



ÁTHILLA SILVA DA SILVA

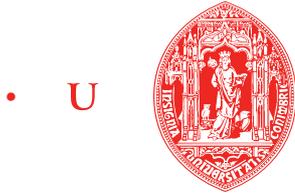
AS TENDÊNCIAS DE REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Empresarial

JULHO/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ÁTHILLA SILVA DA SILVA

**AS TENDÊNCIAS DE REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NOS GRUPOS DE SOCIEDADES
*CORPORATE GROUPS RESPONSIBILITY REGULATION TENDENCIES***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu.

**Coimbra
2016**

Aos meus pais,
Álvaro e Núbia.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho não seria possível sem o auxílio e a colaboração de pessoas especiais. Em poucas palavras, quero aqui expressar a minha imensa gratidão aos que me apoiaram.

Agradeço aos meus pais, avós e irmãos, por me ensinarem a valorizar o conhecimento e a cultura e me apoiarem de todas as formas a realizar este mestrado, bem como proporcionarem-me esta experiência de amadurecimento acadêmico e pessoal. Sem vocês isto não seria possível. À Victória, pelo amor, companheirismo e dedicação e por partilhar esta aventura académica em Portugal, Itália e Espanha comigo. Aos meus amigos, por serem pessoas muito especiais em minha vida.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, que através de seus preciosos ensinamentos durante as aulas de direito das sociedades fez-me melhor entender e encantar-me pelo direito societário; e através do amplo diálogo e da dedicada orientação contribuiu para meu crescimento como investigador. A todos os professores que contribuíram em minha vida académica, em especial aos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas e aos da Universidade de Coimbra onde, respectivamente, realizei minha graduação e mestrado.

Agradeço aos Professores Doutor Fernando Carbajo Cascón e Doutor Rolandino Guido Guidotti pela recepção e atenção prestada durante o período em que realizei estágio de investigação científica na Universidade de Salamanca/Espanha e na Universidade de Bolonha/Itália, respectivamente.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para esse feito.

DA SILVA, ÁTHILLA SILVA. **As Tendências De Regulamentação Da Responsabilidade Civil Nos Grupos De Sociedades**. 129 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

RESUMO

O direito societário foi concebido para as tradicionais sociedades comerciais. Entretanto, na atual realidade empresarial são os grupos de sociedades que ocupam destaque. Diante disso, a regulamentação dos grupos societários é um dos principais desafios do atual direito societário e, sendo assim, o estudo da responsabilidade civil é de fundamental importância. Nesse contexto, o presente estudo realiza uma análise das tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades. Para tanto, faz-se a análise da origem e dos pressupostos de existência dos grupos de sociedades, bem como do interesse social nos grupos. Além disso, são analisadas as legislações existentes, as propostas de modificações e a doutrina comparada. Com isso, apresenta-se um panorama da atual situação jurídica e das tendências de responsabilidade civil dos grupos de sociedades. Objetiva-se, assim, contribuir para a regulamentação da responsabilidade civil dos grupos de sociedades, especialmente no que toca à legislação brasileira e portuguesa.

Palavras-chave: Grupos de Sociedades; Responsabilidade Civil; Interesse social; Teoria das Vantagens Compensatórias; Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

Corporate Law was conceived to traditional commercial corporations. Nevertheless, nowadays business reality, corporate groups are in the spotlight. Thereof, corporate group regulation is one of the biggest challenges of present Corporate Law and, in context, the study of corporate responsibility is of utmost importance. Accordingly, this paper presents an analysis of source and existence prerequisites of corporate groups, as well as social interest in this groups. Furthermore, existing legislation, amendment proposals and comparative legal theory are also analysed. Thus, an overview of legal status and corporate group responsibility is presented. The purpose, thereby, is to contribute to corporate group responsibility regulation, especially in the case of Brazilian and Portuguese legislation.

Keywords: Corporate groups; Tort Law; Social interest; Matching Benefits Theory; Piercing the corporate veil.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CA 2006	<i>Companies Act</i> 2006 do Reino Unido
Cf.	Conforme
Cit.	Citado(a)
CC/IT	<i>Codice Civile</i> Italiano
CSC	Código das Sociedades Comercias de Portugal
EMCA	<i>European Model Company Act</i>
EUA	Estados Unidos da América
LSA	Lei das Sociedades Anônimas do Brasil - Lei nº. 6.404/1976
Ob.	Objeto
P.	Página
Pp.	Páginas
Séc.	Século
Vol.	Volume

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
Introdução.....	9
1. Os grupos de sociedades e o interesse social	12
1.1 A origem dos grupos societários	12
1.2 Os principais pressupostos para a existência dos grupos societários e a sua definição.....	21
1.3 A regulamentação dos grupos empresariais.....	28
1.4 O interesse social e os grupos de sociedades.....	34
1.4.1 O interesse dos grupos de sociedades.....	40
1.4.2 Críticas ao interesse do grupo	47
2. Principais modelos de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades.....	50
2.1 Alemanha: a primeira experiência em regulamentação de grupos de sociedade	51
2.2 O modelo do Brasil e de Portugal como exemplos de legislações influenciadas pelo modelo alemão.....	60
2.2.1 O Modelo Brasileiro.....	60
2.2.2 O Modelo Português.....	70
2.3 O novo modelo italiano de regulamentação através de uma perspectiva orgânica nos grupos de sociedades.....	77
2.4 Legislações com regulamentação parcial dos grupos de sociedades: o exemplo da Espanha	84
3. Tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades.....	90
3.1 Desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários	91
3.2 A teoria italiana das vantagens compensatórias (<i>vantaggi compensativi</i>)	97
3.3 As perspectivas de responsabilidade civil nos grupos de sociedades na União Europeia	105
3.4 As tendências da responsabilidade civil nos grupos de sociedades.....	114
Considerações Finais.....	121
Referências	123

Introdução

O direito comercial, na busca de acompanhar a forma (cada vez mais complexa) que a atividade empresarial é exercida, está em constante mutação. Nesse contexto, o tradicional modelo de sociedade comercial, que tinha como principais características ser unissocietário, autônomo e independente, vem apresentando grandes transformações. Isso se explica pela necessidade que as empresas possuem de sempre buscar novas formas de atingir o lucro.

Atualmente, a competição entre empresas é altamente voraz a nível mundial e o agrupamento de sociedades mostra-se como uma forma de proteção e fortalecimento empresarial, além de ser um meio de conquistar mercado e, conseqüentemente, ganhar competitividade. Nesse ínterim, baseados principalmente nas características da responsabilidade limitada dos sócios e no poder de controle das sociedades comerciais, surgem os grupos de sociedades.

Os grupos possuem características diversas do modelo tradicional de sociedade. Estes são plurissocietários, independentes e as sociedades controladas têm sua autonomia mitigada (pelo controverso interesse do grupo ou pelo interesse da sociedade dominante).

Na atual economia de mercado, os grupos são os principais atores e responsáveis por grande parte do comércio mundial. Ademais, “A adequada disciplina do fenômeno grupal, em tempos de economia globalizada, importa em vantagens competitivas.”¹. Diante disso, a regulamentação dos grupos de sociedade é de extrema importância, uma vez que gera conseqüências para toda a comunidade.

Em virtude de sua importância, a regulamentação dos grupos é um dos principais desafios do direito societário, uma vez que este direito foi concebido para as sociedades comerciais tradicionais. Por ser um desafio, o assunto é objeto de grande divergência doutrinária e jurídica.

No âmbito da regulamentação dos grupos, a responsabilidade civil é um assunto de grande relevância. No direito societário, a hipótese de ocorrência de abusos do poder de controle no seio dos grupos pode acarretar prejuízos para as sociedades controladas e, em

¹ ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. *Os grupos societários: o estado atual da técnica*. In ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.]. *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

reflexo disso, para seus acionistas minoritários e credores sociais. Isto deve ser evitado por meio de normas eficientes.

Reconhecendo a importância de uma correta regulação dos grupos de sociedades, algumas legislações já criaram regras e modelos de regulamentação, inclusive Brasil e Portugal, mas estes ainda se mostram imperfeitos em alguns aspectos. Diante disso, juristas de diversos países têm estudado novas regras sobre os grupos de sociedades e sobre a responsabilidade civil.

Algumas propostas de modelo têm introduzido novas ideias e tendências acerca da responsabilidade civil nos grupos societários. Sendo assim, mostra-se pertinente a análise das tendências de responsabilidade civil no âmbito dos grupos societários para que o intérprete do direito tenha condições de analisar possíveis mudanças nas legislações vigentes.

Para tanto, o conhecimento do processo evolutivo dos grupos de sociedades é importante para o entendimento das regras que hoje são aplicadas aos grupos, bem como pelas suas características e o objetivo de sua criação. Somente com o entendimento da atual situação é possível pensar o futuro.

Os principais limites ao poder de controle são a responsabilidade civil e o interesse social. A identificação do interesse social constitui uma das bases da regulamentação dos grupos de sociedades e, conseqüentemente, para a identificação das hipóteses de responsabilidade civil. Desse modo, é pertinente o estudo do interesse social nos grupos.

Uma das tendências de regulamentação é no sentido do reconhecimento do interesse do grupo. Isto pode transformar a condução das sociedades controladas nos grupos, acarretando conseqüências, especialmente na seara da responsabilidade civil. Assim, apesar do interesse de grupo ser muito defendido em alguns países europeus, ainda suscita muitas dúvidas e, por isso, merece análise.

Para abordagem da tendência de responsabilidade civil nos grupos de sociedades, é necessário o estudo dos modelos existentes de regulamentação dos grupos. Nesse ínterim, serão analisados: o modelo alemão – por ser o primeiro a realizar uma regulação global dos grupos; os modelos do Brasil e de Portugal, que apresentam características semelhantes ao modelo alemão, mas com peculiaridades; o modelo espanhol, por representar um modelo parcial de regulamentação dos grupos; e o modelo italiano, que

representa uma nova forma de regulamentação a partir de uma perspectiva orgânica dos grupos de sociedades e de sua teoria das vantagens compensatórias.

Ainda, faz-se necessário o estudo da descon sideração da personalidade jurídica, por ser a forma mais usual de responsabilização da sociedade controladora por dívidas da sociedade controlada.

Bastante relevante para o presente estudo é, outrossim, a análise das propostas de modelo de regulamentação de grupo a nível da União Europeia. Estas ilustram o entendimento de juristas de diversos países sobre o assunto em questão e mostram-se interessantes meios de propagação do que vem sendo pensado.

Destarte, o presente estudo objetiva realizar uma análise das novas tendências de reponsabilidade civil relativas ao direito de grupo de sociedades com base nas legislações existentes, nas propostas de modificações e na doutrina comparada. Com isso, objetiva-se de forma modesta contribuir para a regulamentação da responsabilidade civil dos grupos de sociedades, especialmente no que toca à legislação brasileira e à portuguesa.

1. Os grupos de sociedades e o interesse social

No presente trabalho, conforme já evidenciado na introdução, realizar-se-á uma análise das tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades. Estes constituem uma complexa forma de organização empresarial, na qual uma sociedade detém o poder de controle de outra(s) sociedade(s) de modo a atuar na forma de grupo.

Os grupos de sociedades, um fenômeno de concentração de capitais sem precedentes no direito comercial, suscitam muitas dúvidas aos intérpretes do direito, especialmente no que toca à regulamentação da responsabilidade civil, objeto do presente trabalho. A resposta a estas dúvidas dá-se através do estudo da formação dos grupos de sociedades, das suas bases jurídicas e de figuras jurídicas próprias do direito comercial.

Dentre as figuras de direito comercial, o problemático tema do interesse social mostra-se com relevante importância nos grupos de sociedades. O assunto adquire maior relevo por uma tendência de reconhecimento de um interesse do grupo em algumas legislações.

Diante disso, por razões de ordem metodológica, será objeto do presente capítulo, primeiramente, a origem dos grupos societários, os pressupostos para a existência destes e a necessidade de uma regulamentação jurídica. Após, analisar-se-á a construção jurídica acerca do interesse social nas sociedades comerciais e o chamado *interesse do grupo*.

1.1 A origem dos grupos societários

Os avanços sociais e econômicos dos últimos séculos ocasionaram uma notável transformação no modo de exercício da atividade comercial. Em virtude disso, o sistema jurídico, como um mecanismo regulador da sociedade, necessitou dar respostas aos novos e cada vez mais complexos cenários criados pelo dinamismo empresarial. Isto ocorreu através da criação de leis e de figuras jurídicas próprias do direito comercial².

² EMBID IRUJO, José Miguel. *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo: Crisis económica y ordenamiento societario*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 16.

A criação dos grupos societários deu-se no âmbito da mudança de um sistema capitalista atomístico para um sistema capitalista molecular³. O capitalismo atomístico⁴ foi a realidade econômica vivenciada antes da Revolução Industrial e que o direito comercial tentou regular durante grande parte do seu processo evolutivo⁵, uma vez que o capitalismo molecular surgiu apenas no início da *etapa contemporânea* de evolução do direito comercial.

Na *etapa medieval* da evolução do direito comercial, o sistema de capitalismo atomístico era basicamente mercantil e artesanal, na qual, inicialmente, a forma de comércio individual ou familiar era o modelo empresarial dominante e o núcleo desse sistema⁶. Suas características principais eram: a existência de um grande número de empresas individuais de pequeno porte; a não intervenção do Estado na esfera econômica; e o mercado e os mecanismos de preços eram os garantidores da eficiência social do sistema⁷.

A forma jurídica de regulamentação deste tipo de organização da atividade econômica-empresarial era através do direito dos comerciantes individuais, um direito não estatal, eis que era um direito de classe (*ius mercatorum*)⁸. O período era caracterizado, ainda, por uma fase subjetiva do direito comercial, uma vez que a qualidade de comerciante dependia de matrícula nas corporações⁹.

³ Utiliza-se aqui a brilhante ideia do jurista francês René Rodière, que realizou uma metáfora entre as etapas de evolução do direito comercial e a transformação de átomos em moléculas. Cf. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective. Studies in transnational economic law*. Vol. 10. Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 17.

⁴ O doutrinador Avelãs Nunes elenca as seguintes expressões como sinônimos de “capitalismo atomístico”: capitalismo de concorrência; capitalismo liberal; e capitalismo individual. Cf. NUNES, A. J. Avelãs. *Os Sistemas económicos*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 156.

⁵ Sobre as etapas evolutivas do direito comercial, ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial (Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos)*. Volume I, 9ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 29-38. ⁵ Ver ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. ob. cit. pp. 37-38.

⁶ Para ilustrar melhor o capitalismo atomístico, colaciona-se o seguinte ensinamento de Engrácia Antunes: “[...] Tal como o sistema económico de que constituía a célula básica, a empresa representava assim uma entidade atomística, estática e fechada, no sentido de não representar senão o átomo constituinte basilar de uma superestrutura que a ultrapassa e condiciona (o mercado), sem dimensão suficiente para influenciar sensivelmente o jogo de Mercado (“price taker”), e desenvolvendo a sua actividade numa total independência relativamente aos restantes agentes económicos.”. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 32

⁷ Cf. NUNES, A. J. Avelãs, ob. cit. pp. 156-160.

⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit. p. 30.

⁹ Sobre esta fase inicial do direito comercial: “A elaboração então realizada foi, antes de mais nada, produto do desenvolvimento consuetudinário no meio corporativo, em função de sua peculiaridade de jurisdição; um

Com o fortalecimento dos Estados e a intensificação do mercantilismo fomentado pela Era dos Descobrimentos, ocorreu uma alteração no mencionado panorama econômico e jurídico, que existiu até o final do século XVI. Tem-se, assim, o surgimento da *época moderna* do direito comercial, ainda em uma fase de capitalismo atomístico¹⁰. Esta época caracterizava-se pelo controle estatal das corporações e pela edição de algumas (poucas) leis, de modo que o direito dos comerciantes ainda continuou a ser majoritariamente de caráter subjetivo¹¹. Diante disso, essa “É a época da estatização-nacionalização do direito comercial.”¹².

Nesse período, destaca-se o surgimento das companhias coloniais privilegiadas, que são formas ainda embrionárias das atuais sociedades anônimas¹³. A criação destas companhias representa um grande passo para o direito comercial, pois nelas houve o reconhecimento da responsabilidade limitada dos sócios¹⁴.

No entanto, no final do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, ocorreram diversas modificações sociais e culturais que culminaram em condições

direito pois, particular, elaborado pelos próprios comerciantes dentro de uma esfera de autonomia (o que explica a sua aplicabilidade apenas a estes, por um critério subjetivo). [...] As normas assim elaboradas dizem respeito sobretudo ao Mercado e ao câmbio, constituindo assim aquele direito que ainda chamamos de mercantil. São justamente os problemas de Mercado que prevalecem neste primeiro período do direito comercial, cujo início podemos, para indicar uma data, fazer remontar ao início do século XII e cujo término podemos situar na segunda metade do século XVI. Um tratado desse período encontramos completo na obra de Stracca (1553), primeiro sistematizador do direito comercial.” ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. Trad. De Fábio Konder Comparato de Saggi di Diritto Commerciale, Milão: Giuffrè. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 114, Ano XXXVII, abril-junho/1999. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 238-239.

¹⁰ V. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit. pp. 34-36.

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

¹² *Ibidem*, p. 35.

¹³ A criação de uma sociedade por ações com responsabilidade limitada foi, em um primeiro momento, concebida como uma concessão do Estado. Isto era concebido como um privilégio atribuído pelo soberano, como foi o caso das Companhias das Índias Orientais (a inglesa e a holandesa) no início do século XVII. Esta lógica tinha como objetivo atrelar o exercício comercial à discricionariedade do soberano. De acordo com os ensinamentos de Tullio Ascarelli: “Concluído o processo de formação das monarquias centralizadas, abriu-se, no meu modo de ver, um segundo período da história do direito comercial, cujo início podemos situar nos fins do século XVI. As fontes do direito comercial não mais serão encontradas na autonomia das corporações, pois o direito comercial passará a fazer parte de um direito comum. A evolução consuetudinária, sucederá um desenvolvimento fundado nas ordenações emanadas da autoridade régia, preocupada com a formação de um mercado nacional e enciumada com a autonomia das várias ordens profissionais.” ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. Trad. De Fábio Konder Comparato de Saggi di Diritto Commerciale, Milão: Giuffrè. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 114, Ano XXXVII, abril-junho/1999. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 239.

¹⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit. p. 35.

propícias para a transformação da maneira como a atividade empresarial era realizada¹⁵. Além disso, nesse mesmo período, os ideais positivistas e liberais clamavam por uma regulação jurídica dos fenômenos sociais existentes como forma de garantir seus direitos em face do Estado.

Outrossim, diante da existência de Estados centralizado e um despotismo monárquico, o direito mercantil com normas subjetivas já não era suficiente como meio de regular a atividade comercial e garantir direitos aos comerciantes. Os comerciantes necessitavam de uma legislação que regulasse o exercício das sociedades por ações e que os concedesse liberdades que pudessem ser opostas ao poder estatal. Tem-se, assim, as bases para o início de uma nova etapa evolutiva do direito mercantil, qual seja, a *etapa contemporânea*.

O início da *etapa contemporânea*¹⁶ da evolução do direito comercial é marcado pela criação do *Code de Commerce* da França¹⁷, de 1807. Esta foi a primeira positivação sistemática do direito comercial¹⁸, momento em que este passou a ter normas de caráter objetivo¹⁹. Essa fase evolutiva adquire especial relevo para o presente estudo diante da grande evolução que houve (e que continua a existir) no âmbito da economia e da forma como a atividade empresarial é exercida. É na etapa contemporânea que ocorreu o surgimento do fenômeno dos grupos empresariais e, conseqüentemente, a transformação do capitalismo atomístico em molecular.

¹⁵ Dentre as mudanças sociais de maior relevância, podem ser mencionadas as seguintes: as conquistas burguesas, momento em que estes passaram a ter maior importância política em face da antiga nobreza, o que pode ser claramente ilustrado pela Revolução Francesa; o êxodo rural, ocorrido nos países europeus mais desenvolvidos, que culminou em abundância de mão-de-obra nas cidades; e os avanços tecnológicos, principalmente os relacionados com a produção industrial, como a energia a vapor e a eletricidade, que propiciaram maior capacidade produtiva.

¹⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial (Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos)*. Volume I, 9ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013, p. 36.

¹⁷ A França, devido a sua conjuntura econômica e política, apresentava um momento propício para a criação de uma legislação que respondesse aos anseios da burguesia, pois essa agora era detentora de poder e de grande influência na administração do Estado.

¹⁸ Ver ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 37-38.

¹⁹ Com o advento *Code de Commerce* de 1807 tem-se o fim do período do direito comercial subjetivista e inaugura-se uma fase de normas objetivas, em que o direito dos comerciantes passou a ser oponível frente ao poder estatal e as normas passaram a ser aplicadas de forma objetiva, independentemente de quem seja o sujeito que praticou o ato. Cf. ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. Trad. De Fábio Konder Comparato de Saggi di Diritto Commerciale, Milão: Giuffrè. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 114, Ano XXXVII, abril-junho/1999. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 241.

No decorrer dos séculos XIX e XX, a pluralidade de pequenas empresas foi substituída por poucas grandes empresas que exploravam uma rede de empreendimentos comerciais em grande escala. Passou a existir, então, uma concentração do capital produtivo em poucas empresas de grandes dimensões²⁰.

Ocorre que as grandes empresas necessitavam de uma regulamentação jurídica adequada ao volume de negócios que realizavam. Havia vultoso capital investido, um grande patrimônio a ser administrado e fatores produtivos a serem organizados. Em decorrência disso, o comércio passou a ser exercido por meio de uma nova figura mercantil, as sociedades de capitais.

A criação das sociedades anônimas foi de extrema importância para a futura existência dos grupos de sociedades, pois impulsionou a economia e tornou-a mais dinâmica e eficiente. Como reflexo jurídico da criação de sociedades anônimas tem-se o nascimento do direito societário, apresentando-se como uma ramificação do direito mercantil. O direito de sociedades é compreendido como “[...] *el sector del ordenamiento que establece y regula las formas jurídicas predisuestas para la titularidad y el ejercicio de las actividades empresariales por parte de los sujetos privados.*”²¹.

