER a asseverar, em frase célebre, divulgada por ERNEST MEZGER no proêmio do seu notável livro *Le Nouveau Régime des Sociétés Anonymes en Allemagne*, editado pelo Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris em 1939: "a sociedade anônima é a maior descoberta dos tempos modernos, a julgar pelos seus efeitos sociais, morais, assim como pelas conseqüências políticas que poderemos tirar dela, uma vez que a tivermos compreendido e dela soubermos servir-nos. O vapor e a eletricidade são menos importantes que a sociedade anônima. Sem ela, aquelas forças se encontrariam reduzidas a uma relativa impotência".

A propósito, lembra o Prof. JOÃO EUNÁPIO BORGES que, "antes de entrar em vigor o Código Civil, não havia acordo entre nossos juristas em relação à personalidade jurídica das sociedades" ⁽³⁶⁾, dividindo-se os doutrinadores, uns, como TEIXEIRA DE FREITAS, CARLOS DE CARVALHO e CARVALHO DE MENDONÇA, adotando-a; outros, como RIBAS, LACERDA DE ALMEIDA e FREDERICO STEIDEL, negando-a.

Em 1917, com a promulgação do Código Civil, cessou a controvérsia, pois, não só o art. 18 do C.C. brasileiro, e, por igual, entre outros, o art. 5º da Lei 66.537, de 24.7.66, que dispõe, em França, sobre as sociedades comerciais, e o art. 783 do Código das Obrigações suíço declaram que a sociedade civil ou comercial, para existir, deve promover a inscrição de seu contrato

⁽³⁴⁾ *Groupes de Sociétés et Droit des Sociétés*, Genebra, 1972, p. 12.

⁽³⁵⁾ *Apud* LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, "Desconsideração da Personalidade Jurídica", *RDC*, ano 12, vol. 46, p. 36.

⁽³⁶⁾ *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Forense, 4ª ed., p. 260.

ou ato constitutivo no registro próprio, como, outrossim, o art. 20, do nosso Código Civil, estabelece que *“as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”*, porque dotadas de personalidade jurídica própria, autônoma e inconfundível com a das pessoas que as conceberam e decidiram constituí-las.

Ao interpretar o texto do art. 20, o eminente autor do Anteprojeto de Código Civil, CLÓVIS BEVILÁQUA, doutrinou, com a sua proverbial concisão: *“A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra. Não há como lhes confundir a existência”*⁽³⁷⁾.

CARVALHO SANTOS, J. M., a seu turno, calcado em GIORGI, lecionou que a sociedade é uma *“unidade jurídica, que resulta de uma coletividade humana organizada, com estabilidade, para um ou vários fins de utilidade pública ou privada, completamente distinta de cada um dos indivíduos que a compõem e dotada da capacidade de possuir e exercitar adversus omnes os direitos patrimoniais, compatíveis à sua natureza, com o subsídio e o incremento do Direito Público”*⁽³⁸⁾.

EDUARDO ESPÍNOLA, arrimado em DERNBURG, destacou, a sua vez, que, com a personificação, a sociedade: *“a) é distinta da individualidade de seus membros e continua a ser a mesma, ainda quando estes mudem; b) tem patrimônio que não se confunde com o dos sócios; os seus créditos e os seus débitos não o são de seus membros singularmente considerados; c) só adquire direitos e contrai obrigações quando os respectivos atos jurídicos são praticados pelos membros, aos quais o seu estatuto confere essas atribuições: tem assim capacidade contratual que lhe é própria”*⁽³⁹⁾.

O Prof. ARNOLDO WALD, de sua parte, deixou claro também: *“Tanto a sociedade se distingue dos sócios como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidades ou sofrer desvantagens decorrentes de atuação da empresa ... A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que o separam de todos os demais, e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato”*, arrematando, com estas palavras categóricas: *“reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (Pessoas Jurídicas)”*⁽⁴⁰⁾, pensamento partilhado por CAJO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e ORLANDO GOMES.

⁽³⁷⁾ Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, Ed. Francisco Alves, 8ª ed., p. 239.

⁽³⁸⁾ Código Civil Interpretado, Ed. Freitas Bastos, 1960, v. I/338.

⁽³⁹⁾ Sistema do Direito Civil Brasileiro, Ed. Rio, 1977, p. 437.

⁽⁴⁰⁾ Direito Comercial, Estudos e Pareceres, Ed. RT, 1979, pp. 217 e 218.

Ainda a propósito dos efeitos da personalidade jurídica, diz o art. 1º da Conferência do Direito Internacional Privado, reunida em Haia em outubro de 1951: "*La personnalité juridique acquise par une société, une association ou une fondation en vertu de la loi de l'État contractant où les formalités d'enregistrement ou de publicité ont été remplies et où se trouve le siège statutaire, sera reconnue de plein droit dans les autres États contractants pourvue qu'elle comporte, outre la capacité d'être en justice, ou moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'être actes juridiques*"⁽⁴¹⁾.

GEORGE RIPERT, dissertando sobre o tema, doutrinou: "*Sociétés dotées de la personnalité morale. Un groupement est doté de la personnalité morale lorsqu'il possède un patrimoine; les deux notions de personnalité et de patrimoine sont traditionnellement liées dans la conception juridique française. Une société commerciale ayant un patrimoine distinct de celui des associés, on en déduit qu'elle constitue une personne*"⁽⁴²⁾, sendo essa também a opinião de MANUEL BROSETA PONT, ANDRÉ TUNC, CALOGERO GANGI, dentre outros.

Em resumo e em conclusão: produto genial da dogmática do Século XIX e deste e consequência natural e lógica do desenvolvimento do comércio e da indústria e da criação das sociedades de responsabilidade limitada, a personalidade jurídica da pessoa jurídica impôs a separação, hoje nítida e incontestável, entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da sociedade, fruto maior da aptidão e da capacidade de a pessoa jurídica adquirir direitos e contrair obrigações, independentemente da aptidão e da capacidade de os sócios adquirirem direitos e contraírem obrigações.

