

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 11

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 11 (Julho/Dezembro de 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2014.

A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DE SOCIEDADES INTEGRANTES DE UM MESMO GRUPO DE FATO¹

LIABILITY FOR DEBTS OF OTHER COMPANIES OF THE SAME *DE FACTO* GROUP

Sérgio Campinho

Resumo: Por meio do presente parecer são enfrentados os questionamentos apresentados pela CONSULENTE acerca da formação e da caracterização de grupos societários e, ainda, da responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo. Nesse passo, após a apresentação dos quesitos formulados pela CONSULENTE e a indicação dos documentos que nos foram por ela encaminhados, tecemos as considerações que nos parecem essenciais acerca dos *grupos de fato* e de *direito*. Na sequência, tratamos especificamente da caracterização de um *grupo de fato*. Adiante, nos debruçamos sobre o tema da responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo *grupo de fato*. Por fim, apresentamos as nossas conclusões e as respostas aos quesitos.

Palavras-chave: Grupo de fato. Caracterização. Responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes.

Abstract: This legal opinion covers the issues raised by the consultant concerning not only the corporate group formation and characterization but also the liability for debts arising from another member of this group. After listing all the queries raised by the consultant and all the documents provided, it initially presents the essential considerations about the *de facto* and the *de jure* groups. Then, the characterization of the *de facto* group and the liability for debts of another company of the same *de facto* group are specifically

¹ Artigo recebido em 10.09.2014 e aceito em 08.12.2014.

addressed. Finally, it concludes by answering all the questions raised by the consultant.

Keywords: *De facto* group. Characterization. Liability for other companies' debts.

Sumário: I – A Consulta. II – O Parecer. II.1 – Os Grupos Societários de Fato e de Direito. II.2 – A Caracterização de um Grupo de Fato. II.3 – A Responsabilidade por Dívidas de Sociedades Integrantes de um Mesmo Grupo de Fato. III – As Conclusões. IV – As Respostas aos Quesitos.

I – A CONSULTA

A sociedade denominada “A” Ltda. (“A LTDA.” ou “CONSULENTE”), através de seu administrador não sócio, Sr. XYZ, formula consulta acerca da formação e da caracterização de grupos societários e da responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo.

Desse modo, a CONSULENTE nos apresenta os seguintes quesitos:

1º QUESITO: À luz do Direito Societário brasileiro, há grupo de empresas entre as sociedades denominadas “A” LTDA., “B” LTDA., “C” LTDA., “D” LTDA., “E” LTDA., “F” LTDA., “G” LTDA. e “H” LTDA., caracterizando concentração empresarial?

2º QUESITO: O fato de, em algum momento passado, um sócio, administrador ou procurador de uma determinada sociedade ter integrado o quadro social ou ter

funcionado como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um grupo de empresas, é, por si só, o suficiente para se caracterizar que a primeira sociedade passou a integrar o mencionado grupo?

3º QUESITO: O fato de um administrador ou procurador de uma determinada sociedade funcionar como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um grupo de empresas, é, por si só, o suficiente para se caracterizar que a primeira sociedade passou a integrar o mencionado grupo?

4º QUESITO: O fato de uma determinada sociedade integrar um grupo de empresas, por si só, faz com que ela se torne responsável por dívidas de outras sociedades que compõem o referido grupo?

Para possibilitar a compreensão do quadro fático, a CONSULENTE nos encaminhou os seguintes documentos:

- a) ata da assembleia geral de conversão em sociedade por ações do FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO “I” (tendo a referida companhia recebido a denominação de “J” S.A.); contrato social da sociedade denominada “A” LTDA. e suas 1ª, 2ª e 3ª alterações;
- b) contrato social da sociedade denominada “B” LTDA. e suas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª e 11ª alterações;
- c) contrato social da sociedade denominada “C” LTDA.;
- d) protocolo e justificção de incorporação de “H” LTDA. pela “K” LTDA.; contrato social da sociedade

denominada “K” LTDA. e suas 1ª, 2ª, 3ª, 8ª, 9ª, 38ª, 39ª, 40ª, 47ª, 48ª, 97ª, 98ª, 99ª, 105ª, 106ª, 114ª, 115ª, 116ª, 117ª, 118ª, 119ª, 120ª e 121ª alterações, sendo certo que, por meio da 120ª alteração contratual, a referida sociedade teve a sua denominação alterada para “D” LTDA.;

e) contrato social da sociedade denominada “E” LTDA. e suas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª e 9ª alterações;

f) contrato social da sociedade denominada “F” LTDA. e suas 1ª e 2ª alterações;

g) contrato social da sociedade denominada “G” LTDA. e suas 1ª e 2ª alterações; e

h) contrato social da sociedade denominada “H” LTDA. e suas 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª, 16ª e 17ª alterações; e, ainda, a re-ratificação da 16ª alteração contratual.

II – O PARECER

Diante dos quesitos apresentados e dos documentos que nos foram encaminhados pela CONSULENTE, optamos por dividir o presente parecer jurídico nos tópicos abaixo indicados, com o escopo de tornar a exposição mais didática e objetiva:

a) Os grupos societários de fato e de direito.

b) A caracterização de um *grupo de fato*.

c) A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo *grupo de fato*.

d) As conclusões.

e) As respostas aos quesitos.

Assim, passamos à análise de cada um dos mencionados tópicos.

II.1 – OS GRUPOS SOCIETÁRIOS DE FATO E DE DIREITO

Como anota Rubens Requião², “coube aos juristas alemães estabelecer³, pela primeira vez, no direito moderno, um sistema legal disciplinador dos grupos econômicos” (*Konzern*). Tomando como modelo legal a Lei Alemã de 1965 e inspirados, ainda, no sistema de concentração japonês (*Zaibatsu*), Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da Lei nº. 6.404/1976 (“LEI DAS S.A.”), previram, no referido diploma, a disciplina dos grupos⁴.

² *Curso de Direito Comercial*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 348.

³ Através da Lei Alemã de 1965.