Em decorrência da sociedade anônima e de suas características, houve uma transformação radical na forma de exercício empresarial. Como características fundamentais dessa forma de organização comercial têm-se: a divisão do capital social por ações; e a responsabilidade limitada dos sócios²².

No que toca à criação da responsabilidade limitada dos sócios, esta é ocasionada pela separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio individual de cada sócio. Limitar a responsabilidade dos sócios representou um marco no direito comercial, uma vez que através disto foi possível transpor a natural aversão do ser humano à tomada de riscos e fomentar o desenvolvimento comercial²³.

²⁰ Avelãs Nunes classifica esta etapa do desenvolvimento do capitalismo de *modelo monopolista de capitalismo*. Ver NUNES, A. J. Avelãs. *Os Sistemas económicos*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 81-105.

²¹ EMBID IRUJO, José Miguel. *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo: Crisis económica y ordenamiento societario*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 16.

²² GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*. Torino: UTET, 2001, p. 2.

²³ ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. *Estudos de Direito Empresarial*. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393.

Ao estabelecer um limite ao risco, torna-se mais seguro realizar um investimento. Com isso, incentivou-se o empreendedorismo e a realização de projetos em que existia grande risco envolvido na atividade negocial.

Outra importante característica da sociedade comercial foi a criação de uma estrutura organizativa em que era possível a separação de capital e controle, com a divisão de sócios e administradores. Aliado a isso, a possibilidade de venda da quota acionária de uma sociedade comercial dinamizou este processo, uma vez que ela é uma criação jurídica que pode ser transacionada livremente como coisa móvel e garante ao possuidor uma participação social com responsabilidade limitada.

Com a criação das sociedades comerciais, tornou-se possível a realização de vultosos investimentos através da captação de recursos financeiros de pequenos investidores individuais. Assim, a criação das sociedades de capitais era muito almejada pela burguesia²⁴ “[...] em virtude de sua aptidão única para institucionalizar juridicamente os imperativos financeiros, organizativos e jurídicos inerentes à dinâmica concentracionista desse mesmo sistema²⁵”.

Nesta etapa de desenvolvimento houve, também, o reconhecimento da liberdade de constituição das sociedades por ações, o que foi uma grande conquista liberal. Entretanto, apesar de neste período haver liberdade de criação de sociedades comerciais, inicialmente existiam requisitos que impediam a sua criação, como a exigência de elevados valores de capital social. Todavia, fomentar o desenvolvimento econômico e industrial tornou-se um dos objetivos perseguidos pelos governantes do século XIX. Nesse contexto, políticas de incentivo ao empreendedorismo foram adotadas pelos Estados, como a facilitação da criação de sociedades por ações²⁶.

²⁴ Este processo de criação da sociedade por ações iniciou com a necessidade de arrecadar fundos para as expedições comerciais marítimas que exigiam alto investimento e havia grande risco atrelado, destacando-se a criação das Companhias das Índias Orientais. Como estas companhias eram controladas pelos Estados a que pertenciam, elas não expressam o ideal liberal que impulsionou a criação das sociedades por ações. Entretanto, foi no século XVIII que houve maior necessidade de uma formação societária que promovesse uma limitação do risco e que fosse capaz de captar recursos, devido ao advento da Revolução Industrial, momento em que as indústrias, majoritariamente constituídas de capital privado e não controladas pelos Estados, necessitavam de capital para a execução de grandes projetos industriais, e por ser uma época em que a burguesia já detinha maior poder político. Cf. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective*. Studies in transnational economic law: vol. 10. Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 16.

²⁵ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 37.

²⁶ GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*. Torino: UTET, 2001, p. 4.

Havendo segurança jurídica e reconhecimento social da importância das sociedades comerciais, estas passaram a ocupar papel de protagonismo nas políticas econômicas. Ademais, a economia encontrava-se em uma fase já globalizada, o que ocasionou a internacionalização das empresas e a criação de um mercado global.

O fenômeno de crescimento e concentração empresarial gerou profundas mudanças no processo produtivo e na estrutura organizativa das grandes empresas. Conforme ENGRÁCIA ANTUNES, “Por aqui se vê que o modelo econômico concentracionístico do séc. XIX não se alterou na sua essência, mas tão-só se complexificou [...]”²⁷. Estas passaram a ter ramificações em diversos países e a explorar diferentes mercados consumidores e produtivos, dividindo as etapas da produção conforme a sua conveniência. Com isso, foi possível às grandes empresas alocarem suas produções conforme as vantagens oferecidas por cada local em que podiam atuar. Esta mudança na forma de produção gerou uma escala industrial globalizada²⁸.

Em um ambiente de desenvolvimento industrial globalizado, a concorrência empresarial tornou-se voraz, o que exigiu das grandes empresas constantes avanços tecnológicos com objetivo de melhor administrar os meios de produções e diminuir seus custos. Aliado a isso, o crescimento de uma empresa tornou-se fundamental para que ela se mantivesse competitiva no mercado.

O crescimento de uma empresa era possível de duas formas: (i) através do crescimento interno, em que eram utilizados recursos empresariais próprios; e (ii) pelo crescimento externo, por meio das fusões e coligações. Devido à necessidade de crescer, as sociedades comerciais expandiram-se e passaram a ter proporções jamais imaginadas.

Assim, os grandes empresários tornaram-se proprietários da maioria das ações de diferentes sociedades comerciais, o que denota uma concentração de capital alocado em diversas empresas. Neste contexto de concentrações, a produção industrial passou a ser dividida por setores que correspondiam a distintas sociedades comerciais, mas controlada por poucos indivíduos.

Quando um indivíduo é acionista e detém o controle de diversas empresas, a administração destas é tarefa extremamente complicada. Essa era a realidade dos grandes

²⁷ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia, ob. cit. p. 40.

²⁸ Neste contexto, fatores como o valor e a qualificação da mão-de-obra, facilidade de escoamento da produção, facilidade de obtenção de matéria-prima, sistemas jurídico e fiscal e mercado consumidor foram de extrema importância para a escolha de onde produzir. Cf. GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 5.

capitalistas do final do século XIX, em que, por vezes, uma pessoa detinha o controle de mais de uma centena de empresas. As sociedades por ações não comportavam conglomerados gigantescos em que o capital era distribuído em diversos ramos da economia, como indústrias, construção civil, produção agrícola, entre outros.

Uma nova forma organizativa era necessária para tornar mais eficiente as complexas novas estruturas organizativas, bem como proteger os interesses dos sócios e diminuir o risco empresarial (com o crescimento de uma empresa, ocorre o crescimento do risco inerente a esta). Encontrou-se uma solução para tal situação a partir das principais características das sociedades por ações (divisão do capital social por ações e responsabilidade limitada dos sócios): as próprias sociedades comerciais passaram a deter ações de outras sociedades. Assim, os empresários, ao invés de constituírem filiais de suas empresas em diferentes lugares, passaram a separar o risco inerente a cada fase do processo produtivo com base na constituição de novas empresas com patrimônio próprio e autonomia jurídica²⁹.

Inicialmente, isto enfrentou dificuldades frente às doutrinas e às legislações existentes na época. Nas primeiras codificações do sistema *civil law* havia impedimento expresso ao fato de uma sociedade possuir ações de outra sociedade³⁰. Entretanto, devido à influência e ao poder político dos empresários, tais regras rapidamente foram modificadas, possibilitando que uma empresa fosse sócia de outra e criando mecanismos que regulassem essas situações, como instrumentos de natureza financeira e contratual.

No *common law*³¹ também era proibido que uma sociedade comercial fosse detentora de ações de outra sociedade, uma vez que a aquisição de ações sociais era um privilégio apenas das pessoas físicas e não de pessoas jurídicas³². Somente em 1888, com

²⁹ Sobre as vantagens de estabelecer um grupo de sociedades, estas podem ser de caráter econômico, tributário, organizativo, geográfico, entre outros. Cf. HANNIGAN, Brenda. *Company Law*. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 18-19.

³⁰ Engrácia Antunes, ao analisar os ensinamentos do doutrinador alemão Gustav Kempim, menciona que, na época das codificações oitocentistas, o controle de uma sociedade por outra era considerado como uma anomalia jurídica. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 109.

³¹ Para maiores esclarecimentos, ver ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective*. *Studies in transnational economic law*: vol. 10. Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 122-140.

³² A responsabilidade limitada inicialmente não era aceita pelos autores fundadores do direito societário: “However normal this might seem nowadays, the fact remains that the possibility of control a corporation by another corporation was unanimously refused by the founding fathers of corporation law as contrary to the

uma Lei do Estado de New Jersey, foi permitido que uma sociedade possuísse ações de outras sociedades, considerando-se esse o marco que permitia a criação dos grupos de sociedades no mencionado sistema jurídico³³.

Quando uma sociedade é proprietária de ações de outra sociedade, é possível o exercício do poder de controle através do exercício de influência dominante na assembleia geral³⁴. Nesse contexto, surgiu a figura da sociedade controladora ou *trustee* nos Estados Unidos. O conjunto de empresas submetidas ao mesmo poder de controle configura um grupo de sociedades.

Limitar a responsabilidade dos sócios mostrou-se uma eficaz ferramenta de limitação do risco empresarial e um dos grandes atrativos para a concepção dos grupos de sociedades. Aliado a isso, têm-se outros fatores que impulsionaram a criação dos grupos, como a necessidade de dispersão do capital empresarial com a diversificação de investimentos e a maior facilidade de captar recursos junto ao público³⁵.

A criação dos grupos societários representou, assim, uma grande inovação para o direito societário na organização jurídica da atividade econômica³⁶. Os grupos empresariais são, entretanto, uma criação fática da atividade empresarial, derivados do poder acionista das sociedades anônimas e do princípio da autonomia privada, diversamente do que ocorreu com as sociedades por ações, em que primeiramente era exigida uma concessão estatal e com as conquistas burguesas do século XIX passou a ser um direito de associação mercantil regulado por lei³⁷.

Os grupos de sociedades demonstraram ser uma modalidade organizativa na qual as empresas obtiveram vantagens de concorrência e produtividade, principalmente no mercado internacional e globalizado. Superaram-se, assim, as dificuldades que pequenas empresas enfrentavam.

basic idea of corporate autonomy (Klein, 1914), being liminary excluded as an abnormal situation (Kempin, 1883) or an insignificant phenomenon (Menzel, 1911) of the corporate world". Ibidem, pp. 113-114.

³³ GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*. Torino: UTET, 2001, p. 3.

³⁴ Cabe mencionar que no século passado presenciou-se o surgimento de dois modelos societários de grandes empresas: um sistema de propriedade dispersa com um forte mercado financeiro (a realidade anglo-saxônica da grande empresa) e um sistema de propriedade concentrada, com uma forte presença de grupo como forma de organização de grandes empresas (característicos dos países do sistema jurídico romano-germânico). TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 2.

³⁵ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 40.

³⁶ GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 1.

³⁷ Conforme o italiano Francesco Galgano: “*Il gruppo di società nasce dalla valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni, che l’inventiva imprenditoriale porta alle estreme conseguenze.*” *Ibidem*, p. 2.

Com o advento dos grupos, verificou-se a ocorrência de situações em que o abuso do poder de controle pode gerar situações injustas, especialmente quando o sócio controlador está protegido pela responsabilidade limitada. Em contrapartida ao poder de controle, foram criadas regras e mecanismos que pudessem limitar e responsabilizar civilmente a sociedade controladora por situações de abuso. Entretanto, ainda existem muitas incertezas acerca da regulação dos grupos empresariais, em especial no âmbito da responsabilidade civil (o que mais adiante será objeto de estudo).

Diante da evolução traçada, da mesma forma que um agrupamento de átomos transforma-se em uma molécula, o agrupamento de sociedades origina grupos empresariais, passando-se a vivenciar o capitalismo molecular³⁸. Um dos grandes desafios jurídicos que o capitalismo molecular exige é que o intérprete jurídico supere a visão estrita de sociedade comercial como um fenômeno isolado e passe a analisar as sociedades comerciais a partir de uma visão mais ampla do direito societário, ou seja, a partir de um direito dos grupos de sociedades³⁹. Em suma, os grupos são a atual realidade do direito societário⁴⁰.

1.2 Os principais pressupostos para a existência dos grupos societários e a sua definição

A partir das características que o direito societário conferiu às sociedades comerciais, formam-se os grupos de sociedades, consoante acima analisado. Dentre essas particularidades, a responsabilidade limitada e o poder de controle são os principais pressupostos para a existência dos grupos. Em virtude disso, merecem melhor análise.

Nas sociedades comerciais, a responsabilidade limitada dos sócios⁴¹ é um artifício do direito comercial, que tem como consequência a separação do patrimônio dos sócios em

³⁸ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia, ob.cit., pp. 44-46.

³⁹ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa del grupo y el derecho de Sociedades*. Granada: Comares, 2001, p. 5.

⁴⁰ Para HOPT: “Groups of companies rather than single independent companies are the modern reality of the corporation, and most of them are multimodal da groups.” HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 2.

⁴¹ Esclarecendo que a responsabilidade limitada é dos sócios e não da empresa: “Corporations do not have ‘limited liability’; they must pay all of their debts, just as anyone else must (unless, in either event, they receive absolution in bankruptcy). To say ‘limited’ means that the investors in the Corporation are not liable for more than the amount they chip in.” EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, p. 40.

relação ao patrimônio da sociedade⁴². Os principais objetivos da limitação da responsabilidade do sócio são: (i) proteger o sócio ao limitar a sua responsabilidade ao patrimônio investido na sociedade; e (ii) proteger a sociedade para que nenhum sócio possa utilizar o patrimônio da sociedade em proveito próprio⁴³.

A responsabilidade limitada dos sócios foi criada a partir das sociedades comerciais, chamadas na Itália de *compagnia palese* ou *societas por viam accomanditar* e na França de *société en commandite*. Havia nestas duas classes de sócios, os aparentes (que respondem civilmente ilimitadamente) e os sócios ocultos (que respondem limitadamente na medida de suas participações sociais). Apesar de inicialmente sua aceitação ter gerado muita controvérsia⁴⁴, hoje é amplamente aceita no mundo jurídico⁴⁵.

Separar o risco característico a cada setor do grupo e a cada mercado em que atua⁴⁶ é um dos objetivos da constituição dos grupos de sociedades. Isto é possível graças à responsabilidade limitada inerente ao tipo organização societária da sociedade por ações.

Conforme se denota de sua criação, esta figura mercantilista foi concebida para limitar a responsabilidade de sócios enquanto pessoas naturais. Entretanto, com o advento da possibilidade de uma pessoa coletiva ser proprietária de ações de outra sociedade, é cabível uma análise sobre a hipótese de haver a responsabilidade limitada para sócios

⁴² Cf. REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*, traducción de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, pp. 177-180.

⁴³ ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 388.

⁴⁴ Apesar de amplamente aceito, interessantes são os estudos de Hansmann e Kraakman em que expõem as fraquezas dos argumentos defensivos da responsabilidade limitada dos sócios. HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários*. ARAUJO Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 255-325.

⁴⁵ A constituição de sociedades por ações, devido à característica da responsabilidade limitada, encontrou obstáculos em alguns países em função do seu uso para fraude. De acordo com o jurista alemão Paul Rehme: “Durante el siglo XVIII, se difunde en extremo esta nueva forma de sociedad: toda suerte de empresas la adoptan: aparte del comercio colonial, son sobre todo el bancario y las sociedades de seguros, cuya esfera de actividad crece de día en día, los que utilizan el sistema, ahora completamente articulado, de la participación limitada. Pero no pocas veces, llevaba aparejado el sistema el fraude financiera, y por ello, en algunos países, la legislación se manifestó contraria a la nueva figura jurídica (en especial, la ley inglesa conocida como ‘Bubble-Act de 1719’, y un decreto francés de 1793). Fuera de esto, para nada se ocupó de ella el legislador, y cada sociedad tenía su norma en el mismo documento de la concesión otorgada por el Estado.”. REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*, traducción de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, pp. 179-180. Cabe ressaltar que esta é uma importante obra de literatura jurídica para a análise histórica do direito mercantil, uma vez que nela o autor traça uma linha evolutiva do direito comercial desde as simples trocas realizadas pelos povos primitivos até o início do século XX.

⁴⁶ GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*. Torino: UTET, 2001, p. 3.

pessoas coletivas. Pode-se tentar responder a essa questão através de uma perspectiva histórica, pela racionalidade jurídica e através da Análise Econômica do Direito.

Segundo a perspectiva histórica da responsabilidade limitada, a construção jurídica em questão foi concebida para as sociedades comerciais individuais com o intuito de proteger os sócios que não participavam da administração e apenas eram investidores anônimos – pessoas físicas – num empreendimento comercial. Havia a separação entre o capital e a administração das sociedades. Fomentar esta forma de investimento foi importante e houve necessidade de tutelar a proteção ao sócio⁴⁷. Ocorre que ao transpor isso para o plano de um investidor pessoa coletiva (que além de investir também exerce o controle), os argumentos históricos não são suficientes para sustentar a existência de tal responsabilidade limitada.

Nesta mesma linha, a responsabilidade limitada dos grupos empresariais não encontra fortes justificativas a partir da racionalidade jurídica. Uma vez que a responsabilidade limitada foi criada através de um nexo entre poder e responsabilidade para proteger os investidores que não detinham poder de administração (*no liability without power*), a hipótese de um sócio controlador – que é capaz de interferir nos rumos da sociedade controlada – não encontra respaldo racional⁴⁸.

Apesar de também haver argumentos contrários⁴⁹, é na Análise Econômica do Direito que, apesar de também haver argumentos contrários, a responsabilidade limitada dos sócios pessoas coletivas parece encontrar justificativa. Sobre este assunto, ZANINI esclarece que: “Assim, um dos argumentos mais frequentes para a defesa da limitação da responsabilidade dos sócios como regra geral é, precisamente, o de que este regime de

⁴⁷ Sobre o presente assunto: “*Therefore, as an historical matter, the application of the principle of limited liability to the case of corporate groups does not seem to be consistent with its own premises. At most, this application should be viewed as the outcome of an automatic and uncritical extension of the original rule to new realities, which has been imposed as a result of business pressures, with the apparent complicity of courts and legislators, and without a scrutiny as to the soundness and legitimacy of the extension itself.*” ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective. Studies in transnational economic law: vol. 10.* Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 130-131.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 131-132.

⁴⁹ Ver EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, pp. 40-62.

responsabilidade limitada atuaria como estimulante da atividade econômica, reduzindo o risco dos empreendimentos comerciais.”⁵⁰.

Diante disso, a limitação da responsabilidade dos sócios nos grupos empresariais não merece ser tão extensa como é nas sociedades comerciais autônomas⁵¹. A regra da limitação da responsabilidade não é absoluta, ela encontra limites que, quando não respeitados, acarretam a desconsideração da personalidade jurídica, nomeadamente: a confusão patrimonial; a capitalização insuficiente da sociedade controlada pela sociedade controladora; e a unidade aparente das sociedades controlada e controladora (*misrepresentation*)⁵².

No que toca ao poder de controle, este é dividido em controle externo e controle interno. O controle interno⁵³ é aquele derivado do poder de decidir as deliberações na assembleia geral⁵⁴. Em sentido oposto, o controle externo⁵⁵ é aquele diferente do voto, podendo existir em diversas hipóteses (a título de exemplo, tem-se o controle exercido em decorrência de direito de crédito ou controle de mercado). Apesar de existirem hipóteses em que a disciplina das relações internas de grupos de sociedades possam ser aplicadas em casos de controle externo, a maioria é de controle interno, baseado na participação social⁵⁶.

⁵⁰ Sobre isto: ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393.

⁵¹ Neste sentido: “A powerful consideration in favour of a group structure is that each company in the network is a separate legal person and its shareholders have limited liability. Thus, the corporate group is a structure that can be used to minimise liability and to insulate assets of one part of the business from claims arising from the activities of another part. For a multi-national business, a group structure may provide protection against the risks involved in operating in politically unstable countries. Also, it limits the jurisdiction of the courts of a particular state only to those parts of the business which have a connection with that state. Profits can be taken out of successful companies within a group by means of intra-group dividends but unsuccessful companies can be left to fail with only the loss of the original investment in its share capital and without any further liability to the creditors of those concerns.” FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 27.

⁵² Assunto que será mais bem analisado adiante, quando se tratar da desconsideração da personalidade jurídica.

⁵³ Ver COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, pp. 35-65.

⁵⁴ “Controle interno haverá toda vez que esse poder estiver em mãos de acionistas ou administradores, pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto.” *Ibidem*, p. 65.

⁵⁵ Ver *Ibidem*, pp. 67-82.

⁵⁶ Neste sentido: “A dominação externa constitui o elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato (*faktischer konzern*), ou seja, não legitimado por normas jurídicas específicas.” *Ibidem*, p. 82.

A estrutura de poder de controle na sociedade anônima é dividida em três níveis: o da participação no capital; o da direção; e o do controle⁵⁷. Embora o controle possa ser consequência de participação social, não se confunde com esta⁵⁸.

O direito alemão, a partir desta concepção, desenvolveu a disciplina dos grupos de sociedades dividindo-os em: (i) grupo econômico de subordinação (baseado na unidade de controle); e (ii) grupo econômico de coordenação ou igualitário (baseado na unidade de direção, sem relação de subordinação)⁵⁹. Contrariando esse entendimento, COMPARATO defende que “[...] a melhor doutrina considera direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos, e não a unidade de controle, que só ocorre no grupo econômico de subordinação, muito embora este seja, de fato, o mais importante.”⁶⁰.

A existência do poder de controle justifica um tratamento diferenciado aos grupos empresariais. Ademais, este é um poder dinâmico, de forma que “O exercício de poder em uma sociedade nem sempre se ajusta ao modelo normativo. Há poderes de fato e poderes de direito, assim como há soberanias efetivas e soberanias meramente formais, destituídas de qualquer efetividade.”⁶¹.

O poder de direção pode ser definido a partir de duas perspectivas, uma negativa e outra positiva. Conforme a primeira, adotada majoritariamente pela literatura jurídica, o poder de direção é definido de acordo com a aferição do máximo grau de controle permitido pelo direito das sociedades que um sócio pode exercer sobre uma companhia, ou seja, o que é permitido ao sócio fazer através do poder de direção. De acordo com a segunda concepção, indaga-se qual o grau mínimo de centralização para que possa se presumir a existência do poder de controle e o que a sociedade controladora deve fazer⁶².