Como consequência do instituto da personificação, (1º) a sociedade possui individualidade própria, distinta e autônoma, inconfundível com a de seus sócios ou acionistas; (2º) a sociedade possui patrimônio próprio, distinto e autônomo, inconfundível com o patrimônio de seus sócios ou acionistas; (3º) a sociedade possui capacidade jurídica própria, autônoma e distinta, inconfundível com a capacidade jurídica de seus sócios e acionistas; (4º) os sócios ou acionistas não podem ser responsabilizados perante terceiros por obrigações e dívidas da sociedade; (5º) excepcionalmente, a autonomia jurídica e patrimonial pode ser afastada, se e quando provado (1º) fraude à lei, (2º) violação a norma contratual e (3º) abuso de direito, porquanto, frise-se, com ANDRÉ TUNC, há uma nítida, óbvia e incontestada "*distinção entre a personalidade da sociedade e a dos seus membros*", quer a consideremos como uma unidade autônoma, isolada, quer a consideremos como integrante de um grupo de sociedades, tanto de fato, quanto de direito.

(41) *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, t. V, 1952.

(42) *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, LGDJ, 12ª ed., pp. 446/7.

Mas, se não há dúvida quanto aos efeitos da personificação das sociedades comerciais quando consideradas isoladamente, o que dizer quando, reunidas sob uma direção econômica unificada, perdem a sua autonomia patrimonial?

WALDÍRIO BULGARELLI, enfrentando a questão, doutrina: *"a evolução da economia capitalista determinou novas formas de organização da atividade econômica e sua organização jurídica. À unidade de direção administrativa e financeira corresponde uma pluralidade de organizações autônomas, sob o aspecto técnico e mesmo jurídico"*⁽⁴³⁾.

Acrescentando, ainda: *"A empresa se apresenta ao mesmo tempo como uma, pois um mesmo sujeito a preside, dirigindo, coordenando, fornecendo o capital necessário; plúrima, pois do ponto de vista técnico, econômico, jurídico, resolve-se numa multiplicidade de organizações autônomas, tendo cada uma do ponto de vista jurídico uma individualidade própria e a própria personalidade"*⁽⁴⁴⁾.

A nosso ver, as sociedades comerciais, industriais, financeiras, de prestação de serviços, mesmo após passarem a integrar um grupo de empresas, conservam a sua independência jurídica, por força do instituto da personalidade jurídica, que as faz titulares de direitos e responsáveis pelas obrigações assumidas, embora a centralização do poder político, aliada à unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente independentes, possa acarretar práticas monopolísticas e ofensas aos direitos dos acionistas minoritários e de terceiros, à economia popular e à coletividade, daí porque é imprescindível definir os direitos, deveres e responsabilidades dos grupos de sociedades, a começar pelos inerentes e decorrentes de sua personificação.

X - Personalidade jurídica do grupo de sociedades

O eminente Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO, debruçando-se sobre o tema, após erudita análise a respeito do sentido e do valor da pessoa jurídica e do estudo profundo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ensina: *"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 o grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, como propuseram os elaboradores do projeto de regulamento unitário da sociedade anônima européia, que é um grupo personalizado, a relação societária que se estabelece entre*

⁽⁴³⁾ O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas, Ed. Universitária, 1975, pp. 83/84.

⁽⁴⁴⁾ *Idem*, p. 84.

as empresas implica, necessariamente, uma unidade de direção e uma intercomunicação patrimonial. O reconhecimento legal do grupo, mesmo não personalizado, demanda, pois, o estabelecimento de mecanismos jurídicos de adequada compensação dos interesses particulares, que essa intercomunicação patrimonial, sob direção unitária, é suscetível de lesar: os dos sócios ou acionistas não controladores de cada uma das sociedades do grupo, os de terceiros credores e o da coletividade nacional como um todo. É esta de resto, a nosso ver, a melhor maneira de se tratar, juridicamente, o fenômeno das sociedades multinacionais, pois elas constituem um grupo econômico, perseguindo um interesse empresarial comum"⁽⁴⁵⁾.

Dois anos após, o insigne Professor Titular de Direito Comercial da USP, voltando ao assunto, escreveu: "O grupo de sociedades do capítulo XXI apresenta-se, assim, inequivocamente, como uma sociedade de sociedades, ou sociedade de segundo grau. Mas ele não gera, apesar disso, uma pessoa jurídica de segundo grau. O artigo 266 afasta explicitamente essa solução ao declarar que ...cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos. Criou-se, assim, no direito brasileiro, mais um caso de sociedade mercantil regular, sem personalidade jurídica"⁽⁴⁶⁾.

Os doutos ALFREDO LAMY FILHO e J. L. BULHÕES PEDREIRA, a primeira vez em 18/04/74, quando da apresentação do Anteprojeto (item 27), depois na Exposição Justificativa das Principais Inovações do Projeto (capítulo dedicado ao grupo de sociedades), proclamaram que o "grupo de sociedades é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembléias gerais de uma "convenção de grupo", dão origem a uma "sociedade de sociedades" ".

De outra feita, o Prof. ALFREDO LAMY FILHO lecionou: "... nos pontos em que julgou necessário romper com certas tradições injustificadas — como o número de sete sócios para a constituição da anônima (art. 80) ou mesmo a admissão de empresas com um único sócio (a subsidiária integral do art. 252) — tradições essas que ocultavam, farisaicamente, a realidade, o Projeto não hesitou em fazê-lo, embora sabendo que suscitaria objeções por parte, não dos empresários, mas dos cultores do formalismo jurídico. A figura da "incorporação de ações" (art. 253), da "subsidiária integral", da "sociedade de grupo", figuram, assim, naquela zona jurídica ainda intermediária, entre ter e não ter personalidade jurídica — o que pode não ser ortodoxo, mas é funcional"⁽⁴⁷⁾.