⁴ José Waldecy Lucena contempla, em seu valioso relato histórico acerca dos grupos econômicos, o seguinte trecho de autoria de Mário Henrique Simonsen, então Ministro da Fazenda, acerca da estratégia econômica traçada, à época, pelo Governo: “Nos últimos anos o Governo vem procurando criar um novo modelo de grande empresa privada nacional, incentivando as fusões e a formação de conglomerados, numa espécie de imitação do modelo japonês” (SIMONSEN, Mário Henrique; CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A Nova Economia Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1979. p. 206-207 *apud* LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3, p. 994-995). Na sequência, o mencionado comercialista conclui: “os elaboradores da Lei brasileira basearam-se, assim, para a inclusão do direito grupal, no modelo japonês – *Zaibatsu*, tão celebrado à época, em face do chamado *milagre japonês*, que recuperou a economia nipônica destruída pela Segunda Guerra Mundial, mas copiaram, em sua maior parte, as disposições da Lei de Sociedades por Ações alemã de 1965, que disciplina detalhadamente os grupos empresariais (*Konzern*), mesmo porque os *Zaibatsu* não eram, como ainda não são, regulamentados em lei” (LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar,

Até o advento do Código Civil de 2002, as regras constantes dos Capítulos XX (*Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas*) e XXI (*Grupo de Sociedades*) da Lei nº. 6.404/1976 traduziam regras gerais em matéria de Direito Societário. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as sociedades contratuais passaram a observar o disposto no Capítulo VIII (*Das Sociedades Coligadas*), do Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), do Título II (*Da Sociedade*), do Livro II (*Do Direito de Empresa*) e, ainda, os dispositivos constantes dos Capítulos XX e XXI da LEI DAS S.A., desde que não conflitem com o disposto no aludido diploma codificado.

No caso concreto que nos fora submetido à análise, tanto a “A” LTDA. como as demais sociedades mencionadas no primeiro quesito apresentado são sociedades contratuais, do tipo *limitada*. Desse modo, as questões suscitadas pela CONSULENTE serão justamente analisadas sob a ótica dos dispositivos do Código Civil referentes às *sociedades coligadas*⁵ e dos preceitos que compõem os Capítulos XX e XXI da Lei nº. 6.404/1976, aplicáveis supletivamente.

2012. v. 3, p. 995). Igualmente valioso é o resgate histórico de Modesto Carvalhosa: “o diploma de 1976, ao dedicar todo um capítulo à matéria do grupo convencional de sociedades (Capítulo XXI), atendeu à política econômica empossada à época (1975), pelo governo brasileiro, consubstanciada no II PND (1973-1975). Contrariando a tendência mundial de repressão às concentrações empresariais, a partir do final do século XIX (Lei Sherman e ‘Clayton Act’), o nosso II PND (1973-1975) estabeleceu um amplo programa de formação de conglomerados financeiro-industrial-comerciais, pois considerava tal regime concentracionista fundamental para o revigoramento das atividades empresariais do setor privado nacional. [...] Inspiraram-se, à época, as autoridades econômicas governamentais (II PND) na implementação de uma política de criação do Poder Nacional baseada nos sistemas de concentração japonês (*Zaibatsu*) e alemão (*Konzern*). Em consequência, a reforma da nossa lei societária de 1976 deveria, como efetivamente ocorreu, institucionalizar a prática oligopolística, tendo como modelo legal a reforma societária alemã de 1965. E o veículo escolhido pelo II PND para a criação dos conglomerados institucionais entre nós foi a lei societária de 1976 [...]” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, tomo II, p. 305-307).

⁵ Estes dispositivos são aqueles que, como mencionado, integram o Capítulo VIII (*Das Sociedades Coligadas*), do Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), do Título II (*Da Sociedade*), do Livro II (*Do Direito de Empresa*) do Código Civil.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, pode-se afirmar que os grupos econômicos se apresentam como uma técnica de exploração racional da atividade empresarial, na busca de um processo de investimentos, pesquisa, produção e comercialização mais eficientes^{6 e 7}, sendo certo que fatores econômicos, financeiros, mercadológicos, políticos, administrativos, organizacionais e de marketing podem servir de justificativa para a sua formação⁸.

⁶ CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Código Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 315.

⁷ Nesse passo, Fábio Konder Comparato salienta que não se pode negar “que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de ‘economias internas de escala’, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 498).

⁸ Ao discorrer sobre fatores e benefícios atrelados aos grupamentos societários, José Luiz Bulhões Pedreira apresenta a seguinte listagem exemplificativa: “alguns são econômicos (por ex.: otimização do uso dos recursos das diversas sociedades, integração de seguimentos do processo produtivo ou obtenção de economias de escala); outros são políticos (constituição pela empresa transnacional de subsidiárias sujeitas às leis de cada país), financeiros (aumento da capacidade de captar capitais de risco ou empréstimo, ou melhor utilização das disponibilidades de caixa das diversas sociedades), de mercado (especialização de empresas em diferentes atividades ou regiões, ou utilização da mesma marca para diversos produtos), administrativos (para descentralização ou especialização de atividades) etc.” (PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2, p. 1.933-1.934). Em complementação, Bulhões Pedreira sustenta que “a observação dos grupamentos de sociedades mostra que, em geral, são formados por empresas com características distintas sob todos os aspectos de dimensão, tipo de atividades, tradição no mercado, estrutura de custos, rentabilidade etc., e que sua reunião em grupo produz – inevitavelmente – efeitos que influenciam todas, embora de modo e em proporções diferentes: (a) o controle comum faz com que os mercados reconheçam a existência do grupo e considerem as sociedades como elementos de um único conjunto; (b) todas as sociedades se beneficiam da diversificação de riscos buscada pelo empresário, pois as fases cíclicas de dificuldades ou menor rentabilidade não ocorrem simultaneamente em todas as empresas, e umas podem auxiliar outras; (c) o controle comum possibilita a organização unificada de atividades que proporcione economias de escala em benefício de todas as empresas; e (d) a unidade de comando assegura que cada

A doutrina divide os grupos societários em *grupos de fato* e *grupos de direito*.