Um aspecto interessante do poder de direção é o seu limite. Talvez o principal limite seja o respeito ao interesse social. Nesta senda, é importante a análise do interesse

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 23-24.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 27-28.

⁵⁹ Sobre os motivos que a Lei acionária alemã de 1965 realizou tal distinção: “A exposição de Motivos do citado diploma legal esclareceu que “há concentração sob uma direção unitária, quando a direção grupal (*Konzernleitung*) harmoniza a política empresarial das sociedades agrupadas e as questões fundamentais da direção social de uma sociedade com outras”, e acrescenta que “essa harmonização não pressupõe nenhum direito de comandar” (*kein Weisungsrecht*), realizando-se de preferência sob a forma maleável de um conselho consultivo comum, ou por meio de administradores comuns, na chamada “união pessoal” (*persönlichen Verflechtung*).” *Ibidem*, pp. 27-28.

⁶⁰ *Ibidem*, 25-26.

⁶¹ *Ibidem*, 28.

⁶² ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *The governance of corporate groups*. In ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.) Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 36-37.

social e da possibilidade de haver um interesse do grupo, o que será objeto de estudo mais adiante.

Após análise dos pressupostos, cabe uma tentativa de conceituação de grupo de sociedades. Ademais, aliado ao poder de controle encontram-se as tentativas de conceituação de grupos de sociedades.

A conceituação de grupos de sociedades é um aspecto que gera bastante divergência doutrinária, não havendo ainda um conceito amplamente aceito. Por certo é que, com base na noção de controle, a existência do grupo de sociedades pressupõe uma sociedade controlando outra(s) sociedade(s)⁶³. Esta concepção de grupo é a mais usual em países do sistema *common law*. Neste sistema, geralmente, o poder de controle é presumido quando uma sociedade tem estável maioria dos votos da assembleia geral ou outro instrumento relevante de controle⁶⁴.

O conceito de grupo de sociedades depende do conceito do controle que a sociedade dominante exerce, que pode variar de acordo com a regulamentação. Em países em que não há um direito específico de grupos ou para fins de contabilidade, considera-se existir um controle formal nos casos em que a sociedade controladora detém ao menos 51% das ações sociais. Em países em que há um direito especial de grupos, existem conceitos de controle de acordo com diversos fatores, como a sua estrutura acionária, os elementos econômicos e o comportamento dos sócios com direito a voto.

Existem dois principais conceitos de grupos de sociedades: o de controle e o da unificação da administração. O conceito de controle considera que há grupo sempre que uma sociedade controla outra(s) sociedade(s)⁶⁵. Presume-se a existência de um grupo quando uma sociedade possui uma maioria de votos estável na assembleia anual de alguma outra sociedade ou algum outro instrumento de controle importante. Este conceito é amplamente difundido no Reino Unido⁶⁶.

Por outro lado, o conceito de unificação da administração considera que há um grupo sempre que diversas companhias são submetidas a um comando econômico unitário

⁶³ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 28.

exercido por uma delas, a matriz. Este conceito é do direito alemão e é adotado por aqueles países que têm regras gerais para o direito dos grupos⁶⁷.

Interessante mencionar que para o direito da insolvência também não há uma conceituação precisa acerca dos grupos de sociedades. A sociedade internacional adotou apenas critérios identificadores (como ocorre com a maior parte das ordens jurídicas), conforme estabelecido pela *United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*.

Diante da heterogeneidade do objeto de estudo e tendo em vista a ausência de um conceito preciso, devem ser adotados critérios para identificar a existência dos grupos de sociedades⁶⁸. Dessa forma, os principais critérios internacionalmente utilizados para definir o que seria um grupo de sociedades são: os relativos à participação de uma empresa no capital social de outra; e a influência ou controle direto exercido por uma sociedade sobre outra⁶⁹.

Independente de haver um conceito de grupo de sociedades amplamente aceito, é necessário haver o reconhecimento de sua importância por parte das ordens jurídicas. Nesse sentido, interessante é o entendimento de MONTALENTI, que considera que, apesar de não haver conceito normativo sobre o tema, como é o caso de muitas legislações (por exemplo, a do Reino Unido), o fenômeno do grupo de sociedades é um fato real⁷⁰ e, diante dos problemas que gera, deve ser reconhecido no campo problemático jurídico para que o intérprete do direito encontre possíveis soluções⁷¹.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁸ SÁNCHEZ-CALERO, Juan; FUENTES NAHARRO, Mónica. *La insolvencia de los grupos, los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español*. In Anuario de Derecho Concursal, nº. 22, Enero-Abril 2011, España: Civitas, 2011, p. 11.

⁶⁹ Neste sentido: “Así pues, el concepto de “grupo de empresas” puede denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de “control”, por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.” UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three*, 2010, p. 15.

⁷⁰ Segundo a jurista espanhola Arriba Fernández, os grupos de sociedades não são nem bons nem maus, são formas de organização empresarial eficientes. ARRIBA FERNANDEZ, María Luisa de. *Derecho de Grupo de Sociedades*. Segunda Edición, Madrid: Thomson Civitas, 2009, p. 34. Entretanto, esta afirmação merece reflexão por parecer ser paradoxal. Afinal, se os grupos são formas de organização empresarial eficientes, eles não deveriam ser considerados bons?

⁷¹ MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società*. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1629.

1.3 A regulamentação dos grupos empresariais

A regulamentação jurídica dos grupos de sociedades é um tema bastante sensível do direito comercial. Em virtude disso, após uma análise histórica e dos principais pressupostos de existência dos grupos de sociedades, passa-se ao estudo da necessidade de haver uma regulamentação adequada ao mencionado fenômeno de concentração empresarial.

Primeiramente, cabe destacar que o âmbito de abordagem da regulamentação dos grupos de sociedades deve ser principalmente sob uma perspectiva de direito de sociedades⁷² – sua “sede natural”⁷³ –, apesar deste ser tanto um fenômeno jurídico como econômico. Contudo, as regras de direito das sociedades foram criadas para as tradicionais sociedades comerciais individuais e os grupos de sociedades apresentam-se como estruturas empresariais policorporativas⁷⁴, o que representa um grande desafio para as clássicas regras de direito societário⁷⁵.

O principal objetivo da regulamentação dos grupos empresariais em uma concepção clássica é a proteção dos acionistas minoritários e dos credores das sociedades controladas, ou seja, é uma tutela protetiva. Esta é uma perspectiva de regulamentação da base para o topo e o principal exemplo de modelo é a legislação acionária alemã de 1965.

⁷² Cf. EMBID IRUJO, José Miguel. *Los grupos de Sociedades en la Propuesta de Código Mercantil*. In Revista de Derecho Mercantil, N.º 290, Octubre – Diciembre 2013, Espanha: Editorial Arazandi/Thomson Reuters, 2013, p. 53.

⁷³ Sobre este tema: “Hodiernamente, a presença e o enorme peso dos grupos de sociedades nas economias nacionais e internacionais são insofismáveis. O estudo do direito das sociedades (e respectivas empresas) não pode mais bastar-se, portanto, com o estudo das singulares e autónomas sociedades.” Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina: Coimbra, 1999, p. 245

⁷⁴ Esse fenômeno evidencia um capitalismo avançado, no qual o agrupamento de empresas traz vantagens econômicas ao otimizar a economia de escala e aumenta sua competitividade no mercado. LEMME, Giuliano. *Il diritto dei gruppi di società*. Manuali dell'Associazione Disiano Preite. Bologna: il Mulino, 2013, p. 7.

⁷⁵ Ainda sobre esse assunto: “*Here lies the entire paradox of this area of law. Emerging in an atomistic economic environment and profoundly derived from a deep-seated individualistic approach to business realities, its classical paradigm has been the one of the single-corporate enterprise. However, providing a unique device for the concentration of economic power and the operation of the capitalist system, it played a strategic role in the development of a completely different economic order, that gave rise to a new paradigmatic and competing actor: the polycorporate enterprise.*” ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective*. Studies in transnational economic law: vol. 10. Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 51-52.

Um segundo objetivo, que vem ganhando força no âmbito europeu⁷⁶, seria o de reconhecer os grupos empresariais como estruturas organizativas com o objetivo de facilitar a sua administração. Neste caso, ocorre uma regulamentação do topo do grupo em direção à base⁷⁷. Como exemplo dessa perspectiva tem-se a legislação italiana sobre grupos de sociedades.

O núcleo da forma organizativa através de grupos de sociedades é a administração de grupo, que consiste em um sofisticado e flexível sistema no qual é combinado o controle exercido pela sociedade dominante e uma parcela de autonomia local concedida às empresas subsidiárias. Cabe ressaltar que parte da atual doutrina busca conceber grupos através de objetivos de organização e de um direito protetor dos sócios minoritários e credores⁷⁸.

Apesar das vantagens⁷⁹, o agrupamento de empresas é fonte de diversos e complexos problemas jurídicos. Talvez a maioria dos problemas que envolva os grupos societários esteja relacionada a um duplo conflito: entre sócios minoritários e sócios de controle; e entre a sociedade controlada e seus credores sociais⁸⁰. Para evitar ou diminuir tais problemas, a doutrina italiana tradicionalmente concebeu a regulamentação através de duas formas de tutela: a preventiva e a repressiva.

Com relação à tutela preventiva, esta consiste em assegurar ampla divulgação e acesso de informação entre as sociedades pertencentes a um grupo ou relacionadas a este. Estas informações são capazes de demonstrar a situação econômico-financeira do grupo e

⁷⁶ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*, 2012, pp. 261-274.

⁷⁷ HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 3.

⁷⁸ Neste sentido é o seguinte posicionamento: “*En la actualidad, de acuerdo con las nuevas reflexiones que se desarrollan a la vista de la experiencia alemana, la tendencia se manifiesta en el abandono de la política exclusivamente garantista para dar paso a tendencias que tengan más en cuenta el funcionamiento de las unidades empresariales complejas que constituyen los grupos.*” DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.. *El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español*. In *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen V*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5305.

⁷⁹ O doutrinador italiano Paolo Montalenti considera como vantagens objetivas da constituição de grupos de sociedades: “[...] *la ripartizione del rischio, l’espansione del dominio finanziario attraverso l’effetto moltiplicatore della partecipazione iniziale (il c.d. effetto telescopio), il decentramento produttivo, l’autonomia gestionali, il coordinamento tra strategia, formulata dalla holding, e tattica, attuata dalle società controllate, la razionalizzazione del rapporto tra politica finanziaria (di gruppo) e le politiche produttive (delle controllate).*”. MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia*, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1628.

⁸⁰ TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 5.

das companhias que o compõe. Para tanto, devem ser expostos os negócios realizados entre as companhias pertencentes a um mesmo grupo e a morfologia do complexo empresarial grupal⁸¹.

A tutela repressiva, por sua vez, objetiva impedir ou eliminar os danos ilegítimamente causados às sociedades controladas – e, conseqüentemente, aos seus sócios e credores sociais – pela sociedade controladora em sua atividade de direção e coordenação⁸². Na Itália, considera-se que a resposta central aos problemas dos grupos de sociedades está relacionada a uma correta construção de normas que regulem o relacionamento entre as sociedades que compõe um grupo, não se restringindo ao relacionamento de gestão de financiamento. Nota-se que é algo mais amplo, que trata: do problema de agência; do estabelecimento de competências da sociedade-mãe e das sociedades filhas; da disciplina do início e término do grupo; e, principalmente, da atividade de direção e coordenação da sociedade controladora⁸³.

Outro objeto da regulamentação dos grupos de sociedades é a tentativa de diminuir conflitos de agência existentes nas sociedades comerciais, que nos grupos são intensificados. De acordo com HOPT, são três os principais conflitos existentes: *“It is generally understood that there are three main problems to be dealt with in corporate law: conflicts between managers and shareholders, conflicts among shareholders (and here essentially between the controlling shareholder and the minority shareholders), and conflicts between the shareholders as a group and stakeholders, in particular the creditors of the company and its workforce.”*⁸⁴. Diante disso, são necessárias regras para resolver problemas gerados pelos mencionados conflitos⁸⁵.

⁸¹ *Ibidem*, p. 2 e ss.

⁸² *Ibidem*, p. 4.

⁸³ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁴ Cf. HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 4.

⁸⁵ RATHENAU, um dos pais da teoria institucionalista do interesse social, em 1917, já demonstrava preocupação relativa à regulamentação dos grupos de sociedades: *“Ognuno di questi compiti porta alla creazione di nuove imprese, perché la peculiarità dei vari settori, la diversità della posizione geografica, la specializzazione dei processi industriali e la raccolta dei capitali sono elementi incompatibili con la centralizzazione. L'impresa si estende, diventa un gruppo, un Konzern, giunge a proliferare nella terza e nella quarta generazione. L'unità amministrativa deve tuttavia conservarsi mediante un'unione personale. Se la direzione di filiali di scarsa importanza e lontane può essere affidata a incaricati a tale scopo istruiti, costoro devono a loro volta essere controllati in occasione di determinate ricapitolazioni consuntive, dal che derivano cumuli di compiti amministrativi, simili a quelli delle nostre Autorità centrali, che pure, dal canto loro, si trovano alle prese con una crescente suddivisione ed espansione delle loro sezioni e sottosezioni. Questa situazione, de per sé organica, diventa pericolosa allora soltanto, quando precipitosamente, senza preoccuparsi di un intimo nesso di omogeneità, senza forza organizzativa, senza conoscenza degli uomini e*

Como reflexo da legislação e dos costumes empresariais da jurisdição em que se inserem⁸⁶, a forma como os grupos são estruturados e a sua forma legal são diferentes em cada país. Na Europa, é mais comum que as sociedades controladoras tenham apenas o capital necessário para controlar a sociedade subsidiária. No entanto, em alguns países como Itália e Alemanha, os grupos por vezes apresentam estruturas piramidais de controle bastante complexas. Nos EUA, é comum que a sociedade controladora seja a única proprietária da sociedade controlada. Em decorrência disso, a regulamentação dos grupos de sociedades é bastante disforme a nível mundial.

No mundo jurídico, existem três modelos de regulamentação dos grupos de sociedades⁸⁷: (i) através dos preceitos jurídicos gerais de direito comercial e direito civil; (ii) através de normas específicas para os grupos de sociedades; e (iii) através de áreas específicas do direito, como direito bancário, direito da concorrência e direito tributário.

O primeiro modelo, em que a regulamentação é realizada através dos preceitos jurídicos legais do direito civilista e mercantil, caracteriza-se por haver previsão de normas mandamentais com objetivos específicos, como, por exemplo, normas de proteção de credores e relativas ao direito falimentar. O Reino Unido representa um exemplo⁸⁸ de país em que não existe um direito específico de grupos, apesar de não existir contestação da criação de grupos empresariais⁸⁹. Nesta forma de regulamentação, as regras e as construções jurídicas do direito civil e do direito empresarial são utilizadas nos grupos de

senza criterio economico, si creano formazioni incoerenti; quando una sfrenata avidità di espansione pone in non cale ogni criterio e ogni responsabilità. Questo pericolo incombe in uguale misura sugli uomini, sugli imprese e sugli Stati.” RATHENAU, W.. *La realtà della società per azioni*. RATHENAU, W. *La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall' esperienza degli affari*. in *Rivista delle società*, 1960, p. 912.

⁸⁶ HOPT, Klaus J, ob. cit., p. 2.

⁸⁷ Cf. Classificação elaborada por Klaus Hopt, cf. *Ibidem*, p. 3.

⁸⁸ Outro interessante exemplo, mencionado por Klaus Hopt, é a Suécia como um dos países em que menos há regulamentação dos grupos de sociedades: “*This is the case in Sweden, for example, where no need seems to be felt to deal with group agency problems in more detail. This is astonishing because in Sweden the shareholding structure is characterized by strong owners and weak minorities. The pertinent studies suggest that the reason may be that the country is small and social control is effective.*”. *Ibidem*, p. 8.

⁸⁹ A regulamentação dos grupos de sociedades geralmente tem maior número de regras relacionadas à contabilidade, principalmente em países do *Common Law*. Nesta linha: “*The purpose of group account is to enable shareholders and creditors of the holding company a clearer picture of the use if their investment than could be gleaned from its individual accounts. The process of drawing up group accounts involves treating the assets and liabilities of all of the companies in the group as if they were part of the assets and liabilities of the company that heads the group.*” FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 27.

sociedades, como a desconsideração da personalidade jurídica e as hipóteses de administrador oculto⁹⁰.

De acordo com o segundo modelo mencionado⁹¹, a regulamentação dos grupos de sociedades ocorre através de uma legislação especial de grupos. Esta forma de regulamentação apresenta-se em diferentes níveis, destacando-se: países com uma ampla sistematização legislativa sobre grupos de sociedades (sendo a legislação da Alemanha⁹² a principal referência); países com algumas regras específicas para grupos de sociedades; e países em que existem algumas regras ou construção jurisprudencial específicas de grupos de sociedades, como França (em especial a Doutrina *Rozenblum*), Espanha, Bélgica e Japão.

O terceiro modelo é o de uma regulamentação por áreas específicas do direito, excluindo-se o direito societário. Estas regras não têm como principal objetivo resolver conflitos de agência, apesar de poderem resolver alguns. Elas almejam a proteção de interesses específicos pertinentes a cada área jurídica, como os direitos dos trabalhadores no direito laboral ou as finanças públicas no direito fiscal⁹³.

Um dos assuntos com maior problemática no âmbito da regulamentação dos grupos é relativo à responsabilidade civil⁹⁴. Este é um dos assuntos que maior atenção merece diante do potencial lesivo que um grupo de sociedades apresenta às próprias sociedades que o compõe, seus credores, acionistas minoritários e partes relacionadas.

Ao comentar tal assunto, MONTALENTI⁹⁵ entende que na regulamentação da responsabilidade civil no âmbito dos grupos de sociedades existe uma antinomia entre a tentativa de desconsideração da personalidade jurídica e a reafirmação da autonomia e da individualidade de cada sociedade. Como resultado disso, existem dois riscos para o direito societário: o de, por um lado, privar o grupo das vantagens organizacionais de considerar

⁹⁰ HOPT, Klaus J, ob. cit., pp. 8-9.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 09-11.

⁹² Cabível mencionar que Brasil (1976) e Portugal (1986), além de outros países, seguiram esta forma de regulamentação. Em 2003, a Itália passou a ter uma regulamentação dos grupos de sociedades, mas distancia-se dos outros modelos de regulamentação sistemática por não apresentar um modelo dual, uma vez que a caracterização de grupos dá-se através de um critério de presunção e por apresentar a teoria das vantagens compensatórias, o que mais adiante será objeto de análise.

⁹³ HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, pp. 11-12.

⁹⁴ Sobre outros aspectos da responsabilidade civil, especialmente sobre a pena civil, ver ROSENVALD; Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

⁹⁵ MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia*, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, pp. 1630-1631.

cada sociedade como separada na relação de grupo; e, por outro lado, de se instituir um sistema de domínio sem responsabilidade.

Interessante abordar o fenômeno do controle de sociedade(s) por outra sociedade (também chamado de a “síndrome cavalo de Tróia”), o qual deve ser observado pelos legisladores no momento da criação de regras que incidam sobre grupos. A partir do momento em que foi possível uma sociedade ser sócia de outra sociedade, começaram a surgir mecanismos empresariais que legitimaram o controle intersocietário⁹⁶. Estes mecanismos acarretaram uma subversão da soberania e a destruição da autonomia das sociedades comerciais. Nesse sentido, “A participação de sociedades em sociedades origina assim, para a sociedade participada, *uma potencial e institucional situação de subordinação da respectiva vontade e interesse sociais a uma vontade de interesse externos*, e, por conseguinte, uma virtual crise do modelo sobre o qual repousa ainda todo o edifício normativo do Direito de Sociedades.”⁹⁷.

A criação de legislações acerca de grupos de sociedades encontra diversos obstáculos⁹⁸. Entretanto, os sistemas jurídicos devem superar tais obstáculos e impedirem que haja um distanciamento entre a prática empresarial e as leis societárias. Ainda, diante da existência de lacunas jurídicas, deve-se impedir que ocorra uma tendência de legitimar todas as práticas empresariais (diante da influência que as grandes empresas exercem), e, como consequência disso, situações de injustiça e insegurança jurídica.

Diante do exposto, entende-se necessário o reconhecimento de um direito de grupo. Ademais, considera-se que a aplicação da disciplina geral do direito comercial e do

⁹⁶ Engrácia Antunes exemplifica esses mecanismos distinguindo-os nas seguintes categorias, conforme a natureza: financeira (participação intersocietária de capitais), contratual (contratos de domínio e contrato de transferência de lucro), pessoal (*interlocking board directorates, personelle Verflechtungen, unions personelles*), organizacional (relacionado a votos) e puramente fática. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 110.

⁹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 112.

⁹⁸ Dentre os obstáculos, é possível mencionar “[...] *difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra unitarietà del gruppo e separazione soggettiva dei centri di imputazione, tra coordinamento e/o omogeneità e/o unità d’impresa e autonomia dei componenti, tra riferibilità unitaria e/o congiunta e/o cumulativa di decisioni e di imputazioni sostanziali e separatezza nella riconducibilità giuridica degli effetti.*”. MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia*, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1630.

direito civil mostra-se (na maioria das vezes) insuficiente para resolver os litígios advindos do fenômeno dos grupos de sociedades⁹⁹.

1.4 O interesse social e os grupos de sociedades

Definir qual o interesse social que uma sociedade comercial deve tutelar é fundamental para entender a justificativa de sua existência e para melhor compreender o fenômeno dos grupos societários¹⁰⁰. Esta é, talvez, a problemática mais complexa do direito societário. Outrossim, a conceituação de interesse social é importante para o entendimento das tendências de regulamentação e responsabilidade civil no âmbito dos grupos de sociedades.

A conceituação¹⁰¹ do interesse social por muito tempo foi – e provavelmente ainda permaneça¹⁰² – antagonizada entre: o *contratualismo* e o *institucionalismo*. O rico

⁹⁹ Nessa linha são as lições de Coutinho de Abreu, o qual demonstra a insuficiência da disciplina geral do direito das sociedades e do direito civil para o grupo de sociedades: “São de facto aplicáveis aos grupos institutos e regras jurídicos como o abuso de direito – relativamente às deliberações dos sócios e dos órgãos da administração –, o conflito de interesses, a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização civil dos gestores e da sociedade dominante.