A propósito desse intrincado tema, escrevemos, em 1978: "As sociedades do grupo conservam personalidade e patrimônio distintos, diz a Lei (art. 266, parte final), e, silenciando sobre a personificação do grupo, suscita a questão se o grupo tem, ou não, personalidade jurídica própria. A dúvida cresce no momento em que o

(45) O poder de controle na sociedade anônima, Ed. RT, 1976, p. 302.

(46) Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Ed. RT, 1978, p. 205.

(47) "Pressupostos e objetivos da reforma da lei de sociedades por ações", tese defendida na VI Conferência Nacional da OAB, realizada em Salvador, BA, de 17 a 22.10.1976, p. 25.

estudioso, logo a seguir, se depara com o art. 278, § 1º, que dispõe: "o consórcio não tem personalidade jurídica" .

É curial que todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 2º do Código Civil), conferindo a lei, às chamadas pessoas jurídicas ou morais, também personalidade, ao estabelecer, textualmente, que "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros" (art. 20 do Código Civil).

A pergunta "como a pessoa jurídica pode existir de *per se*" tem provocado intermináveis polêmicas e a formação de correntes e teorias em todas as partes e em todos os tempos, destacando-se, de maneira muito resumida:

- a) a teoria da ficção, com SAVIGNY à frente, vendo na pessoa jurídica uma simples *fictio juris*, o que, sem dúvida, não corresponde à prática do direito, nem explica, por exemplo, como uma sociedade falindo não atinge a pessoa dos acionistas;
- b) a teoria organicista ou real, liderada por GIERKE, que encontra na pessoa jurídica uma entidade nova, inconfundível com a pessoa de seus membros;
- c) a teoria institucionalista, de HAURIUO, que reputa as pessoas jurídicas autênticas instituições, e
- d) a teoria normativa, de HANS KELSEN, que considera as pessoas jurídicas "conjunto normativo referido a sujeitos particulares" (cf. MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 1977, p. 234).

A nosso ver, o grupo está para as sociedades grupadas assim como a sociedade isolada está para a pessoa de seus sócios ou acionistas: nesta, como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes; no grupo essas partes são as sociedades grupadas; na sociedade, são os sócios ou acionistas. Um e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade.

A conclusão, que acabamos de expor, suscita, de imediato, a seguinte objeção: se o grupo efetivamente possui personalidade jurídica, como não prevê a lei a existência de um "capital social do grupo" ou um "patrimônio social do grupo"? E ainda: tendo o grupo personalidade e, em consequência, capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações, devem os credores do grupo, no caso de inadimplemento, promover ação judicial contra o grupo? Ou devem os credores demandarem contra o grupo, contra a sociedade de comando e contra as sociedades grupadas, como obrigados solidários? Em sendo julgada procedente e havendo que se executar a sentença, como deve proceder o credor para garantia do juízo e do julgado: penhorar os bens do grupo, ou penhorar os bens da sociedade de comando, ou penhorar os bens, tantos quantos bastem, de uma ou mais sociedades

grupadas? Em resposta, diríamos que o grupo deve figurar como sujeito passivo da relação jurídico-processual e devem ser penhorados bens de qualquer sociedade componente do grupo para garantia da completa liquidação da obrigação assumida e não adimplida, na esteira do princípio pacífico de que, entre as sociedades do grupo, há uma autêntica, completa e inarredável confusão patrimonial, que há de existir não apenas para beneficiar o grupo, mas também, quiçá sobretudo, para garantia dos credores na aplicação da prática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em razão do controle no seio do grupo econômico”⁽⁴⁸⁾, cumprindo destacar que comunga de igual opinião o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Prof. RICARDO CRETTON, conforme dá conta em seu laborioso estudo *Grupos de Sociedades*, no prelo, p. 9.

Hoje, acrescentaríamos: se o grupo de sociedades é:

- (1º) uma sociedade de sociedades, uma de segundo grau, uma supersociedade;
- (2º) com denominação específica, que o distingue dos demais e das próprias sociedades que o compõem (art. 267);
- (4º) se tem de duração (art. 269, IV);
- (5º) se possui administradores próprios, distintos dos gestores das empresas grupadas (art. 269, VI);
- (6º) se a convenção especifica as atribuições e poderes dos órgãos administrativos (art. 269, VI, parte final);
- (7º) se os atos do grupo, discriminados nos incisos I a III do artigo 271, devem ser arquivados no registro do comércio (art. 271, *caput*), quando, então, será considerado, para todos os efeitos jurídicos, constituído o grupo (art. 271, *caput*, primeira parte);
- (8º) se, inclusive, 1/3 do grupo pode representar, se previsto na convenção, as próprias sociedades grupadas (par. único do art. 272);
- (9º) se os administradores do grupo fazem jus a remuneração e a gratificação (art. 274);
- (10º) se o grupo está obrigado a publicar demonstrações financeiras consolidadas (art. 275), independentemente das publicações das demonstrações financeiras da sociedade de comando (§ 1º do art. 275), o que lhe falta para adquirir personalidade jurídica: uma norma legal expressa?

⁽⁴⁸⁾ *Grupos de Sociedades*, cit., p. 116/120.

Se, hoje, a maioria admite que há, ao lado da pessoa física ou de existência visível, a pessoa jurídica ou moral como uma ficção, realidade técnica, realidade orgânica ou instituição, por que não aceitar, também, a existência dos grupos de sociedades como entidades personificadas⁽⁴⁹⁾, já que o grupo de sociedades e as sociedades, que o compõem, não são entidades idênticas, mas diferentes, como diferente é o todo em relação à parte, em que se decompõe?

Se a convenção, celebrada na forma da lei e arquivada no registro próprio, tem a natureza de autêntico contrato de sociedade e se cria uma sociedade de sociedades ou sociedade de 2º grau, o que falta a essa supersociedade para possuir personalidade jurídica e, portanto, ser considerada, tal como as entidades que a integram, uma pessoa jurídica, titular, *per se*, de direitos e obrigações na ordem jurídica?