Os *grupos de direito*⁹ são formados por sociedades que celebram uma convenção (a ser arquivada no Registro Público de Empresas Mercantis), cujo escopo é justamente o de estabelecer disciplina própria ao grupamento. Suas notas essenciais vêm estabelecidas no artigo 265 da LEI DAS S.A., abaixo reproduzido:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Os *grupos de fato*, por seu turno, são integrados por sociedades coligadas, controladoras e controladas que mantêm, entre si, laços empresariais através de participação societária, sem a necessidade de se organizarem juridicamente¹⁰. A identificação de um *grupo de fato* passa, portanto, pelos conceitos de *controle* e de *coligação*.

A Lei nº. 6.404/1976 não contempla o conceito de *controle*. Cuida, tão somente, de definir *acionista controlador* e *controlada*, no *caput* do artigo 116 e no §2º do artigo 243, respectivamente:

Caput do Artigo 116:

empresa dê preferência aos bens e serviços produzidos pelas demais (Ibid. p. 1.934-1.935).

⁹ Ao longo da LEI DAS S.A., os *grupos de direito* são chamados de “grupos de sociedades” ou simplesmente de “grupos”.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 349.

Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

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

§2º do Artigo 243:

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Partindo-se, pois, dos conceitos de *acionista controlador* e de *controlada*, o controle pode ser compreendido como o poder efetivo vinculado à condução dos negócios sociais, exercido por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, de forma direta ou indireta, mas sempre de modo continuado ou permanente. Corresponde, portanto, a um somatório de poderes que confere ao seu titular – ou ao conjunto de seus titulares – o direito de governar os negócios da companhia^{11 e 12}.

¹¹ Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da LEI DAS S.A., “controle é capacidade de causar, determinar ou alterar a ação dos órgãos da companhia. É o poder político na sociedade, no sentido de poder supremo de sua estrutura interna, que compreende a capacidade de alocar e distribuir poder nessa estrutura. Segundo o modelo legal de organização da companhia, esse poder compete à Assembleia Geral; e como esse órgão delibera por maioria de votos, dentro da Assembleia é exercido pelo conjunto de acionistas que formam a maioria” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 66). Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 489).

¹² Não podemos deixar de registrar o fato de sentirmos falta, no teor do referido §2º do artigo 243 da Lei nº. 6.404/76, de uma menção à necessidade de identificação do

Já o §1º do artigo 243 da LEI DAS S.A. define como coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha uma *influência significativa*, sendo certo que, na dicção do §4º do referido preceito, considera-se haver a mencionada influência significativa “quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la”. Em complementação, o §5º do preceito em comento estabelece ser presumida a influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la¹³.

Entre sociedades coligadas, não há relação de comando, mas sim de coordenação. Justamente por isso, costuma-se afirmar que entre coligadas é estabelecida uma relação horizontal, ao passo em que, entre controladora e controlada, verifica-se a existência de uma relação vertical.

Cabe, ainda, aduzir que, nos moldes do artigo 245 da LEI DAS S.A., os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-

uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos sociais. O poder de controle é um poder de fato e deve ser aferido em cada caso concreto. Para ostentá-lo, não basta titularizar direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. É necessário fazer uso do mencionado poder. A exposição de motivos da Lei nº. 6.404/76 evidencia que essa omissão foi intencional, ao dispor que “o conceito de sociedade controladora corresponde ao de acionista controlador, do parágrafo único do artigo 116, com as adaptações necessárias para compreender quaisquer formas de sociedades controladas (e não apenas a de companhia) e a possibilidade de controle indireto, através de cadeia ou pirâmide de sociedades. Além disso, não se requer, no caso de sociedades, o efetivo exercício do poder de dirigir as atividades das sociedades controladas, que se presume nas relações intersocietárias”. Contudo, essa presunção não é absoluta, mas sim relativa. Em última análise, caso o exercício *efetivo* do poder de controle não se verifique, a suposta relação de controladora e controlada não se estabelece. Nesse caso, haveria apenas uma relação de investimento, passível de ser caracterizada como uma coligação.

¹³ É oportuno anotar que o §1º do artigo 243 contou, originalmente, com a seguinte redação: “são coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. A redação transcrita no corpo do texto foi fruto de alteração implementada através da Lei nº. 11.941/2009.

lhes zelar para que as operações eventualmente realizadas entre as sociedades observem condições estritamente comutativas ou contem com pagamento compensatório adequado. Caso não atuem dessa forma, os administradores responderão perante a companhia pelas perdas e danos resultantes dos atos infracionais. Esse preceito se justifica sob a ótica de que a reunião de determinadas sociedades em um *grupo de fato* pode facilitar o favorecimento de uma sociedade específica, em detrimento dos direitos e dos interesses dos acionistas minoritários e dos credores das demais integrantes do referenciado *grupo de fato*. O administrador de uma sociedade integrante de um *grupo de fato* deve, portanto, sempre zelar pelos interesses da sociedade que administra, observando (i) a comutatividade das relações estabelecidas entre a sua administrada e as demais sociedades componentes do grupamento ou, se for o caso, (ii) a necessidade de sua administrada perceber o adequado pagamento compensatório. O mesmo não se verifica em relação ao *grupo de direito*, na medida em que nesse as ações são coordenadas para a realização de um interesse de grupo e as sociedades que o compõem acabam abrindo mão de sua individualidade estratégica e administrativa em prol do fim comum visado pelo próprio *grupo de direito*¹⁴.

Em verdade, as expressões *grupo de fato* e *grupo de direito*, a despeito de consagradas pela doutrina, não constam da Lei nº. 6.404/1976.

Consoante se infere da exposição de motivos do aludido diploma legal, os autores do anteprojeto da LEI DAS S.A. optaram por estabelecer o antagonismo entre “a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto reguladas neste Capítulo [o Capítulo XX]; b) sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro de Comércio, passam a constituir grupos societários, com disciplina

¹⁴ Nesse sentido, cabe conferir: LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 732 e 1.015; e REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 378-379.

própria, prevista no Capítulo XXI”. As primeiras são os *grupos de fato* e as segundas, os *grupos de direito*¹⁵.