Todavia, estes meios são insuficientes. O abuso de direito e o conflito de interesses (até pelos termos restritivos geralmente exigidos para sua verificação) suscitam logo o problema da “difícil” prova. Depois, estes institutos têm que ver com deliberações dos órgãos sociais – e muito da actividade das sociedades dependentes não assenta em deliberações. Por outro lado, eles foram talhados para singulares e autónomas sociedades, onde todos os sócios têm normalmente interesses convergentes; ora, no quadro dos grupos, a divergência dos interesses presentes em cada uma das sociedades dependentes é, em regra, sistemática, estrutural (e não pontual, conjuntural). Por sua vez, a técnica da superação da personalidade colectiva é, como vimos no capítulo anterior, aplicável apenas em casos excepcionais (e encontra ainda hoje bastantes resistências por essa Europa fora). Quanto à responsabilidade dos gestores (das sociedades dependentes): à dificuldade de provar o incumprimento dos deveres dos gestores, junta-se muitas vezes a insuficiência patrimonial dos mesmos. E quanto à responsabilidade das sociedades dominantes: os sócios minoritários e os credores das dependentes não têm frequentemente meios para provarem a influência exercida pelas dominantes e/ou o carácter prejudicial dessa influência.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina: Coimbra, 1999, pp. 273-277.

¹⁰⁰ Afinal, “Em uma ciência valorativa e finalista como é o Direito, debater os fundamentos é discutir a sua função e objetivo.”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

¹⁰¹ Existem diferentes doutrinas amplamente defendidas sobre o interesse social, de modo que é muito difícil haver conceito único. Outrossim, as teorias sobre o interesse social correspondem ao contexto econômico em que são criadas – o que está em constante mutação. *Ibidem*, p. 13.

¹⁰² Coutinho de Abreu esclarece esta hipótese: “Várias ideias caracterizadoras daquelas teorias continuam a revelar-se úteis para compreender, sistematizar e distinguir as diversas concepções globais (postas e propostas) sobre o interesse social. Claro que há outros (novos, alguns) modos de dizer ou classificar – mas o quadro problemático continua basicamente o mesmo (podendo variar embora as perspectivas quanto a elementos ou partes desse quadro).” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 265.

debate gerado em torno dessas duas teorias, principalmente na Itália e na Alemanha, criou ferramentas para uma melhor compreensão do interesse social.

A teoria contratualista propõe que o interesse social coincide com o interesse dos sócios. Na Itália, no século passado, esta teoria foi amplamente desenvolvida e aplicada¹⁰³ a partir de uma contraposição ao institucionalismo. Criou-se, assim, um contratualismo por antonomásia¹⁰⁴. A teoria contratualista divide-se em duas conceituações: (i) concebe o interesse social a partir de elementos externos, de forma que ele seja o interesse dos sócios atuais; e (ii) a partir de uma perspectiva de longo prazo da empresa, o interesse social é entendido como o dos sócios atuais e futuros¹⁰⁵ – vertente mais próxima do institucionalismo¹⁰⁶.

Como uma definição de interesse social a partir de uma perspectiva contratualista tem-se a elaborada por MINGNOLI¹⁰⁷: “*L’interesse sociale è la tendenza alla realizzazione dello scopo della società e, come tale, è comune a tutti i soci, in senso ‘obiettivo e astratto’: è l’interesse che si pone a che, attraverso l’attuazione dell’oggetto sociale, siano conseguiti degli utili, nel che risiedono la causa giuridica e lo scopo finale del contratto di società.*”. Esta concepção, além de considerar os sócios atuais, reconhece que o objetivo da criação de um contrato social é a obtenção de lucro.

Para COUTINHO DE ABREU, também em uma perspectiva contratualista, “[...] pode definir-se o interesse social como a relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução do maior lucro e o meio apto a satisfazê-la.”¹⁰⁸. Diante disso, o interesse social seria representado pela tendência de obter lucro através da realização do objeto social¹⁰⁹ a qual a empresa se propõe¹¹⁰.

¹⁰³ Criou-se na Itália uma verdadeira escola contratualista que influenciou diversos ordenamentos jurídicos. O Brasil, por exemplo, é fortemente influenciado pela doutrina contratualista clássica.

¹⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 14-17.

¹⁰⁵ Diante da perspectiva de interesse social para o futuro da sociedade, afirma-se que esta concepção contratualista, na prática, aproxima-se da teoria institucionalista. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 15.

¹⁰⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 264.

¹⁰⁷ Cf. MIGNOLI, Ariberto. *L’interesse sociale*. In *Rivista delle Società*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 758.

¹⁰⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 270.

¹⁰⁹ No que toca ao objeto social, que também é importante para o direito societário, interessante é a reflexão de ZANINI: “Observa-se, neste sentido, à luz do que preleciona Gianluca La Villa, que a temática do objeto social – aliás injustificadamente pouco estudada no direito brasileiro se considerada sua alta relevância – deve seu desenvolvimento, em grande parte, à responsabilidade pessoal dos sócios nas *compagnias*, que, ante à possibilidade concreta de terem seu patrimônio individual atingido por dívidas da sociedade, desenvolveram o objeto social como uma forma de delimitar o espectro de atuação da companhia,

Em uma versão mais recente, na defesa da teoria do *shareholder value*, JAEGER¹¹¹, em sua revisão de interesse social, afirma que este é a maximização do valor de cada ação social¹¹². Além disso, considera que, apesar desta visão ser contratualista, é, na verdade, uma versão moderna da doutrina institucionalista *Unternehmen an sich*, de forma a superar a antiga antinomia entre contratualismo e institucionalismo. Entende o autor que a empresa deve sempre almejar o lucro e, com isso, resultar no aumento do valor das ações sociais¹¹³. A *shareholder value*, amplamente aceita na doutrina norte-americana, seria, para este autor, a teoria acerca de interesse social com melhor aplicação prática.

Na Alemanha, pós 1ª Grande Guerra, assistiu-se ao surgimento da doutrina institucionalista *a empresa em si* (*Unternehmen an sich*), elaborada por RATHENAU¹¹⁴. O institucionalismo caracteriza-se pelo interesse social ser um interesse comum, ou seja, não é apenas o dos sócios, mas também o de outros sujeitos como os credores sociais, os trabalhadores e inclusive a coletividade nacional¹¹⁵.

O institucionalismo, na Alemanha, experimentou grande predominância na construção doutrinária e normativa após o Regime Nazista, com o advento do *Estado do bem-estar social*. Como reflexo disso, a legislação alemã vigente protege também os *stakeholders*, apesar de dispor que o objetivo fundamental da sociedade é a valorização da participação social de cada acionista.

Além das teorias clássicas, existem as teorias modernas que tentam definir o interesse social. Enquanto aquelas são intimistas, ou seja, criadas com base apenas no

procurando, com isso, evitar que a sociedade, atuando fora de suas atividades próprias, viesse a contrariar dívidas que pudessem recair sobre o seu patrimônio pessoal.” ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; Jobim, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 388-389.

¹¹⁰ Cf. GIOVANNI, Stefania. *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 152.

¹¹¹ Pier Justo Jaeger faz uma importante reflexão sobre a evolução das teorias de interesse social quarenta anos após ter publicado seu célebre livro na doutrina italiana “*L’interesse sociale*”. Cf. JAEGER, Pier Giusto. *Interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)*. In *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. 1. Milano: Giuffrè. pp. 795-812.

¹¹² Como conceito de *shareholder value* tem-se: “*Esso corrisponde all’obiettivo di ‘massimizzare’ il valore attuale delle azioni che compongono il ‘pacchetto azionario’ della società*”. Cf. *Ibidem*, p. 804.

¹¹³ Nas palavras do autor: “[...] *a questo punto si potrebbe sostenere che la shareholder value, più che essere contrattualistica è la versione moderna dell’istituzionalismo dell’Unternehmen an sich, intesa però l’‘Unternehmen’ non come comunità di persone, ma come un ‘saco de denaro’ che deve essere riempito sempre di più.*” *Ibidem*, p. 812.

¹¹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 796.

¹¹⁵ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 264.

direito societário, estas são resultado de uma interdisciplinaridade do direito¹¹⁶. Neste ínterim, a disciplina da Análise Econômica do Direito também tentou explicar o interesse social, principalmente pelos trabalhos elaborados por CALABRESI, COASE e POSNER¹¹⁷. Dentre as teorias modernas, destacam-se: a organizativa¹¹⁸; contrato-organização¹¹⁹; monística; dualista; da maximização do lucro; da adequada consideração dos interesses; e da consideração igualitária dos interesses¹²⁰.

No direito norte-americano, nas últimas décadas do século passado, estiveram em disputa as *shareholder value* e a *stakeholder value*¹²¹, que se assemelham ao contratualismo e ao institucionalismo, respectivamente¹²². A primeira, de cunho contratualista, defende que o principal objetivo de uma empresa é aumentar o lucro¹²³. O administrador de uma empresa deve governá-la com o único objetivo de gerar lucro aos seus sócios, devendo obedecer-lhes, bem como ser responsável pelos interesses deles. Esse foi o modelo empresarial que predominou no início do século XX.

¹¹⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 28.

¹¹⁷ Ver MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário. Poder de Controle*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 16-26.

¹¹⁸ Sobre a teoria organizativa: “A teoria organizativa, quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público. Possibilita a proteção dos interesses que podem ser bem protegidos por regras organizativas internas e a externalização daqueles que não podem. Ela dá, portanto, por assim dizer, mais sinceridade ao direito societário.” SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 42.

¹¹⁹ Neste sentido: “[...] o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva, e não alocativa – as relações jurídicas que cria.”. *Ibidem*, p. 32.

¹²⁰ Ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 265.

¹²¹ Cf. ROTMAN, Leonard I. *Re-evaluating the basis of corporate governance in the post, post-Eron era*. In VASUDEV, P. M.; WATSON, Susan. *Corporate Governance after the Financial Crisis*. Cheltenham - UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 101.

¹²² Nesse sentido: “Quer dizer, o contratualismo e o institucionalismo, sem ou com novas roupagens, continuam visíveis.”. Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit., p. 266.

¹²³ Milton Friedman critica a ideia de responsabilidade social das empresas, uma vez que defende que o compromisso dos administradores é para com os donos das empresas. Em suas palavras: “*But the doctrine of "social responsibility" taken seriously would extend the scope of the political mechanism to every human activity. It does not differ in philosophy from the most explicitly collectivist doctrine. It differs only by professing to believe that collectivist ends can be attained without collectivist means. That is why, in my book Capitalism and Freedom, I have called it a "fundamentally subversive doctrine" in a free society, and have said that in such a society, "there is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud."*”. FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. *The New York Times Magazine*, September 13, 1970.

Em sentido distinto, o modelo *stakeholder* parte de uma premissa de que a empresa exerce um papel na sociedade e, por isso, deve ter responsabilidade social¹²⁴. De acordo com FREEMAN, “*Corporations have stockholders, that is, groups and individuals who benefit from or are harmed by, and whose rights are violated or respected by, corporate actions*”¹²⁵. O conceito de *Stakeholder* é mais abrangente do que o de *Shareholder*, pois visa à proteção não só dos sócios, mas também dos empregados, dos credores, dos clientes e da comunidade em que a empresa se insere, por exemplo.

Com o escândalo financeiro da empresa *Enron*, alguns pensadores acreditavam que este fato representava o final da supremacia do modelo *shareholder*. Hoje, empresas que demonstram preocupação com outros interessados, além dos próprios sócios, são bem-vistas pelo mercado e pela sociedade. Entretanto, isso não quer dizer que as empresas abandonaram o modelo *shareholder*¹²⁶. Algumas delas praticam atos em prol da comunidade e de partes interessadas com o objetivo de melhorar sua imagem e, com isso, gerar maior lucro aos sócios. Assim, ainda hoje há incerteza acerca de qual modelo é o melhor e se efetivamente algum está correto.

Na Itália contemporânea, o jurista italiano MONTALENTI considera a antinomia clássica como uma disputa teórica superada. Para tanto, ele defende que a questão deve ser analisada de um ponto de vista privado de qualquer manifestação ideológica. Justifica isto com a afirmação de que havia um excesso de ideologias que permeavam a defesa de ambas as doutrinas clássicas. Os juristas que defendiam o institucionalismo geralmente tinham como suporte teórico-jurídico as doutrinas corporativa, social-cristã e neocapitalista. Em sentido diverso, os que propugnavam pelo contratualismo baseavam-se em ideais liberais ou marxistas¹²⁷.

O mencionado jurista defende que o lucro é indubitavelmente o escopo de uma sociedade e inerente à economia de mercado, sendo elemento essencial, formal e material

¹²⁴ ROTMAN, Leonard I. Re-evaluating the basis of corporate governance in the post, post-Eron era. In VASUDEV, P. M.; WATSON; Susan. *Corporate Governance after the Financial Crisis*. Cheltenham - UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. p. 103.

¹²⁵ FREEMAN, Edward. *Stakeholder Theory of the Modern Corporation*. *General Issues in Business Ethics*, p. 41.

¹²⁶ ROTMAN, Leonard I. ob. cit., pp. 114-116.

¹²⁷ MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società*. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1631.

da constituição de uma sociedade¹²⁸. Contudo, o intuito de lucro necessariamente relaciona-se com outros interesses, principalmente nas grandes empresas, como o dos empregados e o de estabilidade do sistema econômico. Assim, o objetivo de lucro expressa-se através de uma série de decisões de política financeira e industrial da empresa, em que o interesse social deve ser valorizado como uma estratégia que aponta para o aumento do lucro. Em virtude disso, a alegação de que o interesse social é definido como um interesse da repartição do lucro entre os sócios é incompleta, pois não valora a existência de outros interesses¹²⁹.

Diante disso, na Itália, em uma perspectiva de longo prazo, há o forte entendimento de que o interesse social é tido como o interesse dos sócios a valorização de suas participações sociais e ao aumento do lucro advindo dessas¹³⁰. Entretanto, os interesses dos sócios devem ser integrados com outros interesses, como o dos *stakeholders*. Estes desempenham a função de limite ao escopo do lucro, seja por imposição legal, contratual, autodisciplinar ou em virtude de imposição de mercado¹³¹.

Segundo COMPARATO, os sócios reúnem-se para a consecução de um objetivo comum, uma vez que uma sociedade é oriunda de uma comunhão voluntária de interesses, sendo o interesse social a realização do escopo comum. O interesse social divide-se em dois elementos: o objeto final (produção de lucro e repartição entre os sócios); e modo de sua realização (exercício da atividade empresarial)¹³². A existência do conflito de interesses ocorre pois, por vezes, o sócio passa a ter interesses diferentes do interesse comum¹³³.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 1632.

¹²⁹ Assim, “*Emersione di interessi-altri e complessità delle politiche aziendali delle singole imprese sono in conclusione elementi determinanti della nozione di interesse sociale oggi, in particolare nell’impresa di dimensioni medio-grandi.*”. *Ibidem*, p. 1632.

¹³⁰ MONTALENTI, Paolo. *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell’impresa nei gruppi di società*. In AA.VV. *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per I quarant’anni di giurisprudenza commercial*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 38. Milano: Giuffrè, 2015, pp. 171-175.

¹³¹ De forma bastante objetiva, Paolo Montalenti define o interesse social da seguinte forma: *L’interesse sociale è la composizione di interessi plurimi – delle diverse categorie di azionisti –, perseguibili nei limite degli interessi – altri – dei lavoratori, dei consumatori, degli ‘stakeholders’ in generale – composti in una sintesi in definitiva ‘profit-oriented’ dagli amministratori.*” *Ibidem*, p. 174.

¹³² COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 314.

¹³³ *Ibidem*, p. 315.

Por fim, nas legislações do Brasil e de Portugal tradicionalmente prevaleceu a concepção contratualista de interesse social¹³⁴. Em Portugal, esta doutrina mantém-se forte no que se refere ao relacionamento do sócio com a sociedade¹³⁵. Entretanto, quanto aos critérios de comportamento dos administradores, ambas as legislações¹³⁶ adotaram uma concepção institucionalista – Portugal com o art. 64,1, b) o CSC¹³⁷ e o Brasil com o art. 154 da LSA¹³⁸.

1.4.1 O interesse dos grupos de sociedades

No âmbito dos grupos de sociedades, o problemático tema do interesse social torna-se ainda mais complexo. Nos grupos existem mais interesses envolvidos e há maiores reflexos na sociedade. Outro fator importante é a possibilidade de reconhecimento de um interesse mais amplo, o *interesse do grupo*. Em alguns países, o conceito de interesse do grupo já é uma realidade positivada e tem se mostrado como uma tendência no âmbito do direito de grupos europeu. Diante disso, tais assuntos merecem análise.

A temática em questão torna-se ainda mais pertinente, pois o interesse social é o limite do poder de controle de uma sociedade sobre outra. Quando definido o interesse social, é possível determinar até que ponto uma ordem da sociedade controladora é legítima e a partir de quando se trata de abuso do poder de controle¹³⁹.

São três os interesses existentes nos grupos de sociedades: (i) o interesse da sociedade controladora; (ii) o interesse da(s) sociedade(s) subsidiária(s); e (iii) o interesse do grupo. A divergência entre o interesse da sociedade controladora e o da subsidiária é a

¹³⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 266.

¹³⁵ Sobre a legislação portuguesa, maior desenvolvimento em Ver *Ibidem*, pp. 266-267. O mencionado autor apresenta uma crítica bastante relevante sobre a eficácia da proteção dos interesses dos sócios mencionados no artigo 64 do CSC.

¹³⁶ Esta é uma tendência que se verifica em outros países também, como Reino Unido, Holanda, Áustria, entre outros. Cf., *Ibidem*, p. 267.

¹³⁷ *In verbis*: “Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.”

¹³⁸ *In verbis*: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

¹³⁹ Sobre o fundamento jurídico dessa demarcação, Paolo Montaleti considera que: “[...] *il suo fondamento giuridico nell'esistenza di società giuridicamente distinte e nella proiezione dell'interesse sociale verso la protezione degli interessi sia degli azionisti di minoranza sia dei creditori*.” MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società*. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1633.

principal fonte de conflitos para os grupos de sociedades. Para alguns autores¹⁴⁰, a existência de um interesse do grupo pode ser o ponto de equilíbrio entre o interesse da sociedade controladora e o interesse das outras sociedades que compõem o grupo empresarial.

Nos grupos de sociedades, há um conflito de interesses qualificado. Este é um conflito de interesses que diverge do conflito existente das sociedades tradicionais, uma vez que não é o mesmo clássico conflito entre maioria e minoria de sócios pessoas físicas. Trata-se de um conflito de interesses de caráter empresarial¹⁴¹, pois, geralmente, quem compõe o quadro societário dos grupos são pessoas coletivas. Havendo um conflito de interesses qualificados, deve existir proteção aos interesses dos sócios minoritários, dos credores da sociedade controlada – e, para alguns autores¹⁴², dos trabalhadores e partes relacionadas.

Em decorrência disso, existe a defesa de que o objetivo do poder de controle nos grupos é a busca dos fins comuns ao conjunto de sociedades agrupadas, ou seja, um interesse do grupo, o qual se sobrepõe ao interesse de cada sociedade. Ocorre que, muitas vezes, os sócios minoritários e os credores das sociedades subordinadas podem ser prejudicados em virtude do mencionado interesse, de modo que o reconhecimento deste gera sérias consequências ao governo dos grupos e a aspectos de responsabilidade civil.

Diante da inegável existência de vários interesses em conflito (qualificado), resta saber se é possível superar estes através de um interesse maior, o interesse de grupo. Em virtude disso, cabe o estudo do interesse do grupo de sociedades em algumas legislações.

A ideia de existir um interesse social dos grupos ganhou destaque na França¹⁴³. Neste país, os grupos de sociedades são caracterizados por possuírem um interesse econômico, social ou financeiro comum, apreciado a luz de uma política elaborada para o desenvolvimento do grupo¹⁴⁴. Este entendimento sobre grupos é de acordo com a famosa

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1633.

¹⁴¹ DUQUE DOMÍNGUEZ. Justino F. *El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español*. In *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*. Volumen V, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5307.

¹⁴² *Ibidem*, p. 5307

¹⁴³ A França, como uma legislação que não tem uma sistematização dos grupos de sociedades, regula os grupos através de preceitos gerais de sua legislação e possui algumas regras específicas sobre os grupos, como é o caso do crime de abuso dos bens sociais na seara criminal. Cf. HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 17.

¹⁴⁴ Nesse sentido: “[...] doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou

Sentença da *Cour de Cassation Criminelle* da França de 4 de fevereiro de 1985¹⁴⁵, mais conhecido como *Sentença Rozenblum*¹⁴⁶. Embora esta seja uma sentença criminal sobre o delito de abuso dos bens sociais¹⁴⁷, foi no campo do direito comercial que suscitou maiores debates doutrinários e jurisprudenciais.

Apesar de o conceito ser impreciso, a doutrina francesa considera que a jurisprudência estabelece elementos de caráter social, econômico ou financeiro precisos para a identificação de tal interesse¹⁴⁸. Através da sentença *Rozenblum*, foram estabelecidos os requisitos para que uma sociedade integrante de um grupo pudesse ajudar outra sociedade pertencente ao mesmo grupo, sem praticar delito de abuso de bens sociais (*abus de biens sociaux*).

A principal contribuição da mencionada sentença foi o reconhecimento do interesse de grupo da França. A doutrina francesa majoritária entende que a noção de interesse social de uma sociedade independente é diferente da noção de interesse social de uma sociedade que integra um grupo de sociedades.

Como requisitos para o reconhecimento do grupo têm-se: (i) que haja uma política coerente comum no grupo de forma a perseguir um interesse comum; (ii) que exista uma compensação à sociedade que sofre os prejuízos em prol da mencionada política de grupo; e (iii) que os citados prejuízos não sejam financeiramente insuportáveis para a sociedade

rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge.”. FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi: 84-91581, du 4 février 1985, 84-91.581, Publié au bulletin criminel 1985 n° 54.

¹⁴⁵ FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi: 84-91581, du 4 février 1985, 84-91.581, Publié au bulletin criminel 1985 n° 54.