Ao atribuir-se personalidade jurídica ao grupo de sociedades, não se estaria excluindo ou minimizando a responsabilidade das sociedades grupadas pelas dívidas que houvessem contraído, já que estas — e isso é ponto pacífico — são sempre responsáveis pelas obrigações assumidas por seus administradores na forma da lei e dos estatutos sociais, mas, tão-somente, conferindo-lhe um atributo do qual não emanariam apenas direitos privados, mas, por igual, obrigações e responsabilidades, permitindo que, quando da celebração de negócios jurídicos de vulto, como os amiúde realizados pelos megagrupos transnacionais, as co-contratantes possam ter a íntima convicção de que o grupo de sociedades será subsidiária e solidariamente responsável pelo cumprimento das cláusulas e condições contratuais, passando o co-contratante a ter a totalidade do patrimônio do grupo para garantir, se, quando e onde necessário, a execução das obrigações assumidas pelas empresas isoladas.

Atualmente, como, com proficiência, vêm pregando os mestres do Direito Processual Civil, entre nós os Profs. J. C. BARBOSA MOREIRA, CÂNDIDO DINAMARCO e SÉRGIO BERMUDES, entre outros, e do Direito Constitucional, entre nós sobretudo o Prof. LUIS ROBERTO BARROSO em seu primoroso *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, a norma jurídica deve, antes e acima de tudo, buscar a sua efetividade, isto é, “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ele representa a materialização,

⁽⁴⁹⁾ Relembre-se, por oportuno, a lição de COMPARATO, segundo a qual “os elaboradores do projeto de regulamento unitário da sociedade anônima européia” propuseram a personalização do grupo (vide item X, *supra*).

no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão última quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”⁽⁵⁰⁾.

Ora, no campo do Direito Empresarial, nada é mais importante do que o cumprimento da palavra empenhada, devendo a lei, por isso, assegurar ao credor, caso o devedor não honre, no vencimento, a obrigação contratada ou a dívida contraída, o adimplemento da prestação prometida ou o seu equivalente em dinheiro, ou o recebimento do que lhe é devido, ainda que compulsoriamente, através, inclusive, da expropriação dos bens do devedor, seja mediante um processo de execução singular, seja mediante um processo de execução coletiva, sendo certo que é na fase derradeira desses longos processos que se vai verificar a efetividade da norma.

Não pode haver dúvida de que o patrimônio do grupo de sociedades tem mais condições de suportar os efeitos de uma execução singular ou coletiva do que o patrimônio das sociedades isoladas e, em consequência, tem mais condições de assegurar a eficácia da norma, fato por si só bastante para recomendar a personificação do grupo de sociedades.

Se emprendermos uma pesquisa metódica, extensa e profunda sobre as ações ajuizadas por co-contratantes e credores para reconhecimento de seus direitos e satisfação de seus créditos, verificaremos que, muitas vezes, durante a lenta tramitação dos processos judiciais, aqueles que têm a obrigação de reparar prejuízos se desfazem de seus bens, quer transferindo-os para “homens de palha”, quer alienando-os a terceiros de boa-fé, sob as mais diferentes e sofisticadas formas, frustrando, dessarte, a eficácia do provimento judicial.

Essa prática, entre nós tão comum, é extremamente facilitada quando se trata de grupo de sociedades, em que, através de transferências de ativos e cisões parciais para sociedades novas ou já existentes, empresas, que litigam em juízo, têm o seu ativo dilapidado e, em consequência, desfalcada a garantia dos credores.

A personificação permitiria que, mesmo sem terem expressamente aderido aos contratos sinalagmáticos celebrados por sociedades grupadas ou subscrito títulos de crédito próprios ou impróprios, o grupo de empresas, por força de lei vinculado ao cumprimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer ou à satisfação de dívida pecuniária, se responsabilizaria pelo seu adimplemento, sob pena de responder com todos os bens das sociedades grupadas, pois o patrimônio do grupo, formado pelo conjunto de sociedades, seria inexoravelmente maior do que o das sociedades isoladas, oferecendo, destarte, maior garantia a seus credores.

⁽⁵⁰⁾ LUIS ROBERTO BARROSO, *ob. cit.*, Ed. Renovar, 2ª ed., p. 79.

Outrossim, com a personificação, a lei poderia prever que o grupo de sociedades seria solidariamente responsável (solidariedade legal) pela recomposição do capital social das sociedades insolventes sempre que se verificasse violação aos princípios da realidade e da intangibilidade do capital social, de novo assegurando mais eficácia à norma legal, pondo fim à prática, também corriqueira e antiga, de deixar ir à garra empresa, integrante do grupo, em dificuldades econômico-financeiras, pois o socorro do grupo de sociedades à sua filiada minimizaria, senão eliminaria, a possibilidade de falência de empresa grupada.

Se os diversos patrimônios das sociedades grupadas são, quando se forma o grupo, administrados segundo diretrizes, ordens e instruções verbais e escritas, por uma direção única, centralizada na sociedade controladora, com o escopo de fortalecer não apenas as sociedades grupadas, mas, também, o próprio grupo como um todo, seria razoável exigir que, no caso de dificuldades, o patrimônio global respondesse pelas dívidas das sociedades grupadas, logrando-se, com isso, solidariedade não apenas na gestão do patrimônio comum quando as sociedades vão bem, mas, por igual, no momento de derrocada, quando, aí sim, é indispensável haver efetivo apoio à sociedade combalida, às portas da bancarrota, por parte das empresas associadas e também do grupo.