Em síntese, portanto, pode-se afirmar que, no âmbito da LEI DAS S.A., os *grupos de fato* são disciplinados pelas regras constantes do Capítulo XX da Lei nº. 6.404/1976, intitulado *Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas*; e os *grupos de direito* são regidos pelos preceitos constantes do Capítulo XXI da aludida lei, denominado *Grupo de Sociedades*¹⁶.

O Código Civil de 2002, por seu turno, tratou tão-somente dos *grupos de fato*, dedicando às *Sociedades Coligadas*¹⁷ o Capítulo VIII, do Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), do Título II (*Da Sociedade*), do Livro II (*Do Direito de Empresa*).

Nos termos do Código Civil, é controlada a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando direitos de sócio capazes de lhe conferir a maioria de votos nas deliberações sociais, tomadas em sede de assembleia geral ou de reunião de sócios, e o poder de eleger a maioria dos administradores, e, ainda, a sociedade cujo controle, na forma acima referida, esteja em poder de outra sociedade, mediante ações ou quotas titularizadas por sociedade ou sociedades por esta já controladas (artigo 1.098). Coligada ou filiada¹⁸ é a sociedade de cujo

¹⁵ Nesse sentido, os próprios autores do mencionado anteprojeto anotam que “as leis, em geral, disciplinaram a empresa-grupo sob dois ângulos: o grupo de fato, constituído por sociedades ligadas, apenas, pela existência de um controle comum, e o grupo de direito, que representa uma estrutura jurídica nova, na qual se integram as sociedades” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. cit. p. 88-89).

¹⁶ O trecho da exposição de motivos da Lei nº. 6.404/1976 referente ao seu Capítulo XXI, intitulado *Grupo de Sociedades*, é inaugurado com as seguintes palavras: “O grupo de sociedades é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembleias gerais de uma ‘convenção de grupo’ dão origem a uma ‘sociedade de sociedades’”. De todo modo, cabe, por oportuno, anotar que o *grupo de direito* é despido de personalidade jurídica.

¹⁷ De acordo com o artigo 1.097 do Código Civil, “consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes”.

¹⁸ No âmbito do Código Civil, “coligada” e “filiada” são sinônimos.

capital outra participe, na razão de no mínimo 10% desse capital, sem, contudo, controlá-la (artigo 1.099)¹⁹. Por sua vez, é de simples participação a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando menos de 10% do capital votante (artigo 1.100).

De plano, pode-se atestar a distinção dos conceitos de *sociedade coligada* estabelecidos pela Lei nº. 6.404/1976 e pelo Código Civil: o §1º do artigo 243 da LEI DAS S.A., com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº. 11.941/2009, adota o critério da influência significativa, que vem detalhado nos §§4º e 5º do referido preceito, ambos acrescidos à Lei nº. 6.404/1976 pela aludida Lei nº. 11.941/2009; já o artigo 1.099 do Código Civil considera coligada a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando no mínimo 10% desse capital, mas sem controlá-la²⁰.

À luz dessa divergência de conceitos, cumpre destacar que, nos termos do artigo 46 da Lei nº. 11.941/2009, a definição de coligada obtida pela conjugação dos §§1º, 4º e 5º do artigo 243 da LEI DAS S.A. somente será utilizada para os propósitos contemplados na própria Lei nº. 6.404/1976²¹. Para os fins constantes em outras leis, o conceito de coligação se estabelece nos moldes do artigo 1.099 do Código Civil, como dita o parágrafo único do mencionado artigo 46 da Lei nº. 11.941/2009. E, conforme restou destacado no princípio deste item II.1, como a CONSULENTE e todas as sociedades mencionadas no primeiro quesito por ela apresentado são sociedades limitadas, as questões suscitadas serão enfrentadas sob a ótica dos artigos 1.097 a

¹⁹ O conceito de sociedade coligada constante do artigo 1.099 do Código Civil em muito se aproximava do conceito de coligada que fora contemplado na versão original do §1º do artigo 243 da LEI DAS S.A., cuja redação reproduzimos na nota de rodapé nº. 12.

²⁰ O nosso direito positivo jamais consagrou a coligação indireta. A versão original do §1º do artigo 243 da Lei das S.A e a sua versão atual, fruto da alteração veiculada através da Lei nº. 11.941/2009, bem como o teor do artigo 1.099 do Código Civil apenas admitem a coligação direta, ou seja, aquela que se estabelece através de uma relação direta de investimento por parte de uma sociedade em outra.

²¹ Como, por exemplo, para fins de relatório anual de administração, demonstrações financeiras, responsabilidade civil dos administradores e participação recíproca.

1.101 do Código Civil e dos preceitos que compõem os Capítulos XX e XXI da Lei nº. 6.404/1976, naquilo em que não haja conflito.

Destarte, partindo-se do pressuposto de que as sociedades denominadas “A” LTDA., “B” LTDA., “C” LTDA., “D” LTDA., “E” LTDA., “F” LTDA., “G” LTDA. e “H” LTDA. não celebraram qualquer convenção de grupo e, portanto, com absoluta certeza, não constituem um *grupo de direito*, doravante focamos a nossa análise no estudo dos aspectos vinculados à caracterização dos *grupos de fato* e nos limites da responsabilidade de sociedades integrantes de um mesmo *grupo de fato*, recorrendo à disciplina dos *grupos de direito* quando necessário.

II.2 – A CARACTERIZAÇÃO DE UM GRUPO DE FATO

À luz do Direito Societário brasileiro, os *grupos de fato* pressupõem a existência de sociedades que mantenham, entre si, relações de *coligação* (sempre direta) ou *controle* (conceitos já analisados no item II.1, acima), sem a necessidade de se organizarem juridicamente através da celebração de uma convenção.

Partindo-se das premissas de que o poder de controle é um poder de fato, que deve ser efetivamente exercido por seu titular ou por seus titulares, e, ainda, de que as relações societárias são cada vez mais dinâmicas, tem-se que a caracterização de um *grupo de fato* deve ser feita a partir do caso concreto, levando-se em consideração o quadro fático que, naquele momento, é apresentado para a aferição.