¹⁴⁶ Sobre o conteúdo dessa sentença: “*El Sr. Rozenblum, accionista mayoritario de varias sociedades dedicadas a diversas actividades, algunas a la construcción, en dificultades, las obligó a realizar operaciones con sociedades sanas de su grupo, por lo que fue condenado, como ‘dirigeant de fait’, por el delito de ‘abus de biens sociaux’[...].*”. Cf. VINCENT CHULIÁ, Francisco. *Grupo de sociedades y conflictos de intereses*. In Piloñeta Alonso. Luis Manuel; IRIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, p. 880.

¹⁴⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 329.

¹⁴⁸ Para Yves Guyon: “*The main difficulty, obviously, is to determine what is meant by the interests of the group. The answer given by the courts is imprecise, which need cause no surprise since there is no unanimously accepted definition of the interests of an isolated company. The Court of Cassation has given an indication, however, in stating that this interest may be economic, social or financial. This seems like an invitation to the courts to construe the interests of the group fairly liberally. (...) Although this decision was given in a criminal case, it can be transposed to civil cases. A person managing a company may thus without impropriety accept that interests of the group temporarily prevail over those of the company he is managing*” GUYON, Yves. *The Law of Corporate Groups in France*, 1993, p. 149.

que os sofrer¹⁴⁹. Além disso, a definição francesa de grupo de sociedades é uma concepção polimórfica, uma vez que se adapta a diferentes realidades empresariais e de acordo com o interesse jurídico que atribui à noção de controle¹⁵⁰.

A jurisprudência *Rozenblum* estabeleceu duas condições para que o interesse do grupo prevaleça ao interesse social individual de cada sociedade que o compõe – especialmente em situações em que a sociedade dominada tem prejuízos em favor da sociedade dominante por uma diretriz dessa. Estas condições são: (i) os sacrifícios realizados pela sociedade dominada devem ser com o objetivo de satisfazer um interesse de grupo, que deve ser uma política geral coerente definida a nível de grupo; e (ii) que o sacrifício exigido da sociedade dominada não acarrete prejuízos que possam colocar em perigo sua atividade.

A doutrina francesa considera a *Sentença Rozenblum* como mais realista que a rígida doutrina alemã sobre grupo de sociedades (*Konzernrecht*). Além disto, tal jurisprudência é adotada em diversos estados da União Europeia e exerce influência em países que adotaram o sistema alemão, inclusive na própria Alemanha. Segundo Pierre-Henri Cognac, pode ser considerada como um *Ius commune* na Europa¹⁵¹.

Ademais, na França considera-se o interesse de grupo da *Sentença Rozenblum* como a mais viável alternativa ao legislador europeu para uma unificação de direito de sociedades¹⁵². Inclusive, isto tem sido bem-visto por comercialistas de diversos países, como Alemanha¹⁵³ e Espanha¹⁵⁴. Com relação aos países que adotam o sistema germânico

¹⁴⁹ Ver GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores de una Empresa de Grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 55.

¹⁵⁰ MALHERBE, Jacques; LAMBRECHT, Philippe; MALHERBE, Philippe. *Droit des sociétés Précis. Droit Communautaire*, 2004.

¹⁵¹ COGNAC, Pierre-Henri. *Le group de sociétés*. In COGNAC, Pierre-Henri; FRANÇOIS, Bénédicte; LECOURT, Benoît; LE NABASQUE, Hervé; PARLEANI, Gilbert; SCHMIDT, Dominique. URBAIN PARLEANI, Isabelle. *Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés*. In *Revue des Sociétés*. Juillet-Août 2013 – n° 7-8, p. 417.

¹⁵² Para Cognac: “*Le possibilité d'une reconnaissance au niveau européen de l'intérêt du groupe constitue une initiative dont l'utilité pratique et la portée ne doivent pas être sous estimées.*”. *Ibidem*, p. 417.

¹⁵³ Para Klaus Hopt: “*The French Rozenblum doctrine allows an even more flexible balancing of the interests of the parent and the subsidiary. The criminal courts that developed this rule allow the subsidiary to also take into consideration the interest of the group, not only its own advantages from belonging to the group. The requirements for doing so are threefold: a stable structure of the group, a coherent group policy by the parent, and an equitable distribution of benefits and costs among the group members.*”. HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 11

¹⁵⁴ De acordo com o jurista espanhol Vincent Chulià: “*Esta doctrina respeta el funcionamiento flexible o federalista de los grupos de sociedades (bajo los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en las competencias ejercidas por la sociedad dominante y las dominadas), permitiendo que el interés general del*

de regulamentação de grupos de sociedades, entende-se na França que estes países deveriam reformar seu sistema de regulamentação dos grupos de fato e reconhecer o interesse de grupo. Em resposta a isso, a doutrina alemã considera-se mais eficiente na tutela protetiva¹⁵⁵.

COGNAC visiona duas perspectivas de futuro relativas ao reconhecimento do interesse de grupo a nível europeu. A primeira alternativa seria a elaboração de uma Diretiva que obrigasse o reconhecimento do interesse de grupo aos Estado-membros. Esta seria uma harmonização mínima em que os efeitos seriam limitados em países como a Alemanha, pois continuaria a existir a noção de grupo de direito. Outra alternativa defendida seria a Comissão adotar uma recomendação reconhecendo o interesse de grupo, o que seria mais fácil de ser alcançado, tendo em vista que a recomendação não tem caráter obrigatório de aplicação. Com uma recomendação, seria possível um maior debate nacional, podendo eclodir em uma reforma sobre o reconhecimento do conceito de interesse de grupo em países em que não há regulamentação dos grupos ou nos países em que há, mas este conceito não é reconhecido¹⁵⁶.

Na doutrina e legislação italiana contemporânea¹⁵⁷, o interesse social dos grupos de sociedade é amplamente aceite e, inclusive, está indiretamente reconhecido no *Codice Civile* Italiano (mesmo sem haver um conceito claro disso). Cada sociedade persegue um interesse social próprio. Entretanto, este interesse tem uma soberania restrita, uma vez que é limitado pelas orientações que são definidas pela administração do grupo com base em um interesse comum. Como limite a isso, a Itália adotou um instrumento de compensação, que é o mecanismo das vantagens compensatórias.

grupo pueda imponerse, a través del ejercicio del control en los órganos de las distintas sociedades del grupo, siempre que sea dentro de un pan racional que produzca sinergias para todos, y compensando adecuadamente, en caso necesario, a los socios externos al grupo de control.” Cf. VINCENT CHULIÁ, Francisco. *Grupo de sociedades y conflictos de intereses*. In Piloñeta Alonso. Luis Manuel; IRIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, p. 883.

¹⁵⁵ Conforme HOPT, “*The Rozenblum doctrine has been developed as case law by criminal courts and is characterized by a more flexible balancing of interests of the parent and the subsidiary. This may be more functional than German solution, but the subsidiary is better protected by German group law.*”. HOPT, Klaus J, ob. cit., p. 11.

¹⁵⁶ COGNAC, Pierre-Henri, ob. cit., p. 417.

¹⁵⁷ Na doutrina italiana, o conceito de interesse do grupo começou a ser delineado por Giuseppe Ferri há alguns anos. O mencionado jurista reconhecia na sociedade por ações um fenômeno de grupo. Entretanto, Ferri tinha uma visão de interesse social fortemente marcada pelo caráter contratualista clássico, em que concebia no interesse social apenas os sócios atuais. Cf. JAEGER, Pier Giusto. *Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*. In *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. 1. Milano: Giuffrè. p. 796.

Constitui o interesse de grupo um interesse comum a todas as sociedades que o compõem, distinto do interesse da sociedade controladora e do interesse individual de cada sociedade¹⁵⁸. O doutrinador italiano MONTALENTI¹⁵⁹, além de defender esta ideia, entende que o relacionamento de poder existente nos grupos deve ser reconhecido como uma relação jurídica e não meramente de poder. Para o autor, apesar de a atividade de coordenação e direção ser uma atividade de fato, ela é devidamente regulamentada pela legislação italiana. Esta estabelece um poder legítimo e um limite ao poder de ingerência da sociedade controladora, qual seja o critério da vantagem compensativa¹⁶⁰.

O interesse de grupo acarreta a limitação do interesse da sociedade subordinada. Na Itália, tem-se como um exemplo de entendimento acerca de interesse de grupo “[...] *l’interesse di gruppo è un interesse distinto e comune alla capogruppo e alle diverse società del gruppo che corrisponde alla logica aziendale di gruppo, si estrinseca nei piani strategici di gruppo e si attualizza nell’attività di direzione e coordinamento.*”¹⁶¹.

Interessante é a previsão da legislação portuguesa, no artigo 503 do CSC, segundo o qual “podem ser dadas instruções desvantajosas para a sociedade subordinada, se tais instruções servirem os interesses da sociedade directora ou das outras sociedades do mesmo grupo.”. Sobre este artigo, COUTINHO DE ABREU entende que “Não me parece apropriado o uso de “interesse do grupo” para significar (como símil do “interesse social” ou interesse de singular sociedade) *interesse comum a todas as sociedades* integradas no grupo e prevalecendo sobre o interesse de cada uma delas, ou interesse de entidade

¹⁵⁸ Cf. MONTALENTI, Paolo. *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell’impresa nei gruppi di società*. In AA.VV. La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per I quarant’anni di giurisprudenza commercial. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 38. Milano: Giuffrè, 2015, p. 175.

¹⁵⁹ “*In conclusione, la revisione della teoria atomistica del conflitto di interessi deve a mio avviso fondarsi sull’idea che la compatibilità con l’interesse sociale dell’interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell’operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale né necessariamente quantitativo.*” MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1643.

¹⁶⁰ Neste sentido, o grupo empresarial deve ser reconhecido como uma pluralidade de empresas coligadas por um nexos de coordenação unitário. Este é expresso pela dinâmica que a empresa individual dá a uma prospectiva estrategicamente convergente. Deve-se ressaltar que esta ideia é contrária ao entendimento de outros doutrinadores italianos (como G. Scognamiglio). Cf. MONTALENTI, Paolo. *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell’impresa nei gruppi di società*. In AA.VV. La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per I quarant’anni di giurisprudenza commercial. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 38. Milano: Giuffrè, 2015, p. 176.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 182.

superior, assente em unidade empresarial (empresa policorporativa, empresa plurissocietária), a que se subordinam os interesses de cada uma das suas componentes.”¹⁶².

No Brasil, o art. 276 da LSA reconhece nos grupos convencionais a existência de um “interesse comum do grupo”, que seria diferente do interesse da sociedade controladora, nos limites da convenção grupal. Nos grupos de direito, por haver maiores mecanismos de compensação e proteção aos credores e acionistas minoritários, tal interesse pode ser justificado.

No que toca aos grupos de fato, deve ser respeitado o art. 115 da LSA, que protege a sociedade dos votos dos acionistas eivados por conflito de interesse. Neste caso, o voto da sociedade dominante contrário ao interesse da sociedade dominada seria anulável¹⁶³. Ademais, o voto proferido pela sociedade controladora em situação de conflito de interesse pode caracterizar a situação de abuso do poder de controle, conforme preceitua claramente o art. 117, § 1º, a) e 246, ambos da LSA¹⁶⁴. O art. 115 tutela o dano em potencial, enquanto o art. 246 tutela um dano já sofrido pela sociedade controlada.

Consoante análise realizada, o interesse do grupo de sociedades é uma criação jurídica que é amplamente aceita em países como França e Itália. Apesar disso, o reconhecimento desse interesse é alvo de amplo debate doutrinário em que são apontados seus aspectos negativos – e, para alguns autores, sua inconsistência. Diante disso, passa-se ao estudo das principais críticas ao reconhecimento do interesse do grupo.

¹⁶² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Direito de dar instruções*. Art. 503º. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 287.

¹⁶³ Neste sentido: “Ora, o controlador, mais do que a qualquer dos outros participantes, compete o dever de atuar em vista da realização dessa finalidade; não só pelo exercício do voto, mas também fora da assembleia, definindo a política empresarial e fazendo-a aplicar, pelo órgão administrativo. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 315.

¹⁶⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XXVI, n. 51 Julho-Setembro de 1983, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 29-32.

1.4.2 Críticas ao interesse do grupo

A regulamentação dos grupos de sociedades na União Europeia caminha no sentido de haver o reconhecimento do interesse de grupo¹⁶⁵. Ocorre que proceder com o reconhecimento do chamado interesse de grupo requer algumas precauções por parte do legislador.

Objeto de bastante debate na doutrina é o fato de que não há uma conceituação pacífica sobre interesse de grupo. Isto é algo bastante preocupante para os comercialistas, especialmente os que defendem a doutrina tradicional alemã. Justifica-se que o administrador de uma sociedade controlada possa acatar instruções prejudiciais à sociedade que administra exaradas pela sociedade controladora com base no interesse do grupo. Entretanto, o que é exatamente *interesse do grupo*? A incerteza ou a variedade de respostas dessa pergunta pode causar grande insegurança jurídica aos operadores do direito.

O problema do interesse de grupo é estabelecer em que medida a sociedade controladora pode limitar a autonomia das decisões da sociedade controlada e até que ponto pode impor ordens a esta. Ainda, é necessário delimitar o que é o legítimo exercício de poder da sociedade dominante e a indevida restrição da esfera de autodeterminação privada da sociedade controlada.

A doutrina ainda não definiu um conceito claro de interesse de grupo. Ao intérprete jurídico restam algumas opções: (i) o interesse de cada sociedade; (ii) um conjunto de interesses ponderados; (iii) um interesse único que compreende todas as sociedades; ou (iv) o interesse da sociedade controladora (que é o que predomina).

Para o doutrinador COUTINHO DE ABREU – na defesa do interesse social a partir de uma concepção contratualista –, o grupo de acionistas de controle, por não ser titular do interesse social, deve (como sócio) votar sempre no sentido do interesse da sociedade, que é o fim lucrativo¹⁶⁶. O interesse social pode ser modificado pela maioria,

¹⁶⁵ Neste sentido são os entendimentos do *Forum Europeum on Group Law* e do *European Model Company Act*.

¹⁶⁶ Nas palavras Coutinho de Abreu: “Assim sendo, podem confrontar-se nas assembleias gerais interesses sociais diversos. A quem cabe escolher? À maioria. É ela que vai determinar qual o bem, qual o meio mais apto a conseguir o máximo de lucro. É ela que delibera o interesse social em concreto. Contudo, repita-se, a maioria, ou melhor, o grupo de controlo não é o titular do interesse social. Cabe-lhe decidir no quadro do interesse da sociedade – tendo o fim lucrativo como ‘estrela polar’. Se assim não suceder, tem de aceitar-se a impugnabilidade das deliberações.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito. Ensaio de um*

mas sempre será o escopo de lucro da sociedade. Nessa linha, uma deliberação desvantajosa do grupo de acionistas de controle seria uma deliberação abusiva¹⁶⁷.

Apesar de muita construção sobre o interesse do grupo e de se afirmar que passaria a existir um interesse geral, os grupos de sociedades fáticos não formam uma nova empresa, são várias sociedades que são juridicamente distintas, bem como apresentam patrimônio distinto. A doutrina italiana apresenta uma solução ao mencionado conflito de interesse, com a criação da teoria das vantagens compensatórias como limite ao interesse de grupo. Entretanto, mesmo após dez anos de aplicação da lei italiana, ainda não há respostas sólidas sobre sua efetiva eficácia.

Outro aspecto importante acerca dos grupos de sociedades é o de responder se eles devem ser considerados um *grupo de empresas* ou uma *empresa de grupo*. Se os grupos de sociedades forem considerados como uma *empresa de grupo*, isto acarretará importantes consequências como a facilitação do reconhecimento de um interesse do grupo¹⁶⁸. Nessa perspectiva, interessante é o entendimento de COUTINHO DE ABREU, que considera que “[...] o grupo de sociedades é, em geral, não uma empresa, mas um conjunto de empresas (em sentido objetivo e subjectivo). Mas, acrescento, um conjunto de empresas encadeadas.”¹⁶⁹. Ademais, conforme o autor, partindo-se do pressuposto de que um grupo constitui um conjunto de empresas¹⁷⁰ e que não pode ser concebido como uma

critério em direito civil e nas deliberações sociais. Reimpressão da edição de 1999, Coimbra: Almedina, 2006, p. 121.

¹⁶⁷ Coutinho de Abreu conceitua abuso de direito como: “Em regra, uma deliberação social é abusiva quando, sem violar específicas disposições da lei ou dos estatutos da sociedade, é susceptível de causar ao(s) sócio(s) minoritário(s) um dano – a que corresponde, ou uma não desvantagem, ou uma vantagem para o(s) sócio(s) maioritário(s) –, assim contrariando o interesse social.” *Ibidem*, p. 136.

¹⁶⁸ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina: Coimbra, 1999, pp. 245-272.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 271.

¹⁷⁰ Coutinho de Abreu traça sobre o interesse de grupo ao defender que um grupo de sociedades não pode ser considerado como uma empresa, mas sim como um conjunto de empresas: “Poderá considerar-se legítimo o emprego de “interesse de grupo” enquanto (simplificadora) locução-resumo – significando “os interesses da sociedade diretora [ou totalmente dominante] ou das outras sociedades do grupo” justificadores do sacrifício dos interesses da sociedade subordinada (ou totalmente subordinada): art. 503º, 2, do CSC. Não me parece legítimo o seu emprego para significar um interesse comum a todas as sociedades do grupo, interesse pelo qual se deveria pautar o comportamento dos órgãos de cada uma delas. Um grupo de sociedades (não paritário) baseia-se, não numa coordenação para fins comuns, mas numa subordinação para fins (fundamentalmente) unilaterais. A sociedade diretora tem o direito de denegar o interesse social das subordinadas, se com isso forem satisfeitos lícitos interesses dela própria ou (caso existam) de outras sociedades do grupo. E é por destes interesses não comungarem as sociedades sacrificadas que se impõe uma tutela especial dos sócios minoritários e credores da mesma. Por outro lado, a assembleia geral (ou conjunto dos sócios) – quanto às matérias da sua competência exclusiva –, e os órgãos de administração (quando não instruídos pela diretora) das sociedades subordinadas não têm o direito (nem o dever) de se guiarem por qualquer “interesse de grupo” (quer seja entendido como interesse comum a todas as sociedades-membros,

única empresa para o direito das sociedades¹⁷¹, torna-se ainda mais difícil derrogar as regras de conflito de interesse em favor do reconhecimento do *interesse do grupo*.

O reconhecimento do interesse de grupo sem uma definição precisa reflete uma maior insegurança aos acionistas e investidores das sociedades controladas, uma vez que elas estarão submissas a um interesse que não é o seu. Talvez em momentos de crise econômica, nos quais há mais propensão para que ocorram danos às sociedades, o conceito de interesse de grupo pode ser pressuposto para um abuso de poder por parte da sociedade controladora e fragilização das proteções conferidas aos acionistas minoritários e aos credores da controlada. Afinal, é difícil (talvez impossível) pensar que tal interesse seja diferente do interesse da sociedade controladora¹⁷².

Por certo é que antes da criação de regras relativas ao interesse de grupo deve haver uma definição precisa do que ele é. Além disso, uma regulamentação de grupo de sociedades deve relevar a importância que tais empresas plurissocietárias têm não só para a economia, mas para toda a coletividade¹⁷³. Apesar das críticas mencionadas, não há como não considerar a possibilidade do reconhecimento de interesse social de grupo. Entretanto, isto deve ser limitado a um critério¹⁷⁴ de tutela efetiva dos acionistas minoritários e dos credores sociais da sociedade controlada¹⁷⁵.

quer como interesse da diretora ou de outras sociedades do grupo), com sacrifício do interesse próprio das sociedades de que são órgãos; têm antes o dever de não actuarem em desconformidade com esse interesse próprio.” *Ibidem*, pp. 269-270.

¹⁷¹ Cf. *Ibidem*, pp. 245-272.

¹⁷² Nesse mesmo sentido é a opinião da jurista portuguesa Ana Parestrelo de Oliveira: “Não é pensável, por esse motivo, a verificação de um conflito entre o “interesse do grupo”, caso esse exista, e o interesse da sociedade dominante, em termos tais que os administradores desta sociedade deem aos administradores da subordinada instruções vinculativas contrárias ao interesse social da respectiva sociedade. Mesmo quando em dado momento se vise o interesse imediato de outra ou outras empresas integrantes do grupo, tal sucede, inevitavelmente, em função do interesse da própria sociedade-mãe e não no interesse daquelas outras sociedades.” Cf. OLIVEIRA, Ana Parestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 229-230.

¹⁷³ De acordo com Fábio Comparato: “Seguindo os ditames da justiça econômica e social, assinala-se aí, como objetivo da sociedade anônima não apenas o interesse social *stricto sensu*, mas, igualmente, o interesse da empresa e do bem público. O controlador é o principal responsável pela consecução desses fins, titular, como é, do poder soberano.” COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 316.

¹⁷⁴ Como se propõe a ser mecanismo de vantagens compensatórias da legislação doutrina italiana.

¹⁷⁵ Em sua revisão sobre o interesse social, JAEGER percebe o interesse de grupo a partir de uma perspectiva mais institucionalista. O autor considera o mencionado interesse como externo à sociedade em que figura, além do interesse dos sócios (com o seu natural interesse ao aumento do valor de suas participações sociais), o dos trabalhadores, dos credores e, inclusive, da estabilidade do sistema econômico. Neste sentido: “*Appurato ciò, si propone di considerare l’interesse di gruppo come uno degli altri interessi che dovrebbero emergere là dove l’impresa è organizzata in forma di gruppo: accanto all’interesse dei soci (alla massimizzazione degli utili) sarebbero, infatti, ipotizzabili altri interessi, come quello dei lavoratori e quello*

2. Principais modelos de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades

Demonstrado que o fenômeno de grupo de sociedades é uma realidade jurídica indubitável e que há necessidade de uma regulamentação jurídica adequada¹⁷⁶, passa-se ao estudo de alguns modelos de legislações existentes. Isto é importante para a posterior análise das tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades.