Essa, entretanto, não é a opinião de JOSÉ ANTUNES, sem dúvida, hoje, em Portugal, a maior autoridade na matéria, que, em seu festejado *Os Grupos de Sociedades*, de maneira radical, afirma: *“Uma forma de prover a tal organização consistiria em atribuir ao grupo uma personalidade jurídica própria e separada da das sociedades componentes (mãe e filhas), passando assim o grupo a constituir um novo sujeito de direito em si mesmo. Esta solução, proposta nos primórdios da reflexão doutrinal sobre a matéria (YSAY na Alemanha, BERLE nos Estados Unidos da América, COULOMBEL na França), parece hoje inteiramente inadequada.*

Em primeiro lugar, pela sua redundância. Na realidade, se bem se refletir, a personificação legal do grupo representa um contra-senso total com a especificidade deste fenômeno (enquanto fenômeno híbrido, onde se combinam unidade econômica e diversidade jurídica), por isso mesmo que acarreta a destruição da típica pluralidade jurídica que é justamente pressuposta na sua noção: atribuindo personalidade jurídica ao grupo, a lei não estaria a organizar a sua existência mas antes ironicamente e eliminá-la, já que um grupo com personalidade jurídica deixaria de ser para passar a constituir antes uma espécie de fusão operada ex lege. Um tal tipo de solução incorreria, aliás, numa evidente petitio principii sempre que o grupo possuísse, ele próprio, relações de coligação intersocietária com outros grupos, ou constituísse, ele próprio, membro de outros grupos (os chamados Konzern in Konzern). Claramente, o grupo pode funcionar como objeto de comandos jurídicos (como facti-species normativa), jamais como sujeito de direito ele próprio: personificar equivaleria ao “homicídio jurídico” do grupo.

Depois ainda, em segundo lugar, tal solução revela-se ainda inadequada pela inconsistência com a prática organizativa dos grupos. De fato, a idéia da personificação do grupo arranca de uma pressuposta visão deste como uma variante da empresa unissocietária altamente centralizada, uma espécie de "supersociedade", cujo topo hierárquico exerce um controle completo e as partes componentes não gozam de qualquer tipo de autonomia: ora a investigação interdisciplinar da estrutura organizativa dos grupos veio mostrar que estes constituem uma realidade multiforme, com uma grande variedade de graus de centralização, que vai dos grupos compostos por filiais detidas a 100% com profunda integração econômica, até outros com uma estrutura assaz descentralizada (v. g., grupos diversificados), cujas filiais atuam como meros *profit centers* dotados de elevada autonomia decisional, limitando-se a sociedade-mãe a intervir em matérias absolutamente estratégicas para a sobrevivência, liquidez e maximização lucrativa do grupo (máxime, centralização das finanças). Desta perspectiva, personificar significaria assim colocar o grupo num verdadeiro "colete de forças", destruindo aquela típica combinação entre pluralidade jurídica e unidade econômica que constitui a fonte última da superior flexibilidade organizativa e sinergia econômica demonstradas pela estrutura plurissocietária em face da tradicional estrutura unissocietária"⁽⁵¹⁾.

Ao eminente Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto), obtemperaríamos:

a) o Direito dos Grupos de Sociedades não deve ter por objeto apenas normas que legitimem a produção de benefícios econômicos (proporcionados por uma política econômica, fiscal e comercial global, própria da integração horizontal, vertical ou diversificada), financeiros (a correta aplicação por vezes de parques recursos conduz ao controle piramidal), administrativos (obtidos com a padronização das decisões) e jurídicos (resultantes da personificação, que torna responsáveis apenas as sociedades grupadas que aderirem às obrigações e dívidas de outras controladas e até mesmo da controladora) para as sociedades controladora e controladas, mas, outrossim, deve, ao lado dos inúmeros direitos que cria, fixar deveres, obrigações e responsabilidades, tanto para as sociedades grupadas, consideradas isoladamente, como para o grupo, como um todo, e, ademais, não apenas quanto às relações *interna corporis*, portanto, entre sociedade controladora, suas controladas e os acionistas das sociedades controladora e controladas, mas, também, no tocante aos direitos de terceiros, credores das empresas grupadas.

A personificação não levaria à extinção do grupo de sociedades e ao desaparecimento da "pluralidade típica", porquanto apenas se estaria, a par de instituir benefícios, vantagens, direitos e privilégios para o grupo e as

⁽⁵¹⁾ *Ob. cit.*, p. 128/130.

sociedades grupadas, criando deveres, obrigações e responsabilidades, que coibissem a prática, nociva sob todos os aspectos, de a controladora usar e abusar (1º) de participações recíprocas (apesar de proibida, artigo 244 da Lei nº 6.404/76) e cruzadas, (2º) de fusões, incorporações, transferências de ativos e cisões, para fugir ao cumprimento de sentença judicial condenatória (quantos advogados militantes já não tiveram a frustração de, depois de anos a fio litigando contra grandes conglomerados, constatar, impotentes, que os seus clientes “ganharam, mas não levaram”, por não terem o que executar?);

b) o grupo de sociedades “constitui uma realidade multiforme” apenas sob o ponto de vista jurídico – a inquestionável independência das sociedades grupadas –, porque, sob o ponto de vista político-administrativo-econômico-financeiro, ele é altamente centralizado, como, em um saboroso romance, destaca TAYLOR CALDWELL: “Henry era agora presidente da Bouchard & Sons, chefe de suas subsidiárias, maquinador dos destinos delas e, através delas, maquinador da América e, com outros, manejador do mundo”⁽⁵²⁾.

Quanto a colocar um colete de forças, é salutar que se o faça, para que o controlador, no exercício incontrastável e incomensurável do poder de dominação, que possui, não abuse, nem pense, como Luiz XIV se imaginou em relação ao Estado, que o “grupo de sociedades sou eu”.

* * *

Expostas, sumariamente, as noções básicas para uma boa compreensão do grupo de sociedades, em especial quanto às suas características fundamentais – independência jurídica e subordinação política-administrativa-econômico-financeira das sociedades grupadas, por força da direção do grupo de sociedades –, vejamos agora os direitos dos acionistas minoritários, dos credores e das próprias sociedades controladas em face da sociedade de comando.