Desse modo, o simples fato de, em um dado momento passado, um sócio²², administrador ou procurador de uma determinada sociedade ter integrado o quadro social ou funcionado como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um *grupo de fato*, não é o bastante para caracterizar que a primeira sociedade passou a compor o *grupo de fato* integrado pela segunda. A análise e o conseqüente possível reconhecimento de um *grupo de fato* vinculam-se, cabe enfatizar, à compreensão do caso concreto naquele

²² Pessoa natural ou pessoa jurídica.

momento específico, em virtude do dinamismo das relações societárias e, ainda, do próprio conceito de controle extraído da lei. Em outros termos, os *grupos de fato* funcionam como autênticos organismos vivos, sujeitos a uma constante mutação. E justamente por isso não podem ser analisados como se fossem retratos estáticos.

A princípio, portanto, por ocasião da análise e do reconhecimento de um *grupo de fato*, deve prevalecer o quadro fático daquele momento específico. Diz-se “a princípio”, pois os cenários e as composições societárias anteriores deverão ser resgatadas e consideradas se for constatado que, em um determinado caso concreto, houve alteração de posições societárias com o escopo de descaracterizar o *grupo de fato*. Isto porque, como curial, o direito não pode compactuar com a fraude ou com a má-fé.

Tem-se, ainda, que o simples fato de um administrador ou procurador de uma determinada sociedade funcionar como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um *grupo de fato*, também não é o suficiente para se caracterizar, à luz do Direito Societário brasileiro, que a primeira sociedade passou a integrar o mencionado grupo. Isto porque, como restou destacado acima, a caracterização dos *grupos de fato* pressupõe a existência de sociedades que mantenham, entre si, relações de *coligação* ou *controle* e tanto a coligação quanto o controle vinculam-se, necessariamente, à manutenção de laços empresariais através de participações societárias. A disciplina dos grupos consagrada na LEI DAS S.A. e no Código Civil evidencia que o reconhecimento e a caracterização de um *grupo de fato* passam ao largo da análise da ocupação, por determinadas pessoas naturais, de cargos de administração ou de procurador.

Em verdade, a “A” LTDA. não titulariza uma quota sequer das sociedades “B” LTDA., “C” LTDA., “D” LTDA., “E” LTDA., “F” LTDA., “G” LTDA. e “H” LTDA. e estas sociedades também são totalmente estranhas ao capital social da “A” LTDA. A CONSULENTE não ostenta a condição de controladora, controlada, coligada investidora, coligada investida ou sociedade de simples participação de quaisquer das

aludidas sociedades, não havendo, entre a “A” LTDA. e as demais, qualquer ligação societária. Ademais, após a análise da documentação recebida, não vislumbramos qualquer indício de que tenha ocorrido alteração de posições societárias com o escopo de descaracterizar um possível *grupo de fato*.

Desse modo, concluímos que o caso concreto que nos fora apresentado por ocasião da elaboração da consulta não nos permite enquadrar a CONSULENTE em um cogitado *grupo de fato* integrado pelas sociedades “B” LTDA., “C” LTDA., “D” LTDA., “E” LTDA., “F” LTDA., “G” LTDA. e “H” LTDA., na medida em que ela – a “A” LTDA. – não protagoniza qualquer relação de coligação ou controle com quaisquer das mencionadas sociedades.

II.3 – A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DE SOCIEDADES INTEGRANTES DE UM MESMO GRUPO DE FATO

Tanto as sociedades integrantes de um *grupo de fato*, como aquelas componentes de um *grupo de direito*, conservam suas personalidades e seus patrimônios distintos.

Nos *grupos de fato*, essa separação de personalidades e de patrimônios se faz clara se for levado em consideração que, por força do disposto no artigo 245 da Lei nº. 6.404/1976, aplicável às sociedades contratuais por traduzir regra geral em matéria de Direito Societário, os administradores não podem, em prejuízo da companhia administrada, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações eventualmente realizadas entre as sociedades integrantes de um mesmo *grupo de fato* observem condições estritamente comutativas ou contem com pagamento compensatório adequado.

No que tange aos *grupos de direito*, encarregou-se o legislador de prever expressamente, no artigo 266 da Lei nº. 6.404/1976, que:

As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades

filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas *cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.*

A ênfase à distinção de personalidades e patrimônios, conferida na parte final do referido dispositivo legal, se justifica sob o pálio de que, como já salientado, as sociedades integrantes de um *grupo de direito* acabam abrindo mão de sua individualidade estratégica e administrativa em prol do fim comum visado pelo grupo. A própria convenção do grupo poderia, assim, suscitar dúvidas acerca da distinção dos patrimônios de suas integrantes. Nesse sentido, valiosas são as palavras de José Luiz Bulhões Pedreira²³, para quem:

A participação de sociedade em grupo, como controladora ou controlada, não modifica sua personalidade e patrimônio, e todas as sociedades do grupo continuam a ter personalidade e patrimônios distintos. Esse princípio consta expressamente no artigo 266 da LSA, no Capítulo XXI, relativo aos grupos de direito, nos quais a existência da convenção de grupo poderia ensejar dúvidas sobre a distinção de personalidade e patrimônios das sociedades.

Ao comentar o preceito em referência, José Waldecy Lucena²⁴ anota que:

Este dispositivo cumpre, de um modo até exagerado, a recomendação governamental, referida em comentários ao artigo anterior, de que certos institutos da Lei Acionária deviam ser redigidos sem descer a minúcias, que podiam representar cerceamento da iniciativa empresária.

Com efeito, a norma dele constante defere a regulação das principais matérias, que conformam o regime jurídico dos grupos societários – como o são as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo

²³ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2, p. 1.935-1.936.

²⁴ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 1.008-1.009.

e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas – à convenção grupal, ou seja, ao arbítrio dos controladores da sociedade de comando, os quais, quando da constituição do grupo, disciplinarão aqueles temas a seu líbido (*jus dispositivum*), apenas obedecendo à determinação de que cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

Fran Martins²⁵, por seu turno, se vale das seguintes palavras:

Declara a lei que, qualquer que seja a regulamentação dada à estrutura do grupo, que basicamente será contida na convenção, deverá ficar sempre reconhecido que cada sociedade conservará sua personalidade e que os patrimônios dessas sociedades serão distintos dos patrimônios das demais.