A regulamentação dos grupos de sociedades pode ocorrer através de dois modelos¹⁷⁷: (i) regulação global; e (ii) regulação parcial. O primeiro modelo ocorre através da criação de normas próprias ao direito de grupos no direito de sociedades – em que os grupos podem ser concebidos por um modelo contratual ou orgânico¹⁷⁸. Em diferente sentido, o modelo parcial regula os grupos, na maioria das vezes, através das regras gerais do direito comercial e do direito privado em geral, havendo poucas regras especiais aos grupos. Por entender-se que as regras de direito comercial e do direito civil são insuficientes para regulamentar os grupos de sociedades, o presente capítulo terá como objetivo principal a análise das regras específicas ao direito de grupos¹⁷⁹.

della stabilita del sistema economico, nonché quello di gruppo. [...] Detto questo, si deve pero osservare che se questa tese appare, a prima vista, tale de legittimare il sacrificio degli interessi dei soci delle società controllate, essa comunque richiede che – come contropartita – vi sia un ‘vantaggio compensativo’ per le società controllate (e, quindi, per gli azionisti delle stesse società).” JAEGER, Pier Giusto. *Interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)*. In *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. 1. Milano: Giuffrè, p. 811.

¹⁷⁶ Cf. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 38-46

¹⁷⁷ Cf. a divisão sugerida por Engrácia Antunes *Ibidem*, pp. 166-176.

¹⁷⁸ Cf. *Ibidem*, p. 168.

¹⁷⁹ Contudo, cabem algumas notas sobre os grupos de sociedades no *Common law*. Na jurisdição inglesa, as sociedades comerciais são reguladas, principalmente, pelo *Companies Act 2006* e por *leading cases* relacionados às lei e aos costumes mercantis ingleses. Entretanto, a mencionada lei não conceitua grupos de sociedades. Limita-se a reconhecer o relacionamento entre sociedade controladora e sociedade subordinada, permitindo que aquela sociedade seja proprietária de ações da sociedade subordinada (cf. art. 136 do CA 2006). Além disso, estabelece regras acerca do conflito de interesses nesta relação. Cabe mencionar que o CA 2006 é uma lei sucinta (apesar de ser o texto legislativo mais longo do ordenamento jurídico inglês). Sua brevidade deve-se ao fato de que se trata de uma norma jurídica do Sistema *Common Law*, de forma que os precedentes jurisprudenciais são importantes fontes para dirimir litígios envolvendo grupos de sociedades. Cf. LEMME, Giuliano. *Il diritto dei gruppi di società*. Manuali dell'Associazione Disiano Preite. Bologna: il Mulino, 2013, p. 98.

Existe, porém, uma definição geral de sociedade controladora e de sociedade subsidiária no CA 2006 (art. 1159). Considera-se que uma sociedade controla outra quando possui a maioria dos direitos de votos ou possui poderes para eleger a maioria do conselho de administração, através de poderes próprios ou de acordos com outros sujeitos, mesmo que o controle seja exercido em cadeia de sociedades. HANNIGAN. Brenda. *Company Law*. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 16-17.

Nesse diapasão, estudar-se-á: primeiramente, a doutrina da Alemanha, por sua importância relativa ao pioneirismo legislativo e por ser a principal referência na sistematização dos grupos de sociedades; as regulamentações realizadas no Brasil e em Portugal, diante da pertinência de ambos os países para o presente estudo; o modelo italiano, que (com a reforma do CC/IT ocorrida em 2003) representa um novo paradigma de regulamentação e coordenação, pautado pelo interesse de grupo e pelo mecanismo de compensação criado a partir de uma perspectiva orgânica de grupo; e, por fim, o modelo espanhol como um exemplo de legislação com regulamentação parcial.

2.1 Alemanha: a primeira experiência em regulamentação de grupos de sociedade

A concentração de capitais impulsionada pela Revolução Industrial ocorreu de forma bastante acentuada na Alemanha¹⁸⁰, de modo que o fenômeno da concentração de sociedades comerciais predominava¹⁸¹. Diante da importância econômica disso, a regulamentação dos grupos de sociedades começou a ser debatida nas décadas de 1920 e 1930 na Alemanha, o que resultou na introdução em sua legislação de algumas noções fundamentais sobre os grupos de sociedades em 1937. Todavia, estas não geraram grandes consequências práticas.

Em virtude do crescente fenômeno de concentração econômica de empresas vivenciado, principalmente, após a II Grande Guerra, e com o descontentamento do setor empresarial em relação à legislação comercial vigente, foi criado um projeto de lei

O ordenamento britânico, apesar de não prever ação contra a sociedade controladora por abuso de direção, tende a reconhecer pela via jurisprudencial o princípio da autonomia da personalidade jurídica das sociedades que estão em relação de grupo e, diante disso, do direito de não sacrificarem o seu próprio interesse em virtude do interesse da controladora. Como principal meio de proteção dos credores em hipóteses de abuso da personalidade jurídica, tem-se a desconsideração da personalidade jurídica.

No direito dos EUA, o *Principles of Corporate Governance* prevê regra de *Duty of fair dealing of Controlling Shareholders*, no qual se indicam as regras de transações comerciais entre sócio de controle e sociedade controlada e regras de conduta da sociedade controladora baseado num “*fair dealing test*” e na autorização do sócio minoritário ou de administrador independente como instrumento para prevenir conflito de interesse no grupo de sociedades. Cf. MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società*. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1631.

¹⁸⁰ Países como EUA, Inglaterra e França, onde a livre concorrência gerou o concentracionismo. Em sentido oposto, na Alemanha e no Japão (com o fenômeno dos *Zaibatsu*) ocorreu uma prática concentracionista que, muitas vezes, era incentivada pelo próprio Estado como forma de proteger a oligarquia. Sobre o fenômeno concentracionista que ocorreu na Alemanha e no Japão, ver CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 341-358.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 350.

acionária, o Projeto Ministerial de 1958¹⁸². Este projeto foi importante para a evolução do direito dos grupos na Alemanha, pois trouxe a discussão de conceitos inovadores, como a distinção de grupos de sociedades entre grupos de fato e grupos de direito.

No mencionado projeto de lei acionária, a regulação dos grupos de fato foi tratada de forma bastante rígida no que toca à responsabilidade civil da sociedade dominante, uma vez que “A ideia reguladora subjacente a este conceito foi incitar a celebração de contrato de subordinação se houvesse intenção de utilizar a influência dominante.”¹⁸³. Diante dessa severidade legislativa, o projeto de lei em análise não obteve sucesso.

Regular os grupos de sociedades continuou sendo um desejo da sociedade alemã, de modo que em 1965 surgiu a *Aktiengesetz* (AktG), lei acionária que disciplinou o direito dos grupos de sociedades (*Konzernrecht*). As normas sobre grupos de sociedades na legislação alemã estão basicamente disciplinadas nos §§15-22 e §§291-328 da AktG.

A AktG, apesar de seu pioneirismo, foi bastante tardia ao complexo fenômeno organizativo dos grupos de sociedades, o que já era uma realidade empresarial¹⁸⁴. Desde então, essa é a principal referência internacional de uma regulamentação legislativa sistemática dos grupos empresariais¹⁸⁵.

Por ser uma lei de caráter protetivo, a AktG ocupa-se, principalmente¹⁸⁶, da tutela dos direitos dos sócios minoritários e dos credores das empresas subordinadas em uma relação de grupo (*Schutzrecht*)¹⁸⁷. Todavia, essa proteção é mais branda que a prevista no projeto de 1958.

Os grupos de sociedades são chamados de *Konzern*¹⁸⁸ na Alemanha e a AktG não apresenta uma definição precisa sobre eles, resumindo-se a elencar mecanismos de

¹⁸² KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Os grupos no Direito Societário Alemão*, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 09.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 09.

¹⁸⁴ GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*, Torino: UTET, 2001, p. 3.

¹⁸⁵ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*, 2012, p. 269.

¹⁸⁶ Entretanto, parte da doutrina alemã, através da chamada “Escola de Lutter”, “[...] vem reivindicando a necessidade de se desenvolver (a par com a tradicional dimensão protecionista) a dimensão organizatória do direito dos grupos (problemática da formação, direção, controlo, financiamento, etc., dos grupos).” Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina: Coimbra, 1999, p. 250.

¹⁸⁷ O direito alemão não tinha uma perspectiva fundamentalmente protetora antes da sistematização dos grupos de sociedades. Cf. GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 2.

¹⁸⁸ *Konzern* pode ser definido como “[...] grupo de empresas juridicamente independentes e autônomas (pessoas jurídicas) que, não obstante, obedecem a uma direção única, que se costuma chamar de gestão unitária.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.

identificação. O ponto inicial para a conceituação de um grupo de sociedades é que ele é formado por uma combinação de sociedades legalmente independentes¹⁸⁹ e saber quando isso ocorre é fundamental. Em virtude disso, a legislação alemã apresenta diferentes formas de reconhecimento conforme a matéria jurídica. Há, assim, classificações diferentes para áreas do direito¹⁹⁰.

De acordo com a legislação em estudo, há grupo de sociedade quando existe dependência de uma sociedade em relação a outra. Os grupos societários são agrupações de sociedades em que a direção é unificada por uma sociedade dominante e há sociedade(s) dependente(s), conforme o § 18, I, 1 da AktG.

Diante disso, muito importante é o conceito de dependência, o qual é aferido através da seguinte presunção: há dependência quando uma sociedade detém a maioria dos votos na assembleia geral de outra sociedade, o que acarreta a possibilidade de determinar a maioria dos membros do conselho de administração¹⁹¹. Com isso, nota-se que o conselho de administração de uma sociedade agirá conforme o interesse do acionista majoritário, que é quem tem o poder de admitir ou dispensar os membros deste conselho. Há, nesta hipótese, um aparente conflito de interesses.

A estrutura de grupos é diferente da tradicional do direito societário das sociedades individuais. Nesse sentido, o regime de grupo de sociedades afasta o regime tradicional na medida em que derroga a independência das sociedades, mas as mantém com a sua personalidade e patrimônio. Esta é a paradoxal realidade das sociedades plurissocietárias, em que o direito societário encontra dificuldade para traçar um conceito geral.

Um grupo de sociedades não é uma pessoa jurídica e, por isso, não é reconhecido como titular da empresa¹⁹². Assim, um grupo de sociedades é constituído por diferentes empresas com independência jurídica. Isto provoca problemas, especialmente em relação

¹⁸⁹ Conforme os ensinamentos de Ulrich Immenga: “*Its starting point is a combination of legally independent companies in one group. The decisive question of classification is when such a combination exists.*” IMMENGA, Ulrich. *The Law of Corporate Groups in the Federal Republic of Germany*. In WYMEERSCH, Eddy [coord.]. *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 85.

¹⁹⁰ Sobre essas diferentes formas de classificação, ver *Ibidem*, pp. 87-94.

¹⁹¹ KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Os grupos no Direito Societário Alemão*, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 12.

¹⁹² SCHIMIDT, Karsten. *Derecho Comercial: Traducción de la 3ª edición alemana*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 105.

ao direito externo dos grupos, que não podem ser solucionados pela negação de sua independência.

Na Alemanha, há uma forte distinção entre o acionista privado e o acionista pessoa jurídica, assim como na doutrina inglesa¹⁹³. Aplicam-se os preceitos relativos aos grupos de sociedades nas hipóteses em que o acionista controlador seja uma sociedade. Contudo, essa distinção não é absoluta no direito alemão. O objetivo desta distinção é diferenciar as hipóteses em que há um conflito de interesses entre o sócio controlador e os sócios minoritários e credores da sociedade. Dessa forma, quando o acionista controlador for uma empresa, geralmente haverá o mencionado conflito¹⁹⁴.

Todavia, a opinião do Tribunal Supremo da Alemanha e amplamente defendida na doutrina alemã é de que podem existir situações em que o sócio controlador é uma sociedade comercial e não há conflito de interesse (não se aplicando os dispositivos relativos a grupos de sociedades), bem como de situações de sócios individuais em que existe conflito de interesse, hipótese em que se aplicam as regras atinentes a grupos empresariais¹⁹⁵.

A legislação alemã distingue os grupos de direito (ou convencionais/contratuais) dos grupos de fato. Embora a intenção do legislador fosse que as empresas aderissem majoritariamente ao modelo de grupos de direito, elas buscaram o modelo que mais

¹⁹³ A doutrina inglesa trata disso especialmente no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica: “*Whilst the individuals who have shares in a small private company may also be its controllers, their position is not analogous to that of a parent company because they could personally be ruined in the event of lifting the veil to make them liable for the company’s debts; lifting the veil between parent and subsidiary company might make the parent insolvent but the shareholders in the parent would be still be shielded from personal liability by limited liability that they would continue enjoy in respect of their investment.*” FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 32-33.

¹⁹⁴ Koppensteiner argumenta que o embasamento deste entendimento pela doutrina alemã é o fato de que os interesses de um acionista individual e de uma empresa acionista são diferentes, o que gera consequências relativas à existência de conflito de interesses. No caso do acionista individual, considera-se que não há conflito, pois, geralmente, os seus interesses são os mesmos da empresa. Quando o acionista dominante é uma empresa, está-se diante de uma hipótese de evidente conflito de interesses: “Neste caso, há um conflito porque a maioria empresarial utilizará normalmente a sua influência para enriquecer, a custo da sociedade dependente, quer dizer, a custo dos acionistas minoritários e dos credores da mesma.” KOPPENSTEINER, Hans-Georg, ob. cit., p. 12.

¹⁹⁵ Sobre este assunto, interessante é a reflexão de Koppensteiner: “O tribunal supremo (BGH) e a opinião dominante da doutrina defendem uma resposta positiva, consistindo o argumento decisivo na presença do conflito de interesse que se encontra na base da noção de empresa. [...] Acrescente-se uma nota terminológica. A empresa é normalmente definida como conjunto (organização) de coisas e pessoas a fim de realizar um objectivo económico. Por isso distinguimos entre empresa e seu detentor (o empresário). Só este último tem capacidade jurídica. Ora, as normas relacionadas com grupos pressupõe esta capacidade. “Empresa” neste contexto designa em verdade o detentor da empresa.” KOPPENSTEINER, Hans-Georg, ob. cit., p. 12.

vantagens lhes trouxessem, que foi o grupo de fato. Diante disso, cabe realizar uma análise das regras inerentes a ambos os tipos de grupos, iniciando-se pelos grupos convencionais.

O direito alemão possui uma base contratual para o direito de grupos, o que foi incentivado pelo direito tributário, em virtude do reconhecimento do *Organschaft*. Afinal, um dos objetivos da AktG foi encontrar uma forma de organização que melhor se adequava a uma combinação de interesses de diferentes sociedades, em que os principais questionamentos eram relacionados a questões contratuais¹⁹⁶. Em razão disso, tem-se a criação dos grupos de direito na Alemanha.

No sistema alemão, quando há o reconhecimento da validade de um grupo de direito, formado por um contrato de dominação devidamente inscrito no Registro Mercantil, a autonomia das sociedades controladas é amplamente eliminada através do reconhecimento do interesse do grupo¹⁹⁷. Isso acarreta uma mudança de paradigma na forma como as sociedades são organizadas e administradas, além de consequências em questões relacionadas à responsabilidade civil.

O ponto central da regulamentação dos grupos de direito é a aproximação dos interesses da companhia controlada aos interesses da companhia controladora, uma vez que esta passa a ter o direito de dar instruções à companhia controlada, mesmo que prejudiciais a esta. Para tanto, exige-se que as instruções sejam em favor do desenvolvimento do grupo como um todo.

Em consequência do direito da sociedade dominante dar instruções para a sociedade dominada, há o dever de cumprimento dos administradores da sociedade dominada de tais determinações, mesmo que prejudiciais à sociedade que administram. Além disso, ilide-se a responsabilidade dos administradores das sociedades dominadas quando estes cumprem ordens advindas da sociedade dominante. Neste caso, os administradores da sociedade dominante são os responsáveis por eventuais danos que possam ocorrer na sociedade dominada.

Em contrapartida a este direito, a lei prevê mecanismos de responsabilidade com o objetivo de proteger os credores e acionistas minoritários da sociedade controlada. Tendo em vista que o principal limite ao poder de controle é o interesse social da sociedade

¹⁹⁶ IMMENGA, Ulrich. *The Law of Corporate Groups in the Federal Republic of Germany*. In WYMEERSCH, Eddy [coord.]. *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 85.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 102.

controlada, estes mecanismos são indispensáveis quando existe subordinação do interesse social da sociedade controlada ao interesse do grupo.

Com relação aos danos causados aos credores e aos sócios da sociedade dominada, eles podem reclamar judicialmente os prejuízos sofridos em face da sociedade dominada. Quando esta não ressarcir os prejuízos, podem demandar a sociedade dominante¹⁹⁸.

Outra consequência da criação do grupo de direito é a derrogação da regra que proíbe a transferência de patrimônio da sociedade para os acionistas. Em resposta a isso, tem-se a criação de regras que garantem a preservação do patrimônio da sociedade dominada, com o objetivo de proteger os credores e os acionistas minoritários da sociedade controlada¹⁹⁹.

No que toca à tutela dos acionistas minoritários, a lei alemã prevê duas formas de proteção: uma forma de compensação anual, conforme o §304 da AktG; e o direito de saída (*right of withdrawal*) do acionista minoritário. Este ocorre mediante compensação relativa a sua quota-parte da sociedade, que pode ser na forma de ações da sociedade controladora ou mediante compensação monetária²⁰⁰. No caso de aquisições tendentes ao domínio total, ou seja, 90% ou mais das ações, há um direito de comprar todas as ações e eliminar os acionistas minoritários²⁰¹.

Em relação aos credores da sociedade controlada, a AktG também estabeleceu proteções. Afinal, os credores podem (e geralmente são) indiretamente lesados por instrução prejudicial da sociedade controladora quando, em razão disso, a sociedade controlada não tem condições de pagar seus débitos. As principais formas de proteção dos credores são: o dever de, no momento do término do contrato de grupo, a sociedade dominante garantir o patrimônio da sociedade dominada existente no início do contrato; e

¹⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, p. 356.

¹⁹⁹ KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Os grupos no Direito Societário Alemão*, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

²⁰⁰ Há na Alemanha divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de como calcular o valor de cada ação a ser compensada. A atual posição do Tribunal Constitucional é de que a compensação deve ser no valor que o acionista poderia ter se liquidasse suas ações na bolsa (método direto), a não ser que o valor seja maior pelo cálculo indireto (que era o entendimento antigo da jurisprudência), qual seja, “[...] uma avaliação do valor da empresa (no qual o requerente tinha participação) ou das empresas participantes (caso as participações tivessem de ser trocadas). O segundo passo era relacionar o número de participações detidas com o número total. O valor da indenização deduzia-se, por fim, da multiplicação da percentagem pelo valor da empresa (método indireto). Quanto ao método para apreciar o valor da empresa, reconhece-se hoje que o alvo não pode ser consistir em avaliar a substância, mas sim o potencial de rendimento”. Ver *Ibidem*, pp. 29-30.

²⁰¹ Cf. *Ibidem*, p. 27.

o dever de a sociedade dominante garantir o pagamento das dívidas verificadas ao término do contrato de grupo²⁰².

Nos grupos de fato, a influência dominante é baseada na existência de poder de controle de uma companhia legalmente independente em relação a outra, de modo que há uma dependência de fato. Os grupos de fato são regulados de acordo com o princípio da garantia constitucional da propriedade. Em virtude disso, o legislador alemão considerou as sociedades independentes, mesmo que fossem dependentes. Isto objetivou assegurar a integridade de seu patrimônio e do seu potencial empresarial²⁰³.

A existência dos grupos de fato é justificada teleologicamente pela ordem sistemática do direito alemão²⁰⁴. Ora, se existe uma proteção jurídica aos acionistas e aos credores da sociedade controlada nos grupos contratuais, isso também deve existir nos casos de controle intersocietário, ou seja, nos grupos de fato deve haver limitações ao poder de controle. Assim sendo, “De outra maneira, não só haveria uma inconsistência da lei, mas também a desvalorização do contrato de empresa. O motivo da celebração de um contrato de domínio ficaria muito enfraquecido, se o resultado – domínio – pudesse ser atingido com menor dispêndio.”²⁰⁵.

Nos grupos de fato é vedado o exercício de influência desvantajosa por parte da sociedade dominante (§304)²⁰⁶. Para assegurar isso, a lei alemã exige um relatório que

²⁰² A existência de regras de proteção não quer dizer que é possível restabelecer o *status quo* da sociedade dominada antes de entrar no grupo. Isto é algo praticamente impossível. Após uma sociedade passar a integrar um grupo, ocorrem mudanças em diversos níveis de forma que, apesar de haver o restabelecimento do balanço financeiro, a companhia jamais será a mesma. Ademais, o legislador alemão demonstrou ter consciência de que, apesar de haver estes mecanismos de proteção aos sócios minoritários e aos credores da sociedade controlada, uma sociedade que ao término da relação de grupo apresenta-se em grandes dificuldades financeiras mostra capacidade de sobrevivência limitada. Nas palavras de Koppensteiner: “[...] Como contrapartida, temos normas que garantem a conservação do patrimônio da SA existente no início do contrato, destacando-se como a mais importante obrigação compulsiva de compensar anualmente as perdas da sociedade (§302). Acresce o dever de garantir o pagamento das dívidas existentes no momento do termo do contrato (§303), que se transforma numa obrigação de pagar se a SA entrar em insolvência. Esta disposição demonstra uma confiança limitada do legislador na capacidade de sobrevivência da SA após o termo do contrato. A compensação das perdas só assegura, de facto, o patrimônio de balanço e não a sua composição. De resto, não impede a transferência de reservas disfarçadas antecedentes à conclusão do contrato. Finalmente, não há nada para contrabalançar o risco de insolvência da entidade dominante.” *Ibidem*, p. 15.

²⁰³ *Ibidem*, p. 16.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 17.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 17.

²⁰⁶ Interessante é o conceito de desvantagem no direito alemão: “A desvantagem (“Nachteil”) compreende-se como resultado de um comportamento que o administrador de uma SA independente não teria tido, se tivesse agido com a diligência apropriada.” *Ibidem*, p. 17.

contenha balanço de todas as operações entre as empresas de fato coligadas, o que tem como objetivo assegurar que não haja desvantagem para a empresa dominada.