XI - Os direitos dos acionistas minoritários, dos credores e das próprias sociedades controladas em face da sociedade de comando

A - Grupos de sociedades de fato

A Lei nº 6.404, de 1976, disciplina os grupos de fato nos artigos 243 a 264, proscrevendo, taxativamente, a atuação em conjunto das sociedades controladas, vedando-lhes perseguirem fins comuns segundo diretrizes, ordens

⁽⁵²⁾ *A hora derradeira*, Ed. Record, 1ª ed., p. 62.

e instruções da sociedade controladora, conforme doutrina COMPARATO: “Pela regra do art. 245, torna-se, em tese, impossível a atuação do grupo societário como um conjunto em que cada sociedade trabalha no interesse geral, ou no da controladora, e não no seu próprio interesse. A lei sublima a autonomia econômica — e não apenas jurídica de cada sociedade, não obstante a existência de coligação acionária ou de submissão ao controle de outra, ao declarar que “os administradores não podem, em prejuízo da companhia favorecer sociedade coligada, controladora, estabelecendo o artigo 245 responsabilidade civil aquiliana dos administradores em face da companhia”⁽⁵³⁾.

À norma do artigo 245, prevendo a responsabilidade dos administradores, segue-se a do artigo 246, *verbis*: “A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117”.

Destarte, *ex vi legis*, nos grupos de fato:

- a) as sociedades grupadas não podem favorecer umas às outras;
- b) as operações entre as sociedades grupadas devem obedecer ao princípio da equivalência das condições, de forma que só se realizem negócios jurídicos comutativos ou com pagamento compensatório;
- c) a sociedade controladora responde, *ex vi* dos artigos 246 c/c 116 e 117, da Lei de Anônimas, por abuso de poder;
- d) cabe (1) ação da própria companhia controlada com fundamento nos artigos 246 c/c 116 e 117 da Lei de S.A., para haver da controladora reparação cabal das perdas e danos, (2) ação social *uti singuli* e, também, ação individual dos acionistas⁽⁵⁴⁾ e (3) ação de reparação de danos dos credores contra a controladora com apoio na teoria da desconsideração da personalidade jurídica se se verificar (1) fraude à lei ou (2) fraude a contrato ou (3) abuso de direito;
- e) os administradores da controladora e das controladas que violarem a lei respondem por perdas e danos, com base na teoria da responsabilidade civil aquiliana;
- f) são legitimados ativos contra os administradores a própria companhia e os acionistas não controladores, como substitutos processuais e em seu próprio nome⁽⁵⁵⁾ e dos credores contra a companhia e os administradores com apoio no artigo 158 da Lei de S.A.

(53) “O grupo de sociedades na nova Lei de S.A.”, RDM 23/95.

(54) Cf. COMPARATO, art. cit., p. 95.

(55) Cf. COMPARATO, *idem*.

B - Grupos de sociedades de direito

A Lei nº 6.404, de 1976, nos artigos 265 a 277, admite que sociedade controladora e suas controladas, sem perda de sua autonomia jurídica, funcionem sob uma única direção, devendo a convenção do grupo disciplinar, frise-se, conforme já recordado (item VII, *supra*) e dispõe o artigo 276 da Lei nº 6.404/76, “de forma minuciosa, completa, precisa e clara, as relações entre as sociedades grupadas, de modo a permitir a combinação de recursos e esforços, a subordinação de interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos comuns. Assentando a convenção, as transferências de lucros ou de prejuízos, sob as mais variadas formas, serão lícitas e oponíveis aos sócios ou acionistas minoritários das sociedades filiadas; devendo a convenção fixar se a sociedade de comando, em benefício do grupo ou de sociedade do grupo, poderá favorecer a uma determinada sociedade em prejuízo de outra; dispondo a convenção, à sociedade de comando será facultado impor qualquer tipo de contrato ou dar qualquer tipo de instrução às sociedades do grupo.

Para tanto, controladora e controladas, ao constituírem o grupo, deverão estabelecer, também, na convenção, as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas (art. 266)⁽⁵⁶⁾.

Daí, se os administradores do grupo agirem nos termos da convenção e da lei, ainda que as sociedades controladas venham a ter prejuízos de monta, nada lhes pode ser exigido, nem pelas sociedades controladas, nem pelos acionistas minoritários das sociedades controladas, nem pelos credores, pois os administradores do grupo têm o poder de subordinar os interesses das sociedades controladas aos de outras ou aos interesses do grupo, conforme dispõe claramente o artigo 276 da Lei nº 6.404/76, bem como, com fulcro na norma do artigo 273, os administradores das sociedades controladas deixam de ter autonomia administrativa, econômica e financeira e, portanto, responsabilidades.

Em consequência, nos grupos de sociedades de direito:

(a) a sociedade de comando pode impor, nos termos da convenção, às suas filiadas, políticas administrativas, econômicas, financeiras, operacionais, de *marketing*, etc., inclusive podem (a') subordinar os interesses da filiada aos de outras filiadas e aos do grupo e (a'') transferir lucros e prejuízos de umas para outras; (b) os sócios minoritários da filiada não

⁽⁵⁶⁾ *Grupos de Sociedades*, cit., p. 113/114.

terão ação contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos se estes decorrerem de atos ou operações praticados com apoio no artigo 276, *caput*, da Lei de S.A. (cf. § 3º do artigo 276); (c) observada a convenção, os administradores das sociedades filiadas podem ficar subordinados aos da sociedade de comando; (d) se os administradores do grupo e os administradores da filiada agirem de acordo com a convenção e a lei, nada lhes pode ser exigido, mesmo que seus atos causem prejuízos às filiadas, aos minoritários das filiadas e aos credores.

A propósito da "ausência de responsabilidade grupal perante terceiros", COMPARATO escreveu uma página lapidar, que merece ser transcrita na íntegra: *"A nova lei de sociedades por ações exclui toda e qualquer responsabilidade legal de uma sociedade por débito de outra, no seio do grupo. A Exposição de Motivos do Projeto do Ministro da Fazenda procura justificar a orientação, declarando que não se criou "a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ter patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônios distintos"*.

Como tivemos oportunidade de escrever, tal explicação é inconvincente, no seu todo.