Em primeiro lugar, reconhece-se que o grupo não constitui uma pessoa jurídica, apesar de ter características próprias e de agir como uma unidade diversa das sociedades que o compõem²⁶.

²⁵ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1.114.

²⁶ Na sequência, o referido comercialista prossegue o seu raciocínio da seguinte forma: “A estrutura a ser dada ao grupo designa-se, na verdade, uma administração grupal, a que cabe, em princípio, tomar as deliberações de ordem geral; não se trata, contudo, de uma pessoa moral, mas de simples caso de representação do conjunto das sociedades que constituem o grupo, inclusive a sociedade de comando. Daí não contribuírem as sociedades, de comando e filiadas, para a constituição de um patrimônio para o grupo, diverso do patrimônio de cada sociedade; na realidade, esses patrimônios individuais são conservados, mas a administração do grupo dispõe do poderio econômico que representam os patrimônios de todas as sociedades, caso a convenção do grupo estabeleça que a representação das sociedades, perante terceiros, caberá aos administradores do grupo. Em tais condições, o grupo não conta com um patrimônio próprio e, conseqüentemente, não possui personalidade jurídica, se bem que possa ter administradores e mesmo cargos de direção a serem ocupados por pessoas que praticarão atos como se representassem uma pessoa jurídica, que seria o grupo, formado com a participação de todas as sociedades filiadas. Conseqüentemente, as sociedades pertencentes ao grupo continuam a possuir personalidade jurídica e patrimônios próprios. Isso significa que, apesar de estarem sob um comando comum, as sociedades do grupo se mantêm como individualidades reconhecidas por lei, com nome, domicílio e patrimônios particulares. Não haverá, contudo, em tais sociedades uma ampla liberdade de ação, visto estarem elas ligadas entre si por uma convenção que cria obrigações para todas. Por sua vez, se bem que tenham autonomia patrimonial, a supervisão da sociedade de comando e os interesses do grupo interferem nessa autonomia, ficando

No âmbito restrito das sociedades contratuais, ao discorrer sobre o teor do artigo 1.097 do Código Civil, que inaugura do Capítulo VIII, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II, referente às sociedades coligadas, Modesto Carvalhosa²⁷ assim enfatiza:

[...] no trato da matéria pelo Código Civil de 2002 o pressuposto legal é o de que haja uma integridade individual dos patrimônios e da personalidade jurídica das sociedades vinculadas por participações acionárias verticais e horizontais, que, assim, terão obrigações e responsabilidades individuais perante terceiros, incomunicáveis, em princípio, às demais sociedades encadeadas no respectivo grupo empresarial.

Na realidade, os autores do anteprojeto da LEI DAS S.A. optaram, consciente e expressamente, pela não previsão de solidariedade entre as sociedades componentes de um mesmo grupamento, sendo oportuno transcrever o respectivo trecho da exposição de motivos da Lei nº. 6.404/1976:

No artigo 267²⁸, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser [*sic*] patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e

os patrimônios particulares das sociedades jungidos aos interesses do grupo e, em última análise, dependentes do que a sociedade de comando e os administradores do grupo resolverem a respeito da aplicação daqueles patrimônios particulares que, apesar de pertencerem às sociedades, ficam a depender dos interesses do grupo” (Ibid. p. 1.114-1.115). Mesmo nessa situação cogitada por Fran Martins – em que o *grupo de direito* prestigia ao máximo a regulamentação de seus próprios interesses, contemplando, inclusive, em sua convenção, regra que estabeleça que a representação das sociedades, perante terceiros, caberá aos administradores do grupo – tem-se que as sociedades integrantes do *grupo de direito* preservam personalidades jurídicas e patrimônios distintos. Em síntese, pode-se sustentar que, até no mais extremo dos cenários, prevalece a distinção entre as personalidades e os patrimônios das sociedades componentes de um mesmo grupo.

²⁷ CARVALHOSA, Modesto. Parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13, p. 420.

²⁸ Artigo 266, na versão sancionada da Lei nº. 6.404/1976.

risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos.

Desse modo, em regra, não há solidariedade ativa ou passiva entre as sociedades integrantes de um mesmo grupo, seja ele de fato ou de direito, e cada sociedade responde apenas pelas obrigações que individualmente contrair.

Nos moldes do artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume e apenas resulta da lei ou da vontade das partes.

No que tange estritamente aos grupos societários, a solidariedade somente nasce por convenção das partes ou por disposição legal específica, como nos seguintes casos: (i) o artigo 30, inciso IX, da Lei nº. 8.212/1991, que prevê a solidariedade em relação às obrigações de natureza previdenciária assumidas por sociedades que integrem “grupo econômico de qualquer natureza”; (ii) o §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que contempla a responsabilidade solidária, “para os efeitos da relação de emprego”, das sociedades “sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica”; e (iii) o artigo 33 da Lei nº. 12.529/2011, referente à responsabilidade solidária de sociedades “integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”²⁹.

Contudo, a autonomia de personalidades jurídicas e, conseqüentemente, a autonomia patrimonial que marcam as sociedades integrantes de um mesmo grupo societário, de fato ou de direito, não são absolutas, na medida em que poderão ser afastadas

²⁹ Nesse sentido, cabe conferir: CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 316; e COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 524-525.

sempre que se constatar, em um determinado caso concreto, que a pessoa jurídica esta sendo manipulada para a consumação de fraudes ou de abusos de direito.

Com efeito, sempre que sociedade integrante de um grupo societário fizer mau uso da pessoa jurídica, protagonizando fraudes ou situações em que reste caracterizado o abuso, deverá o juiz desconsiderar a sua personalidade jurídica e afastar o princípio da autonomia patrimonial, prevendo que os efeitos de certas obrigações serão estendidos às demais integrantes do *grupo de fato* ou *de direito*, conforme o caso.