Na hipótese de haver desvantagem, o AktG prevê um sistema de compensação²⁰⁷. A sociedade controlada pode requerer que a sociedade controladora e os administradores de ambas façam a compensação dos prejuízos causados por instrução desvantajosa. Entretanto, o problema deste mecanismo de segurança é a definição concreta da desvantagem, ou seja, a sua quantificação (problema que também existe na doutrina italiana das vantagens compensatórias)²⁰⁸.

Nos grupos de fato, os administradores da sociedade dominada devem responder aos interesses da sociedade que administram e não aos interesses da sociedade dominante (como ocorre nos grupos de direito, em que pode haver instruções desvantajosas). Assim, o limite do poder de controle é o interesse social da sociedade dominada.

Um aspecto bastante relevante é a tendência jurisprudencial de reconhecimento do *grupo de fato qualificado* ou *qualifizierter faktischer Konzern*. Esta é uma construção do Tribunal Supremo da Alemanha. Trata-se de um fenômeno que ocorre “[...] quando a intensidade do domínio exercido é de tal ordem que conduz a sujeição da sociedade dependente à direção da sociedade dominante, sem já ser possível individualizar instruções singulares e respectivos efeitos [...]”²⁰⁹. Entendimento consagrado é que nos grupos de fato os sócios devem respeitar o interesse da sociedade dominada no sentido de ela permanecer capaz de satisfazer seus débitos. Quando isso é excedido e a sociedade dominante passa a exercer a direção unitária (típica dos grupos convencionais) sem que haja uma convenção

²⁰⁷ Nesse sentido: “A disciplina dos grupos de facto assenta, por um lado, na proibição primária de causar danos à sociedade dependente (proteção *ex ante* ou preventiva) e no correspondente dever de compensação das vantagens individuais provocadas (§ 311: proteção *ex post* ou repressiva).” Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012, p. 63.

²⁰⁸ Nesse sentido: “*In the de facto group – i.e., control by the parent without such a group contract – the parent must fully compensate any subsidiary at the end of the year for all acts and transactions caused by a parent that are contrary to the subsidiary’s own interest. This rule is complemented by a mandatory group report of the directors of the parent, by group audit, examination by the supervisory board of the parent, and by the right of each shareholder or parent to have an investigation at the order of the court. Yet the efficacy of these mechanisms is an open question. Furthermore, new case law established the liability if the shareholders for threatening the solvency of the corporations in closely held firms.*”. HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 10.

²⁰⁹ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012, p. 65.

de grupo, tem-se a existência de um grupo de fato qualificado²¹⁰. Por óbvio, a existência de um grupo qualificado é ilegal²¹¹.

O *grupo de fato qualificado* foi uma tentativa alemã de enquadrar legalmente as hipóteses de amplo poder dos grupos de fato e tentar igualar essas situações aos grupos de direito. Seriam grupos de direito constituídos factualmente (sem uma convenção)²¹². Entretanto, desde 2001 houve o enfraquecimento da teoria em questão, de modo que “[...] o abandono dos grupos de facto qualificados representa, inequivocamente, o abdicar de soluções específicas de direito dos grupos a favor de soluções de âmbito geral e, nessa medida, uma verdadeira mudança de paradigma.”²¹³. Um forte entendimento acerca dos grupos de fato qualificados é que, quando presentes uma de suas hipóteses de existência, isto é base para uma desconsideração da personalidade jurídica (*Durchgriff*)²¹⁴. Afinal, os efeitos produzidos pelo fenômeno de grupo qualificado são parecidos (ou iguais) aos requisitos necessários para o *piercing the corporate veil*. Diante disso, a desconsideração

²¹⁰ Ver *Ibidem*, pp. 65-71

²¹¹ Para ilustrar tal ilegalidade, interessantes são os exemplos de grupo qualificado exarados por Hans-Georg Koppenssteiner: “É o caso, por exemplo, de a direção única ser de tal modo intensa que a avaliação de actos isolados se torna impossível, no que toca às suas consequências. Trata-se de casos em que o critério de diligência adequada do gerente de uma sociedade independente já não é operável. Um grupo qualificado pode, no entanto, resultar de uma medida única. Temos, por exemplo, a reorientação da sociedade no sentido de a sua produção passar a estar ao serviço das necessidades de outros membros do grupo, por o risco inerente ser incalculável e, por isso, não aceitável por parte de um administrador diligente. Um outro exemplo seria a atribuição de riscos a uma sociedade filial, sem a possibilidade de angariação de fundos.” KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Os grupos no Direito Societário Alemão*, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 25.

²¹² Sobre a evolução histórica dos grupos qualificados, tem-se a relevante doutrina de Hans-Georg Koppenssteiner: “Podem distinguir-se três fases da evolução da discussão. A partir dos anos oitenta, o tribunal supremo, apoiado pela parte dominante da doutrina, decidiu: no caso de direcção duradoura e abrangente de uma sociedade por outra empresa, intervém a presunção de que foram negligenciados os interesses da sociedade dependente. Como consequência legal, o tribunal achou conveniente uma analogia com o §302 *AktG*, o que implica obrigação de a empresa dominante compensar as perdas anuais da sociedade dependente. Aplica-se igualmente o §303 (garantia em favor dos credores) que, na insolvência da sociedade, foi interpretado no sentido de consagrar o direito de ser pago. Depois de um certo período de tempo, verificaram-se as consequências fatais deste tratamento do problema. A impossibilidade prática de desmentir a presunção conduziu ao resultado de grupos qualificados por toda a parte, resultando na quase revogação do princípio da responsabilidade limitada. O tribunal supremo reagiu de forma a abandonar a presunção mencionada. No seu lugar foi introduzida uma nova regra segundo a qual o requerente deve apresentar factos aptos a mostrar que os interesses da sociedade foram prejudicados para além de intervenções compensáveis. Recentemente, o tribunal também abandonou a analogia com os §§302, 303 em favor de um conceito geral segundo o qual os sócios devem respeitar o interesse da sociedade no sentido de permanecer capaz de satisfazer os credores. [...] Comentando esta evolução, diremos que a solução do problema pela aplicação analógica do §302 era sempre falsa, pois os pressupostos para tal entendimento da lei não existem. O supracitado artigo refere-se a uma situação legal, enquanto o grupo qualificado é ilegal, tendo por isso as suas próprias consequências legais, por exemplo a acção inibitória.” KOPPENSTEINER, Hans-Georg, ob. cit., p. 25-26.

²¹³ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., pp. 69-70.

²¹⁴ KOPPENSTEINER, Hans-Georg, ob. cit. 2006, p. 27.

da personalidade jurídica seria uma regra suplementar ao regime legal alemão dos grupos de fato.

Diante do exposto, o modelo alemão caracteriza-se pela dualidade entre grupos de direito e grupos de fato. No que toca às regras que regulam a responsabilidade civil, há maior proteção aos credores e acionistas minoritários nos grupos de direito, o que se justifica pelo fato de a sociedade controladora ter seu interesse social subordinado ao da sociedade dominante e ao grupo. Nos grupos de fato, o interesse social da sociedade controlada deve ser respeitado, sendo um limite ao poder de controle. Interessante é a doutrina acerca dos grupos de fato qualificado, que, sucintamente, é a aplicação das regras de grupos de direito a grupo de fato em que há abuso do poder de controle, mesmo não havendo convenção de grupo²¹⁵.

2.2 O modelo do Brasil e de Portugal como exemplos de legislações influenciadas pelo modelo alemão

Brasil e Portugal, inspirados na legislação germânica, apresentam uma legislação específica ao direito do grupo de sociedades. Apesar de ambos terem a mesma inspiração, apresentam dispositivos peculiares a cada ordenamento jurídico, o que merece ser estudado.

2.2.1 O Modelo Brasileiro

No que toca ao direito brasileiro, a regulamentação dos grupos de sociedades está positivada na Lei de Sociedades Anônimas (LSA - Lei nº 6.404/1976), nos Capítulos XX (sociedades coligadas, controladas e controladoras nos artigos 243-264) e XXI (grupos de direito nos artigos 265-277 da LSA).

²¹⁵ Sobre a situação dos grupos de sociedades na Alemanha, interessante a opinião de Ana Perestrelo de Oliveira: “Gera-se, pois, a contraditória situação – repetidamente apontada – em que a esmagadora maioria dos grupos é de tipo puramente fático, ao passo que a regulamentação da lei se dirige fundamentalmente ao grupo contratual, apenas residualmente se dedicando à tutela da sociedade-filha, respectivos sócios e credores no âmbito dos grupos de facto. A situação agrava-se pela ineficiência do sistema de compensação das desvantagens infligidas à sociedade-filha na ausência de celebração de contrato de domínio (§ 311), conduzindo a doutrina a qualificar os grupos de facto como a “criança mal amada” do modelo legislativo alemão.” Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., p. 70.

A LSA foi concebida no contexto de um plano de desenvolvimento nacional do Brasil. Este plano tinha como objetivo fortalecer as empresas nacionais, incentivar a criação de grupos e buscar a proteção de sócios minoritários como forma de incentivar o investimento no mercado mobiliário²¹⁶. Esta consideração é importante para entender o motivo pelo qual o legislador brasileiro, que criou uma sistematização dos grupos de sociedades baseado na lei acionária alemã de 1965, divergiu desta lei em diversos aspectos²¹⁷, de forma que “A disciplina brasileira é bem mais simples e deixa muito para a autonomia privada dos empresários.”²¹⁸.

Os grupos no Brasil dividem-se em dois: os grupos de direito; e os grupos de fato²¹⁹. Os primeiros são criados mediante contrato formal entre as partes (sociedade dominante e sociedade(s) dominada(s)). Os grupos de fato são concebidos através de uma factual relação intersocietária de coligação e domínio, identificada através de presunções de exercício do poder de controle estabelecidos na legislação.

²¹⁶ Ademais, no momento da criação da LSA foram suscitadas muitas dúvidas acerca da disciplina favorável à constituição de conglomerados de empresas e, muitas vezes, em prejuízo de interesses de terceiros. Cf. SIMONSEN, Mário Henrique. Exposição de Motivos n.º. 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Brasília, 1976. De acordo com o entendimento de SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 26: “Sustenta-se que referidas disposições, claramente incentivadoras da formação de grupos, implicam um auxílio indireto a dominação do mercado, sendo consequentemente, contrárias as regras constitucionais de concorrência.”

²¹⁷ Sobre as diferenças entre a lei brasileira e a sua inspiração, a lei alemã: “Assim, por exemplo, a “responsabilidade da sociedade controladora” pauta-se pela do “acionista controlador” que actue com “abuso de poder” (cfr. art. 246, que remete para os arts. 116 e 117); para a constituição de uma “subsidiária integral” por “incorporação” é indiferente o número de acções incorporadas possuídas pela incorporadora, e os sócios “dissidentes” da primeira apenas terão direito ao “reembolso do valor de suas acções”(cfr. art. 252); o “grupo de sociedades” só pode ser constituído (“mediante convenção”) entre “sociedade controladora e suas controladas” (art. 265), tem “estrutura administrativa” própria (arts. 266, 269(VI), 272), e os sócios minoritários das controladas não têm qualquer garantia de lucros; em desfavor dos credores, tanto no campo das “subsidiárias integrais” como no dos “grupos de sociedades”, não foi prevista qualquer responsabilidade legal das controladoras por débitos ou perda das controladas.” Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina.: Coimbra, 1999, p. 249. Outrossim, PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*. In Revista da DireitoFGV 2, vol. 1, n.º. 21, 2005, p. 9, sustenta que “Foi importada a ideia do modelo dual, com disciplina abrangente sobre grupos de direito e algumas regras específicas de grupos de fato. Ressalto que a importação foi apenas da forma contratual como instrumento para a configuração do grupo, mas não dos tipos contratuais, das regras de proteção de interesses atingidos com a dependência económica, tais como dos minoritários e credores.”

²¹⁸ Segundo PRADO, Viviane Muller, ob. cit., pp. 9-10 “Passa a ser fundamental, ao estudar a lei acionária brasileira, a análise da escolha legislativa no sentido de fortalecimento da unidade económica dos grupos ou das regras tradicionais do direito societário que visam à proteção da sociedade e dos acionistas minoritários.”

²¹⁹ Sobre a justificativa da escolha do modelo dual na legislação brasileira tem-se a opinião de PRADO, Viviane Muller, ob. cit., p. 13: “A ideia do modelo dual parece-me coerente com a tentativa de conciliar a existência de sociedades pertencentes a um grupo empresarial, com direção económica unificada e centralizada, e sociedades isoladas, com um vínculo societário com outras empresas e uma dependência económica não muito forte.”

De forma bastante sucinta, a principal diferença prática entre ambas as formas de sociedade é que nas relações de grupo de direito a sociedade controladora pode dar ordens que sejam contrárias ao interesse social da sociedade controlada, justificado pela consecução de um interesse maior, o interesse do grupo. Já nos do grupo de fato, a sociedade controladora deve respeitar o interesse social da sociedade controlada, bem como os administradores da(s) sociedade(s) subordinada(s) não devem obedecer a ordens contrárias ao interesse social ou que possam prejudicar a sociedade que administram (artigos 245 e 246, ambos da LSA).

Inicia-se o estudo da responsabilidade civil nos grupos empresariais na legislação brasileira pelos grupos de direito e após serão analisados os grupos de fato. A institucionalização dos grupos de direito foi assunto bastante debatido na doutrina, tendo em vista que não havia qualquer tradição de grupos de direito no Brasil. Na expressão de Modesto Carvalhosa, o legislador brasileiro positivou um “direito sem fato”²²⁰.

Os grupos de direito são concebidos através de uma convenção de grupo, que cria uma nova forma de organização societária. Apesar da já estudada divergência doutrinária existente acerca do interesse do grupo, ele é tutelado pelo direito acionário brasileiro. Afinal, conforme o art. 276 da LSA, nos grupos de direito pode ocorrer “[...] a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo.”²²¹.

Com a positivação da legitimação da sociedade controladora influenciar as decisões da sociedade controlada, mesmo que acarrete desvantagem a estas, ocorre uma subordinação que rompe com o pressuposto de independência de cada sociedade. Em virtude disso, o administrador de uma sociedade controlada em um grupo convencional pode executar uma diretriz emanada pela sociedade controladora, mesmo que prejudicial à sociedade que administra. Para tanto, a diretriz deve ser no interesse do grupo ou de alguma outra sociedade que o compõe e de acordo com a convenção de grupo (artigo 273 da LSA).

Em contrapartida ao poder de controle positivado pela LSA, esta lei estabelece mecanismos de proteção da sociedade controlada, seus acionistas minoritários e credores. Entretanto, esses mecanismos são mais brandos que os estipulados pela legislação alemã.

²²⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358.

²²¹ Artigo 276, *caput*, da Lei 6.404/1976.

Um aspecto interessante ao presente estudo é relativo aos mecanismos de compensação dos prejuízos sofridos pela sociedade controlada. Na legislação brasileira (talvez em virtude do mencionado objetivo de fomentar a criação de grupos), o legislador deixou este assunto para ser regulado nas convenções dos grupos, uma vez que não desenvolveu na lei mecanismos de compensação (art. 276 da LSA).

Embora a lei possa deixar liberdade às partes para estes instrumentos de compensação, acredita-se que é necessário haver mecanismos legais, mesmo que subsidiários, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica nas relações plurissocietárias e tutelar o direito dos acionistas minoritários e dos credores. Ocorre que diante da inexistência destes grupos convencionais no Brasil (com raras exceções), quase não há debate jurisprudencial sobre estes grupos. Em decorrência disso, existe essa lacuna jurídica a ser preenchida na legislação societária brasileira.

Assim, não existem normas de tutela especial dos credores das sociedades controladas nos grupos de direito. Não houve, ao contrário do que ocorreu em Portugal, conforme se estudará a seguir, a possibilidade de responsabilidade solidária entre a sociedade controladora e a controlada nos grupos convencionais²²². A forma de proteção mais usual é a desconsideração da personalidade jurídica²²³.

Como proteção aos acionistas minoritários, nos grupos de direito foi conferido o *sell-out right*, ou seja, o direito de saída da sociedade, se eles discordarem da formação do grupo, mediante justa composição pelo valor de suas ações. Para criar um grupo de direito é necessário haver a aprovação de uma convenção, o que segue as regras de alteração do contrato social (art. 270 c/c arts. 136 e 137, todos da LSA). Esta é a única proteção conferida aos acionistas minoritários das sociedades controladas nos grupos de direito²²⁴.

²²² De acordo com a exposição de motivos do projeto de lei que se tornou a LSA: “No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência 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.” SIMONSEN, Mário Henrique. Exposição de Motivos n.º. 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Brasília, 1976.

²²³ PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*. In Revista da DireitoFGV 2, vol. 1, n.º. 21, 2005, pp. 10-13.

²²⁴ Neste sentido, “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.”. *Ibidem*, p. 12.

Estudados alguns preceitos gerais dos grupos de direito na legislação brasileira, passa-se à análise dos grupos de fato²²⁵. A legislação brasileira não realizou uma sistematização dos grupos de fato da mesma forma que houve com os grupos de direito. A LSA regulamentou apenas alguns aspectos, quais sejam²²⁶: a criação de regras sobre relatórios da administração (art. 243), relativas a demonstrações financeiras (arts. 247 a 250); a vedação das participações recíprocas (art. 244); a disciplina da responsabilidade dos administradores (art. 245); a obrigatoriedade de reparação de danos que a controladora causar à controlada (art. 246); as normas sobre a constituição e o funcionamento de subsidiária integral (art. 251 a 253); e as regras sobre a incorporação de companhia controlada (art. 264). Quando ocorre omissão de regras especiais aplica-se o regime geral das sociedades por ações²²⁷.

Para que haja um grupo de fato, é necessário que exista uma relação de poder de controle através da coligação fática entre sociedades, a LSA estabeleceu requisitos para presumir isso. Consideram-se sociedades coligadas (de acordo com a alteração da LSA realizada em 2009²²⁸) aquelas em que a sociedade investidora tenha influência significativa e controladora, sendo que “É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.”²²⁹. No que toca ao controle, “Considera-se controlada a sociedade na qual a

²²⁵ Conforme o §2º do artigo 243 da Lei 6.404/1976.

²²⁶ Conforme o elenco realizado por PRADO, Viviane Muller, ob. cit. p. 12.

²²⁷ Diante do quadro exposto sobre a legislação brasileira, Viviane Prado Muller entende que no Brasil não há um direito dos grupos de fato e, uma vez que a prática empresarial adotou apenas esta forma de grupo, não há um grupo de direito sistematizado na legislação aplicado na prática. Em realidade, existe uma sistematização do direito de grupos na legislação, porém isto é apenas relativo aos grupos convencionais. Cf. PRADO, Viviane Muller, ob. cit. p.12.

²²⁸ Tem-se a seguinte crítica à mencionada alteração legislativa: “Em suma, não foi boa a alteração introduzida pela Lei n. 11.941/2009. Quando muito, deveria o legislador ter mantido a mesma definição anterior e, se o caso, criado adicionalmente a hipótese de influência significativa – aí, sim, restringindo a sua incidência ao âmbito da lei acionária –, com o que não teria desmantelado o sistema da Lei n. 6.404/1976 e a doutrina que em torno dela se cristalizou; não teria criado conceitos sobrepostos para uma mesma realidade, o que é péssimo; e não teria transposto um conceito, originariamente elaborado para tratar de problema específico (consolidação de demonstrações financeiras), para sistema jurídico que dele se utiliza com espectro diversos. Mais do que isso, desejasse o legislador mesmo avançar, não teria condicionado a conceituação de sociedade coligada à exigência de investimento na investida: poderia ter se contentado com vínculos contratuais de outra espécie, de modo a assim também submeter agentes externos às assépticas regras de responsabilidade de grupos de fato, algo de que efetivamente se ressentiu o direito pátrio e no que não foi novamente atendido. O novo conceito de sociedade coligada decepcionou. Muito.”. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira*. In ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

²²⁹ Artigo 234, § 5º da LSA.

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.”²³⁰.

O conceito de acionista controlador é disposto no artigo 116 da LSA. Segundo este artigo, controlador: “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.”. O acionista controlador deve respeitar o interesse social da sociedade controlada e da comunidade em que ela atua²³¹, sob pena de configurar exercício abusivo do poder de controle²³². Afinal, não há nos grupos de fato a derrogação do interesse social da sociedade controlada em favor da controladora, como ocorre nos grupos de direito.

Um dos principais aspectos relativos aos grupos de fato é o respeito ao interesse social de cada sociedade que compõe este grupo. Como a legislação brasileira não permite uma direção econômica unificada, quando não houver uma convenção de grupo (grupos de direito), as sociedades em relação de grupo de fato mantêm autonomia jurídico-financeira²³³. Caso isso não ocorra, poderá ser hipótese de conflito de interesse e abuso de poder de controle (arts. 115 e 246 da LSA)²³⁴. Ademais, a LSA nos grupos de fato não

²³⁰ Art. 234, § 1º da LSA.

²³¹ Com relação ao termo comunidade que é mencionado no artigo 116 da LSA, tem-se que deve ser interpretado de forma ampla, “[...] englobando os fornecedores da sociedades (prováveis futuros credores) e todos aqueles que travam contato com a atividade desenvolvida pela sociedade.” ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 416.

²³² Sobre a reponsabilidade dos administradores: “Conclui-se, pois, que não haverá responsabilização do administrador da sociedade que contrata com outra sociedade do grupo de fato se evidenciado, por comparação, que, pelos costumes reiterados da atividade empresarial, agiu ele segundo os padrões de conduta geralmente aceitos para o tipo de negócio jurídico celebrado. E, como referido, devem ser aplicados os critérios comparativos de padrões gerais e os de cada segmento empresarial em que a companhia se integra.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

²³³ Nesse sentido: “Em outras palavras, possibilita-se o exercício do controle de várias sociedades por uma mesma pessoa, mas não há visão da organização total do grupo.” PRADO, Viviane Muller, ob.cit. p. 12.

²³⁴ PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*. In Revista da DireitoFGV 2, vol. 1, n.º 21, 2005, p. 12.

proíbe a cooperação e o apoio mútuo entre sociedades que compõem um grupo. Entretanto, isso deve ser lícito²³⁵ e ter um limite, que é o interesse social de cada sociedade.