Em primeiro lugar, porque não se trata de criar, necessariamente, uma responsabilidade solidária, e, sim, meramente solidária. Ao contrário do que afirma o Ministro da Fazenda, o grupo de sociedades não é nem poderia jamais ser, juridicamente, uma associação, porque o seu intuito é lucrativo. O grupo constitui, na realidade, uma sociedade, nada importando o reconhecimento, ou não, de sua personalidade jurídica. E enquanto sociedade, não parece ousado nem pioneiro reconhecer o princípio que o velho Código Comercial inscreveu em nosso direito positivo desde 1850, a saber, *"os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais"* (art. 350). No caso, os bens particulares dos sócios são os componentes do ativo patrimonial de cada uma das sociedades grupadas, máxime da controladora do grupo.

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

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

Onde, de resto, a orientação de excluir a responsabilidade de uma sociedade por débito de outra do mesmo grupo aparece como claramente insustentável é no que tange às subsidiárias integrais. Não haverá, aí, porventura, nenhum risco de confusão patrimonial a temer, suscetível de prejudicar terceiros? Devemos levar o formalismo da separação patrimonial a ponto de impedir que a controladora seja envolvida na falência de sua subsidiária, de cuja gestão patrimonial é a única e integral responsável?

É realmente pena que a nova lei de sociedades por ações, modernizadora sob tantos aspectos do nosso direito acionário, tenha-se posto, nessa matéria, em manifesto atraso relativamente ao direito do trabalho que, de há muito, admite a superação da personalidade jurídica na responsabilidade *externa corporis* (CLT, art. 2º, § 2º)⁽⁵⁷⁾.

XII - Direito dos Grupos de Sociedades

Como visto e demonstrado, nos grupos de fato:

- (a) as sociedades grupadas não podem favorecer umas às outras;
- (b) as operações entre as sociedades grupadas devem obedecer ao princípio da equivalência das condições, de forma que só se realizem negócios jurídicos comutativos ou com pagamento compensatório;
- (c) a sociedade controladora responde, *ex vi* dos artigos 246 c/c 116 e 117, da Lei de Anônimas, por abuso de poder;
- (d) cabe (1) ação da própria companhia controlada com fundamento nos artigos 246 c/c 116 e 117 da Lei de S.A., para haver da controladora reparação cabal das perdas e danos, (2) ação social *uti singuli* e, também, ação individual dos acionistas e (3) ação de reparação de danos dos credores contra a controladora com apoio na teoria da desconsideração da personalidade jurídica se se verificar (1) fraude à lei ou (2) fraude a contrato ou (3) abuso de direito;
- (e) os administradores da controladora e das controladas, que violarem a lei, respondem por perdas e danos, com base na teoria da responsabilidade civil aquiliana;

⁽⁵⁷⁾ Art. cit., p. 105.

(f) são legitimados ativos contra os administradores a própria companhia e os acionistas não controladores, como substitutos processuais e em seu próprio nome e dos credores contra a companhia e os administradores com apoio no artigo 158 da Lei de S.A.

Nos grupos de direito:

(a) a sociedade de comando pode impor, nos termos da convenção, às suas filiadas, políticas administrativas, econômicas, financeiras, operacionais, de *marketing*, etc., inclusive podem (a') subordinar os interesses da filiada aos de outras filiadas e aos do grupo e (a'') transferir lucros e prejuízos de umas para outras;

(b) os sócios minoritários da filiada não terão ação contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos se estes decorrem de atos ou operações praticados com apoio no artigo 276, *caput*, da Lei de S.A. (cf. § 3º do artigo 276);

(c) observada a convenção, os administradores das sociedades filiadas podem ficar subordinados aos da sociedade de comando;

(d) se os administradores do grupo e os administradores da filiada agirem de acordo com a convenção e a lei, nada lhes pode ser exigido, mesmo que seus atos causem prejuízos às filiadas, aos minoritários das filiadas e aos credores.

Serão, *de lege ferenda*, essas as melhores soluções ou deve ser criado o Direito dos Grupos de Sociedades, para regular, tanto os grupos de sociedades de direito, quanto os gigantescos numerosíssimos grupos de sociedades de fato?

Por que o Direito dos Grupos de Sociedades é apenas o Direito dos Grupos de Sociedades de Direito, se, tanto nos grupos de sociedades de direito, quanto nos grupos de sociedades de fato, há:

(a) centralização política, através do domínio do poder do controle societário concentrado em uma única pessoa, física ou jurídica, ou grupos de pessoas, vinculadas por acordo de voto ou controle comum;

(b) unidade de direção, através do conselho de administração da sociedade controladora, o qual, por ordens e instruções, precisas e determinadas, que se espraiam, em cadeia, às sociedades controladas, com ou sem convenção grupal, imprime uma diretriz uniforme na aplicação dos recursos econômicos, financeiros, administrativos, técnicos, científicos e pessoais às sociedades grupadas;

(c) independência jurídica, pois, tanto nos grupos de sociedades de direito, quanto nos grupos de sociedades de fato, a sociedade controladora e as suas controladas adquirem direitos e assumem obrigações que não se comunicam, cada uma possuindo personalidade jurídica própria, inconfundível com a das demais sociedades integrantes do grupo, e, portanto, cada uma gozando de plena autonomia e independência jurídica;

(d) autonomia patrimonial, porquanto o ativo de cada uma das sociedades, quer integre um grupo de sociedades de direito, quer um grupo de sociedades de fato, é a garantia única de seus respectivos credores.

Por que o Direito dos Grupos de Sociedades é exclusivamente o Direito dos Grupos de Sociedades de Direito, se, tanto os acionistas e credores das sociedades que formam os grupos de sociedades de direito, quanto os que compõem os grupos de sociedades de fato necessitam de esclarecida, minuciosa e complexa proteção?

Por que o Direito dos Grupos de Sociedades deve ter por objeto apenas os grupos de sociedades de direito, quando a concentração secundária das empresas ou concentração na pluralidade muito mais se manifesta aqui, na Alemanha e em Portugal, os três países que até agora o disciplinaram, nos grupos de sociedades de fato?

Se, como disse MARX, o Direito é um servidor da Economia, por que o Direito positivo e, portanto, o Direito dos Grupos de Sociedades deve ter por objeto apenas as relações entre sociedades que aderem e subscrevem uma convenção, segundo o sistema contratual, quando o fenômeno econômico de concentração de empresas não distingue grupos de sociedades de direito e grupos de sociedades de fato?