Ao tratar da relação estabelecida entre o princípio da autonomia patrimonial e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Ulhoa Coelho³⁰, de modo muito oportuno, destaca que:

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, é necessário deixar bem claro esse aspecto, não é uma teoria *contra* a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito ao contrário, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de o desvirtuamento vir a comprometê-lo. Isto é, a inexistência de um critério de orientação, a partir do qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial, poderia eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não do seu uso indevido. Esse critério é fornecido pela teoria da desconsideração, que, assim, contribui para o aprimoramento da disciplina da pessoa jurídica.

A indisfarçável preocupação dos estudiosos do assunto diz respeito à reafirmação do princípio da autonomia. Os pressupostos da desconsideração são a pertinência, a validade e a importância das regras que limitam, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladoras da exploração de atividades econômicas, com o cálculo do risco. [...]

Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 60-62.

sociedades empresárias, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica. Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. [...] Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto.

A percepção dessa nuance distingue a aplicação correta da teoria da desconsideração (subitem 2.2) da incorreta (item 3).

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro manifestam, de forma expressa, preocupação com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao caso específico de sociedades que compõem grupos societários. Esse anúncio é feito por José Waldecy Lucena³¹, nos seguintes termos:

E tem sido apontada a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica como um dos meios a que podem os Tribunais recorrer, para, diante do ato lesivo perpetrado por uma das sociedades filiadas, desconsiderar as personalidades jurídicas de todas elas, respondendo então os seus patrimônios, como se um só fosse, pela reparação devida ao prejudicado.

Comentando parecer de Rubens Requião, em que este predicava que a autonomia decorrente da personificação não é absoluta, devendo ceder diante da realidade concreta dos fatos, como no caso em que o grupo societário valeu-se dessa autonomia para obter vantagens, em suas relações com acionistas e terceiros, ponderam Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro que a aplicação da teoria da desconsideração somente tem cabimento em casos extremos, para obviar hipóteses flagrantes de fraude, efetivamente comprovadas, uma vez que a intenção declarada da lei foi a de não presumir a responsabilidade solidária das sociedades do mesmo grupo. E concluem que as portas estão abertas à construção jurisprudencial, nesse particular, mas

³¹ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 1.011-1.013.

reiterando que a matéria é polêmica, exigindo cautela e equidade da parte dos julgadores.

Semelhante receio é apresentado por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes³², em comentário feito ao artigo 1.097 do Código Civil:

Verificada a fraude, admite-se o reconhecimento da unidade (que se verifica, a princípio, apenas na seara econômica) também no âmbito jurídico, a permitir a desconsideração do princípio da autonomia jurídica e a adequada vinculação dos responsáveis (e de seus respectivos patrimônios) aos ilícitos cometidos.

A título exemplificativo, tome-se o caso da sociedade que contrata o uso de marca ou patente, comprometendo-se a pagar ao titular da propriedade industrial, a título de *royalties*, 5% sobre o montante total da venda dos produtos correlacionados com esses direitos. Em seguida, esta sociedade constitui uma controlada e celebra com ela a compra e venda dessas mercadorias, por preço bem inferior ao de mercado, esvaziando assim a remuneração convencionada em favor de quem lhe concedeu os direitos sobre a marca ou patente. Semelhante mecanismo, flagrantemente abusivo, não pode prevalecer frente aos legítimos interesses do titular da propriedade industrial, que poderá exigir a correção do abuso pela desconsideração da autonomia jurídica existente entre as duas sociedades, com fundamento no princípio da unidade econômica entre elas. [...]

Critica-se, por outro lado, o emprego pela jurisprudência do instituto da desconsideração, aplicando-o sem observância aos requisitos legais, a produzir, em última análise, “desastrosa violação da atividade privada, a incentivar a formulação de sofisticados mecanismos societários que, à guisa de blindarem os sócios, acabam por dificultar o controle social e abrir caminho para fraudes de difícil reparação”. Há que se rejeitar, portanto, “generalização desmedida da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo-se tábula rasa da autonomia

³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3, p. 285-286.

patrimonial da pessoa jurídica. (...) Afinal, a banalização da desconsideração da pessoa jurídica, autorizada, nos termos do art. 50 do CC para situações excepcionais e condicionada a requisitos legais bem precisos, ou seja, o abuso da personalidade ou a fraude, prejudica todos aqueles que, como o consumidor e os trabalhadores, dependem da eficiência e da estabilidade da atividade econômica privada” (Gustavo Tepedino, “Perigos”, p. iv-v).

Feitas essas considerações, pode-se afirmar, com segurança, que a circunstância de uma determinada sociedade integrar um *grupo de fato*, por si só, não faz, em absoluto, com que ela se torne responsável (quer de forma solidária, quer de forma subsidiária) por dívidas de outras sociedades que compõem o referido *grupo de fato*, salvo naquelas exceções expressamente previstas em lei. Eventual responsabilidade apenas nasceria, cabe enfatizar, se o caso concreto demandasse (em decorrência da aferição de fraude ou abuso devidamente comprovados) a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade e o conseqüente afastamento da autonomia patrimonial, rendendo ensejo à extensão, para as outras componentes do grupo, dos efeitos advindos da responsabilidade por determinadas dívidas. Não se pode, contudo, perder de vista que essa aferição e a conseqüente aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica devem se dar de modo criterioso e rigoroso, pois a autonomia de personalidade jurídica é a regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Do contrário, a própria teoria da desconsideração restará banalizada e desvirtuada de sua essência finalística.

III – AS CONCLUSÕES

De forma sintética, podemos apresentar as seguintes conclusões:

- A CONSULENTE e as demais sociedades mencionadas no primeiro quesito apresentado não compõem um *grupo de direito*,

na medida em que não têm uma relação de controladora e controladas e muito menos celebraram qualquer convenção de grupo.

- À luz do Direito Societário brasileiro, os *grupos de fato* pressupõem a existência de sociedades que mantenham, entre si, relações de *coligação* ou de *controle*. A disciplina dos grupos societários, consagrada na Lei nº. 6.404/1976 (LEI DAS S.A.) e no Código Civil, evidencia que o reconhecimento e a caracterização de um *grupo de fato* passam ao largo da análise da ocupação de cargos de administração ou de procurador.

- Ademais, como os *grupos de fato* traduzem autênticos organismos vivos, sujeitos a uma constante mutação, tem-se que o seu reconhecimento deve necessariamente ser feito à luz do caso concreto, levando-se em consideração o quadro fático que naquele momento específico se apresenta para aferição. Os cenários e as composições societárias anteriores apenas deverão ser resgatados e considerados se for constatado e comprovado que, em um determinado caso concreto, houve a alteração de posições societárias com o escopo exclusivo de descaracterizar um *grupo de fato*.

- A CONSULENTE não integra *grupo de fato* composto pelas demais sociedades mencionadas no primeiro quesito apresentado, na medida em que ela – a CONSULENTE – não titulariza uma única quota do capital social de quaisquer das aludidas sociedades, as quais, por seu turno, são igualmente estranhas ao seu capital social, não havendo, portanto, qualquer relação de *coligação* ou *controle* entre a CONSULENTE e as referidas sociedades.

- As sociedades integrantes de um *grupo de fato* ou de direito conservam personalidades jurídicas e patrimônios próprios, não havendo, em regra, solidariedade ativa ou passiva entre elas. A mencionada solidariedade entre sociedades componentes de um

mesmo grupamento de fato ou de direito somente nasce por convenção das partes ou por disposição legal específica.

- A autonomia de personalidades jurídicas e, conseqüentemente, a autonomia patrimonial somente poderão ser afastadas se, em um determinado caso concreto, o juiz constatar que sociedade integrante de um determinado grupo societário fez mau uso da pessoa jurídica, protagonizando fraudes ou situações de abuso de direito. De todo modo, a aplicação da teoria da desconsideração deve ser feita de forma criteriosa pelos julgadores, sendo necessária a comprovação de fraude ou de abuso de direito e, ainda, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

IV – AS RESPOSTAS AOS QUESITOS

1º QUESITO: À luz do Direito Societário brasileiro, há grupo de empresas entre as sociedades denominadas “A” LTDA., “B” LTDA., “C” LTDA., “D” LTDA., “E” LTDA., “F” LTDA., “G” LTDA. e “H” LTDA., caracterizando concentração empresarial?

Não. À luz do Direito Societário brasileiro não há entre a “A” LTDA. e as demais sociedades mencionadas no corpo do quesito *grupo de direito* ou *grupo de fato*.

Afasta-se a existência de *grupo de direito*, pois a CONSULENTE e as demais sociedades não têm uma relação de controladora e controladas e muito menos celebraram qualquer convenção que contemplasse a obrigação de combinarem recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou, ainda, a obrigação de participarem de atividades ou empreendimentos comuns.

A existência de *grupo de fato*, por seu turno, é afastada porquanto não há entre a CONSULENTE e as demais sociedades mencionadas qualquer relação de *coligação* ou *controle*, sendo certo que a CONSULENTE não titulariza uma quota sequer das referidas

sociedades, as quais, por sua vez, são igualmente estranhas ao seu capital social.

2º QUESITO: O fato de, em algum momento passado, um sócio, administrador ou procurador de uma determinada sociedade ter integrado o quadro social ou ter funcionado como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um grupo de empresas, é, por si só, o suficiente para se caracterizar que a primeira sociedade passou a integrar o mencionado grupo?

Como o quesito é formulado em tese e sem que haja qualquer menção à convenção de grupo, responderemos o mesmo sob a ótica dos *grupos de fato*.

A resposta é negativa. Os *grupos de fato* pressupõem a existência de sociedades que mantenham entre si relações de *coligação* ou *controle*. Considerando que o poder de controle é um poder de fato e, ainda, que as relações societárias são cada vez mais dinâmicas, pode-se afirmar que os *grupos de fato* traduzem autênticos organismos vivos. Justamente por isso, o seu reconhecimento deve necessariamente ser feito à luz do caso concreto, a partir quadro fático que, naquele momento específico, se apresenta para aferição.

Os cenários e as composições societárias do passado apenas deverão ser resgatados e considerados se for constatado e comprovado que houve a alteração de posições societárias com o exclusivo objetivo de descaracterizar um *grupo de fato*, o que passa ao largo do caso concreto que nos fora submetido à análise.

3º QUESITO: O fato de um administrador ou procurador de uma determinada sociedade funcionar como administrador ou procurador de uma outra sociedade, que faz parte de um grupo de empresas, é, por si só, o suficiente para se caracterizar que a primeira sociedade passou a integrar o mencionado grupo?

Como o quesito é formulado em tese e sem que haja qualquer menção à convenção de grupo, responderemos o mesmo sob a ótica dos *grupos de fato*.

A resposta é mais uma vez negativa. O critério consagrado no ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento e a caracterização dos *grupos de fato* passa ao largo da análise da ocupação, por determinadas pessoas naturais, de cargos de administração ou de procurador, amparando-se, apenas, na existência de relações de *coligação* ou *controle* entre as sociedades.

4º QUESITO: O fato de uma determinada sociedade integrar um grupo de empresas, por si só, faz com que ela se torne responsável por dívidas de outras sociedades que compõem o referido grupo?

Não. As sociedades integrantes de um *grupo de fato* ou de *direito* conservam personalidades jurídicas e patrimônios próprios, não havendo, em regra, solidariedade ativa ou passiva entre elas. Com efeito, a solidariedade só nasce por convenção das partes ou por disposição legal específica.

A autonomia de personalidade jurídica e a autonomia patrimonial somente poderão ser afastadas se, à luz de um determinado caso concreto, o juiz constatar que sociedade integrante de um determinado grupo societário de fato ou de direito fez mau uso da pessoa jurídica, protagonizando fraudes ou situações de abuso de direito.

De todo modo, a aplicação da teoria da desconsideração deve ser feita de forma criteriosa e rigorosa, sendo essencial a comprovação de fraude ou de abuso de direito e, ainda, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2012.

SÉRGIO CAMPINHO