Por que não beneficiar, indistintamente, sociedades, acionistas e credores de quaisquer empresas que estejam sob controle e direção únicos, consoante o sistema orgânico?

Por que o Direito dos Grupos de Sociedades deve ficar preso a fórmulas legais que não abarcam, em toda sua extensa amplitude, a realidade dos grupos de sociedades?

Se, há vinte anos, a prudência aconselhava que a disciplina dos grupos de sociedades fosse realizada sob a forma de simples e quase pioneira tentativa (conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de S.A.), hoje o gigantismo dos conglomerados, todos supranacionais, com imensos poderes, impõe que não sejam deixados à margem os grupos de sociedades de fato, reconhecidamente muito mais numerosos, aqui e em qualquer parte do mundo, do que os grupos de sociedades de direito.

Se o problema resumir-se ao fato de que *ex vi legis* somente se verifica a existência (formal) do grupo de sociedades quando há prévia celebração de um pacto escrito, de um contrato plurilateral nominado, basta, para resolvê-

lo, alterar a fórmula, o paradigma legal, passando, então, a lei a regular os dois notórios tipos de grupos: o grupo por força de contrato e o grupo por força de lei.

O grupo de sociedades deixaria de ser aquele que decorre de uma convenção entre sociedade controladora e suas controladas (grupo de sociedades de origem contratual), que resolvem combinar recursos e esforços para realização não apenas dos respectivos objetos, mas, também, dos objetivos superiores do grupo, e passaria a ser considerado grupo de sociedades todo o conglomerado formado por duas ou mais sociedades, sob o mesmo controle, sem prejuízo de cada uma das sociedades grupadas conservar sua própria personalidade jurídica e, em consequência, manterem-se independentes os seus respectivos patrimônios sociais (grupo de sociedades de origem orgânica).

Por estas razões, aplaudimos a lição de JOSÉ ANTUNES, em outra obra notável: *"... a experiência internacional demonstrou já ser claramente ineficaz e fracassada (a divisão entre grupo de sociedades de fato e grupo de sociedades de direito). Com efeito, o modelo português vem filiar-se na grande família dos chamados "sistemas contratuais", que encontraram a sua raiz genealógica no sistema consagrado pelo AktG alemão e que repousam "grosso modo" sobre uma divisão básica entre grupos de direito (ou contratuais: §§ 291 e segs.) e grupos de fato (§§ 311 e segs.). Ora, mais de 25 anos de vigência deste sistema tornaram evidente o seu malogro como modelo regulatório, sendo hoje a doutrina mais representativa unânime em reconhecer este fato sem hesitações, como acentua KLAUS HOPT, "este sistema de regulação naufragou", entre as várias razões deste falhanço, apontam-se justamente a de acabar por abandonar a eficácia dos respectivos comandos normativos ao mero arbítrio dos próprios destinatários (maxime, à sociedade-mãe), incentivando a formação de meros grupos de fato e tornando as normas em matéria de grupos de direitos pura "letra morta" (58), vindo a talho de foice a lição de SAUVIN, transcrita em nota de rodapé: "On peut se demander si la distinction n'est pas purement formelle, en ce sens que du pouvoir de fait peuvent résulter des atteintes aussi profondes au patrimoine social que du pouvoir attribué par la loi. L'existence de deux systèmes permet alors à la société dominante de continuer à jouir d'un pouvoir analogue à celui conféré par la loi sans encourir dans la responsabilité prévue par celle-ci (ou encore une responsabilité moindre, ce qui constitue une forme de privilège injustifié)" (59).*

(58) *Os Direitos dos Sócios na Sociedade Mãe*, Ed. UCP, 1994, p. 81.

(59) *Ob. cit.*, p. 81, nota 88.

Em síntese, desta forma, o que determinaria a formação, a existência, o funcionamento e a extinção do grupo de sociedades não mais seria apenas a celebração de um contrato plurilateral típico, mas também o fato concreto de uma ou mais sociedades possuírem o controle acionário de outras sociedades, com estas formando um grupo de sociedades.

Assim, criar-se-ia o Direito dos Grupos de Sociedades, para regular, de forma minuciosa e completa, o fenômeno econômico da concentração de empresas e, ao discipliná-lo, com normas rígidas, prever:

- (a) a personificação do grupo e
- (b) a responsabilidade solidária do grupo de sociedades com a finalidade última de compelir o empresário — sempre acima de tudo e de todos — a honrar a palavra empenhada, não importa se empenhada através da sociedade controladora e/ou de uma ou várias de suas controladas.

legislativo as medidas provisórias (art. 51. Via apressada em deliberação no art. 61, nos seguintes termos: "Em caso de recessos ou férias do Congresso Nacional, poderá editar medidas provisórias, com força de lei, durante o período de recesso ou férias do Congresso Nacional, que, extinto em recesso, será considerado extraordinariamente de para se reunir no prazo de cinco dias".

Complementando a disciplina das medidas provisórias o parágrafo único do mesmo art. 61 acrescentou: "As medidas provisórias produzirão efeitos, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, e terão de sua publicação, durante o Congresso Nacional, disciplina as relações jurídicas das mesmas".

Essas regras formam o contexto legal das medidas provisórias em sede constitucional. Como a disciplina sobre a matéria se dispõe em termos gerais ao instituto, é evidente que muitas questões têm sido suscitadas e outras tantas dúvidas têm sido levantadas sobre a correta aplicação de tais regras. Entre todos esses aspectos, sobretudo, de forma sintética e objetiva, a questão do controle da relevância e urgência, que a Constituição considera indispensáveis à edição das medidas provisórias.

2. Pressupostos

Ao exame do texto constitucional, não é difícil perceber que a edição das

(*) JORGE LOBO é Mestre em Direito Econômico pela UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ, Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura e Presidente da Comissão Permanente de Direito Comercial do Instituto dos Advogados Brasileiros.