A existência de um conflito de interesses nos grupos de fato é indiscutível²³⁶. Nos grupos de fato, o direito geralmente atua com o objetivo de prevenir abusos causados pela situação de controle²³⁷. O administrador de cada sociedade que compõe o grupo tem obrigações para com ela e não pode agir em favor da sociedade controladora, devendo respeitar a equidade nas negociações entabuladas (arts. 246 e 116/117 da LSA).

Caso não ocorra o respeito ao interesse social da sociedade controlada, a LSA prevê hipóteses de responsabilidade civil nos grupos de fato (art. 117 LSA). Nestes, a responsabilidade da sociedade controladora é enquanto sócia controladora da sociedade controlada²³⁸ (esta norma, como a maioria das regras que regulam os grupos de fato, é oriunda do direito geral das sociedades por ações)²³⁹.

Importante nos grupos de fato é a problemática acerca da responsabilidade dos administradores da sociedade dominada (sendo que os administradores são influenciados pelas instruções da sociedade dominante) e da eventual responsabilidade dos administradores da sociedade dominante²⁴⁰. No Brasil, no que toca aos administradores dos grupos de fato “[...] cabe observar os critérios de *prudência* e *lealdade* na defesa dos interesses negociais da companhia, não podendo, em prejuízo desta, estabelecer relações com as coligadas, controladoras ou controladas, que visem ao benefício destas últimas em detrimento daquela, sob sua administração.”²⁴¹.

A LSA estabelece que deve haver comutatividade entre as operações realizadas entre as sociedades que compõem o grupo de fato. Isto positiva “[...] um sistema de via

²³⁵ Nesse sentido: “A cooperação lícita distingue-se da ilícita pelo fato de nela serem necessariamente observadas condições comutativas, ou com pagamento compensatório adequado.” EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 333.

²³⁶ O § 1º do artigo 156 da LSA é bastante claro sobre isto, *in verbis*: “Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.”

²³⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. *El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español*. In *Derecho de Sociedades*. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen V, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5308.

²³⁸ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 358.

²³⁹ Cabe referir que a ação interposta contra o administrador não ilide a responsabilidade do sócio, consoante o artigo 159, 7 da LSA que trata de terceiro.

²⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, pp. 354-363.

²⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

dupla, no sentido de que nenhuma das sociedades componentes do grupo não convencional, ou de fato, pode favorecer nem prejudicar as outras.²⁴² Em virtude disso, os administradores das sociedades controladas não podem estabelecer relações com a sociedade controladora que prejudique a sociedade que administra.

Nos grupos de fato, os administradores (em virtude da manutenção da autonomia jurídica de cada sociedade) devem agir sempre no interesse da sociedade que administram, de forma a conservar o patrimônio desta, bem como seus sócios e credores. Assim sendo, uma eventual diretriz prejudicial por parte da sociedade controladora não deve ser cumprida, sob pena de o administrador responder civilmente por ter agido em conflito de interesse, a não ser em casos em que haja um pagamento compensatório adequado²⁴³.

Sobre a responsabilidade do administrador²⁴⁴ da sociedade controlada nos grupos de fato, ZANINI entende que tal responsabilidade deveria ser estendida à sociedade controladora²⁴⁵, em virtude da situação de vulnerabilidade em que ele se encontra. Apesar de a lei o considerar independente e que deve agir apenas no interesse da sociedade que administra, na cruel realidade empresarial ele acaba por atender aos desejos do acionista controlador, sob pena de ser substituído por outro que assim o faça.

No que toca ao modelo organizacional²⁴⁶, os grupos de direito apresentam um modelo rígido, uma vez que deve estar discriminado na convenção como será sua

²⁴² *Ibidem*, p. 61.

²⁴³ De acordo com o artigo 245 da Lei 6.404: “Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.”

²⁴⁴ Ver VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades no Direito Brasileiro*. In COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima [coord]. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 89-130.

²⁴⁵ Nesse sentido: “Bastante razoável seria, nestas circunstâncias, comprovada a unidade de comando – a qual muitas vezes se manifesta por meio da própria cumulação de cargos de administração da controladora e controlada –, que se atribuísse a responsabilidade do administrador àquela que, efetivamente, tem em suas mãos concentrado o poder de dominação, i. e., à sociedade controladora. O administrador da controlada seria considerado, então, como mero agente da controladora, que, na administração da sociedade controlada, mais não daria do que zelar pela execução da política ditada pela sociedade controladora”. ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; Jobim, Marcio Felix [coord.]. *Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 416-417.

²⁴⁶ A jurista brasileira Viviane Muller Prado tenta explicar a não adoção dos grupos de direito por parte dos operadores econômicos. São 3 os principais motivos: a) artificialidade do modelo importada da Alemanha, uma vez que neste país houve a positivação de uma prática tributária que vinha ocorrendo em virtude de incentivos fiscais – no Brasil, foi uma criação sem qualquer precedente empresarial e sem incentivos tributários; b) a formação de grupos de direito ser facultativa, uma vez que cabe à empresa decidir se exerce o poder de controle através da constituição de uma unificação organizacional e jurídica ou através do

arquitetura organizacional. Já os grupos de fato são flexíveis, o que melhor atende aos anseios dos empresários. Diante dos variados modelos organizacionais, as empresas escolhem aquele que melhor atender às necessidades para alcançar o seu objeto social conforme o mercado em que atuam. Nos grupos de fato, como as empresas possuem independência jurídica e patrimonial, pode haver mais de uma forma de organização no mesmo grupo.

O presente estudo limita-se à análise da responsabilidade civil nos grupos empresariais no âmbito do direito de sociedades. Entretanto, é interessante salientar que no Brasil existem diversos dispositivos que mitigam o princípio da responsabilidade limitada dos sócios nos grupos de sociedades. Nota-se que são regras jurídicas que, em sua maioria, tem o objetivo de proteger interesses de terceiros que são considerados vulneráveis frente aos grupos societários, como os trabalhadores e os consumidores.

Mencionam-se, então, alguns dispositivos da legislação brasileira que tratam da responsabilidade civil dos grupos de sociedades em outras áreas do direito: no direito da concorrência (art. 33 da Lei 12.529/2011); no direito do consumidor (art. 28 da Lei 8.078/1990)²⁴⁷; no direito do trabalho (art. 2º, § 2º da Consolidação da Leis Trabalhistas) há previsão de responsabilidade solidária para sociedades que integram grupos de sociedades; com relação aos crimes ambientais, a Lei 9.605/1998 estabelece a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para os casos em que esta dificultar o ressarcimento de prejuízos²⁴⁸.

Interessante é o caso da legislação de consumo, em que os danos de natureza extracontratual causados pela sociedade controlada podem ser ressarcidos por qualquer sociedade que compõe o grupo, através de uma interpretação conjunta dos artigos 17 e 28 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, através da legislação consumerista, pode-se responsabilizar a sociedade controladora por danos causados pela controlada a credores extracontratuais, também chamados de credores involuntários.

exercício de controle e conservação da autonomia de cada sociedade; c) os custos elevados que a escolha do modelo de grupo de direito acarreta. No Brasil, ao convencionar-se um grupo de sociedades, a primeira consequência é o *sell-out right*, como uma correta forma de proteção aos acionistas minoritários. Além disso, há maiores custos administrativos e, por vezes, fiscais.” Cf. PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*. In Revista da DireitoFGV 2, vol. 1, n°. 21, 2005, pp. 15-17.

²⁴⁷ Cf. ZANINI, Carlos Klein, *ob. cit.* pp. 417-419.

²⁴⁸ Cf. PRADO, Viviane Muller, *ob. cit.* p. 7.

Outro aspecto interessante sobre os grupos de sociedades no Brasil é que a realidade empresarial relevou maior importância aos grupos de fato, de modo que “Os grupos de direito são absolutamente letra morta na realidade empresarial brasileira.”²⁴⁹. Diversos são os motivos para isto, sendo o principal a falta de incentivo à formação desta espécie de grupo²⁵⁰. Não houve, por exemplo, incentivos fiscais, como ocorreu na Alemanha.

Diante do exposto, é importante refletir sobre uma possível reforma da lei acionária brasileira relativamente aos grupos de sociedades. Outrossim, a intenção dos criadores da Projeto de Lei 2.559/1976, que se transformou na LSA, era que a lei fosse modificada conforme a prática empresarial mostrasse necessário, uma vez que o direito comercial é bastante dinâmico e as regras criadas em 1976 poderiam não ser totalmente acolhidas (como ocorreu com os grupos de direito)²⁵¹.

Diante disso, a legislação brasileira sobre grupos de direito mostra-se distante da realidade empresarial²⁵². Ela foi pensada majoritariamente sob a dimensão dos grupos de direito e, uma vez que tais regras não são aplicadas, acaba-se por utilizar as normas gerais de grupos de sociedades. Assim, o direito especial de grupos merece ser revisto²⁵³, de modo a aproximar a realidade empresarial da legislação, sem que se esqueça de realizar uma proteção às partes mais fracas da relação de grupo de sociedades (os acionistas minoritários e credores da sociedade controlada).

²⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 169.

²⁵⁰ Conforme os motivos traçados por PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*. In Revista da DireitoFGV 2, vol. 1, n.º. 21, 2005, pp. 15-17.

²⁵¹ Conforme se depreende da leitura de SIMONSEN, Mário Henrique. Exposição de Motivos n.º. 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Brasília, 1976, em especial a alínea g: “os institutos novos para a prática brasileira - grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros - estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência. As leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso.”

²⁵² WARDE JR. Walfrido Jorge. *O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência*. In ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 83-114.

²⁵³ Nesse sentido é a opinião de Viviane Prado Muller, que defende uma releitura do direito das sociedades: “Por outro lado, chamo a atenção para a necessidade de interpretar o direito societário de forma a conciliar a realidade dos grupos econômicos, a partir da aplicação flexível das regras societárias que exigem completa independência econômica das sociedades, sem obviamente esquecer dos interesses relacionados, seja dos acionistas minoritários, seja dos credores.”. PRADO, Viviane Muller, ob. cit. p. 21.

2.2.2 O Modelo Português

Em Portugal, os grupos de sociedades passaram a ser reconhecidos com o advento do Código das Sociedades Comerciais, em 1986²⁵⁴. A partir de então, os grupos estão regulados no Título VI do CSC (artigos 481^o ao 508^o-F), sob a nomenclatura genérica de *sociedades coligadas*²⁵⁵. Estas se dividem em: sociedades em relação de simples participação; sociedades em relação de participações recíprocas; sociedades em relação de domínio; e sociedades em relação de grupo²⁵⁶. O mencionado Título do CSC é aplicável somente às *sociedades por quotas, sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações* (art. 481^o, 1)²⁵⁷.

A legislação portuguesa, assim como a brasileira e a alemã, também adotou um sistema que concebe grupos de direito e grupos de fato²⁵⁸. Entretanto, o legislador de Portugal adotou nomenclaturas próprias para ambos os fenômenos concentracionistas. Nesse contexto, o CSC concebeu as “sociedades em relação de grupo”, os quais se dividem (segundo um critério de forma de constituição) em três tipos: grupo constituído por domínio total, que pode ser superficial ou superveniente (arts. 488^o e 489^o)²⁵⁹; grupo

²⁵⁴ Sobre o assunto no direito da concorrência, ver CUNHA, Carolina. Controlo das concentrações de empresas (direito comunitário e direito português). Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n^o 3, Coimbra: Almedina, 2005.

²⁵⁵ Como definição de sociedades coligadas: “O conceito de sociedade coligada engloba todas aquelas situações de coligação entre sociedades comerciais que sejam subsumíveis num dos quatro tipos de relações taxativamente previstas no artigo 482^o [...]”. Além disso, sociedades coligadas é um conceito determinado e fixo, global e de valor jurídico societário. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2^a Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 279 e 281-285.

²⁵⁶ Sobre os grupos de fato na legislação portuguesa: “Vindo em auxílio do intérprete o legislador estabeleceu um conjunto de presunções legais da existência de uma influência dominante, ao dispor que esta se presume sempre que uma sociedade, directa ou indirectamente, detenha uma participação maioritária no capital de outra, disponha de mais de metade dos votos desta, ou tenha possibilidade de designar mais de metade dos membros do respectivo órgão de administração ou órgão de fiscalização (art. 486^o n^o 2)”. *Ibidem*, pp. 280-281.

²⁵⁷ Ver DIAS, Rui Pereira. *Artigo 481 – Âmbito de aplicação deste título*. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 19-23.

²⁵⁸ Sobre as *holdings*, ver SILVA, João Calvão da. *Sociedades Gestoras de Participações Sociais: holding's*. In CAMPOS, Diogo; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva [Coord.]. *A evolução do direito no século XXI. Estudos em Homenagem ao Professor Arnold Wald*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 188-203.

²⁵⁹ Sobre a constituição desta forma de agrupamento societário, ver VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Constituição de grupo por domínio total superveniente – o tempo e o modo*. In *Direito das Sociedades em Revista*. Ano 4, vol. 8, 2012, pp. 13-34.

(contratual) paritário; e grupos (contratual) de subordinação (arts. 493º e seguintes)²⁶⁰. Estes, conforme o CSC, são os grupos propriamente ditos.

Quanto aos grupos de fato, o CSC designa-os por *sociedades em relação de domínio*, momento em que trata do controle intersocietário. Entretanto, a prática empresarial portuguesa utiliza, majoritariamente, a forma de grupos de fato (sociedades em relação de domínio) – sendo que há também hipóteses de sociedades em relação de domínio total. Objeto de discussão doutrinária são as razões pelas quais os grupos de subordinação não obtiveram êxito em sua implementação²⁶¹, apesar de serem considerados elogiadas e respeitadas previsões legais. Efetuado um breve panorama geral dos grupos de sociedades em Portugal, passa-se ao estudo da responsabilidade civil, primeiramente, nos grupos de direito e, após, nos grupos de fato.

A regulação dos grupos contratuais realizada em Portugal (assim como na Alemanha e no Brasil) tem um sentido de direito efetivamente protetivo da sociedade controlada, de modo a tutelar os direitos dos seus sócios minoritários e credores²⁶². A legislação portuguesa disciplina a responsabilidade civil nas relações de grupo de direito especialmente nos artigos 501º a 504º do CSC, que são atinentes à responsabilidade civil dos grupos de subordinação²⁶³. Os mencionados dispositivos legais também são aplicados às sociedades em relação de grupo constituído por domínio total (art. 491º do CSC)²⁶⁴.

Nos grupos, tanto na espécie de grupos constituídos por domínio total como na espécie constituída por contrato de subordinação, a sociedade controladora tem o direito de

²⁶⁰ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina.: Coimbra, 1999, pp. 245-247.

²⁶¹ Interessante é a crítica realizada pelo doutrinador alemão Hans-Georg Koppensteiner sobre o grupo de direito previsto na legislação portuguesa, comparado ao alemão, em que constara que: “O significado prático dos grupos é aparentemente muito limitado. Se estou bem informado, quase não há acórdãos sobre a matéria. As razões são talvez as seguintes: o contrato de subordinação tem de ser aprovado por 50% de sócios minoritários. A lei prevê uma proibição de transferir bens para outros membros do grupo sem justa contrapartida. O contrato não permite vantagens no campo do direito tributário. Dado isto, e tendo em conta as consequências mencionadas do contrato, parecem faltar motivos suficientes para celebrar tais contratos. Quando ao domínio total, há aparentemente uma tendência para evitar uma participação de 100%.”. KOPPENSTEINER, Hans-Georg. Os grupos no Direito Societário Alemão, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 33.

²⁶² ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 285-286.

²⁶³ Sobre a insolvência dos grupos, ver MARTINS, Alexandre de Soveral. *Um curso de Direito a Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 44-45 e 127-128.

²⁶⁴ Cabe mencionar que em Portugal há uma incompatibilidade legal entre o contrato de subordinação e o domínio total. Cf. MARTINS, Alexandre de Soveral. *Art. 507º – Aquisição do domínio total*. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 318.

dar instruções às sociedades dependentes, mesmo que desvantajosas (arts. 491º e 503º do CSC). Para tanto, é necessário que tais instruções sirvam aos interesses da sociedade diretora ou das outras sociedades do mesmo grupo, devendo haver uma relação de proporcionalidade e de causalidade entre a vantagem e a desvantagem²⁶⁵. Esta é uma regra legal subsidiária à existência de regra convencional, uma vez que se houver disposição no contrato do grupo que disponha de maneira diversa, aplica-se a convenção²⁶⁶. Cabe mencionar que, conforme COUTINHO DE ABREU²⁶⁷, aqui não se pode considerar como reconhecido o *interesse de grupo*, diante de sua inconsistência.

Como reflexo do artigo 503º, os administradores das sociedades dominadas têm o dever de cumprimento das instruções. Caso não haja o cumprimento, a sociedade dominante pode requerer judicialmente isso e ainda exigir indenização aos administradores que não cumpriram as instruções. Quando as instruções forem ilícitas, os administradores da sociedade dominada têm o dever de não as cumprir²⁶⁸.

Assim, em virtude do artigo 503º, os administradores da sociedade controlada deixam de ser independentes. Com isso, passam a ter o interesse social da sociedade que administram subordinado às instruções da sociedade controladora em favor do interesse desta sociedade ou de alguma outra que componha o grupo, mesmo que prejudiciais à sociedade controlada. Tal direito (o de dar instruções) acarreta algumas regras que visam à proteção dos credores e acionistas minoritários, que a seguir serão estudadas.

Em contrapartida ao amplo poder de controle disposto no artigo 503º, foram estabelecidas algumas importantes regras de proteção aos credores e aos acionistas minoritários da sociedade subordinada. No que toca à responsabilidade por perdas da sociedade subordinada, foi estabelecido o dever de a sociedade controladora compensar as perdas anuais sofridas pela sociedade controlada no âmbito do grupo de direito (art. 502º

²⁶⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Direito de dar instruções*. Art. 503º. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 287-288.

²⁶⁶ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina.: Coimbra, 1999. 247.

²⁶⁷ Ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Direito de dar instruções*. Art. 503º. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 287. O autor ainda refere que: “Um grupo (não paritário) de sociedades não é agrupamento coordenado para a consecução de fins comuns, antes se baseia em relações de subordinação e dependência para fins (primordialmente) unilaterais (da sociedade dominante); nem é nova entidade (jurídica) de grau superior com socialidade própria e interesses próprios diferentes e superiores aos das entidades agrupadas.”

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 294-295.

do CSC)²⁶⁹. Isto é uma importante ferramenta de proteção dos acionistas minoritários e, indiretamente, dos credores sociais da sociedade controlada.

O CSC também estabeleceu que os administradores da sociedade controladora têm deveres perante a sociedade controlada (art. 504º do CSC), respeitando para com essas os deveres de cuidado e lealdade, com as respectivas adaptações relativas aos grupos²⁷⁰. Dessa forma, os administradores respondem civilmente perante a sociedade dominada, especialmente nas hipóteses de: instruir ilicitamente; e falta de direção da dominada²⁷¹.

Além disso, “[...] verificados os pressupostos exigidos, os administradores da sociedade dominante respondem civilmente perante os credores e sócios da sociedade dominada, bem como perante terceiros de alguma forma relacionados com esta sociedade.”²⁷². O art. 504º do CSC é importante também aos administradores da sociedade subordinada, uma vez que ilide a responsabilidade deles quando cumprirem instruções lícitas da sociedade-mãe.

Os credores sociais das sociedades em relação de grupo convencional também têm proteções especiais. Estabelece o CSC uma responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada (art. 501º), de modo que “A sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.”²⁷³. Esta norma se mostra uma importante regra de tutela dos credores²⁷⁴ – e, infelizmente, não existe na Aktg alemã nem na LSA brasileira.

Aos acionistas minoritários da sociedade controlada foi reconhecido o ‘direito de saída’. Este é um direito de alienar suas participações sociais em que a sociedade

²⁶⁹ Ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade por perdas da sociedade subordinada art. 502.º* In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 271-278.

²⁷⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Direito de dar instruções*. Art. 503º. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 297-303.

²⁷¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Deveres e responsabilidades*. Art. 504º. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 302.

²⁷² *Ibidem*, p. 302.

²⁷³ Art. 501.º, 1 do CSC.

²⁷⁴ COUTINHO DE ABREU caracteriza essa responsabilidade como objetiva, ilimitada, de garantia, e acessória. Cabe mencionar que existe parte da doutrina que considera como responsabilidade solidária. Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada art. 501º* In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 269-270.

controladora tem a obrigação de comprá-las (art. 494º, 1, a), do CSC). Outrossim, foi assegurado o direito de uma garantia de lucros (art. 491º, 1, b) do CSC).

Houve também no CSC o reconhecimento do das aquisições tendentes ao domínio total nos grupos de sociedades (art. 490º do CSC)²⁷⁵. Esta norma tem como principal objetivo promover a constituição de grupos de direito²⁷⁶. Além disso, é uma forma de eliminar os sócios minoritários e, com isso, diminuir o conflito de interesse existente. Caso a sociedade controladora não realize a oferta de compra das ações dos “sócios livres” espontaneamente, este pode requerer isso, inclusive por via judicial (art. 49.º, 5 e 6 do CSC).

No que toca aos grupos de fato, em Portugal tipificados e comumente exteriorizados na prática empresarial através das *sociedades em relação de domínio*, sua formação dá-se quando uma sociedade tem o poder de exercer influência dominante²⁷⁷ sobre outra sociedade (art. 486º do CSC)²⁷⁸. Como característica da influência dominante²⁷⁹ tem-se: “[...] potencial, dotada de relativa certeza ou segurança,

²⁷⁵ Tal assunto, apesar de bastante controverso, já foi analisado pelos tribunais portugueses, em que foi declarado constitucional (cf. o Acórdão nº 491/2002 do Tribunal Constitucional e o Acórdão nº 7195/02 do Supremo Tribunal de Justiça.). Sobre as aquisições tendentes ao domínio total, Koppensteiner, em uma análise da legislação alemã, traça um panorama da situação portuguesa: “Um outro elemento novo também ligado a ofertas públicas de aquisição mas não limitado a estas constelações é a introdução de disposições que possibilitam um acionista na posse de 95% do capital a eliminar o resto (contra compensação adequada). Este princípio, também em vigor em Portugal, foi atacado alegando-se a garantia de propriedade. Mas o tribunal constitucional português defende a opinião contrária. Isto corresponde ao entendimento preponderante na Alemanha. Ao fim e ao cabo, o raciocínio do legislador, i. e., abrir um caminho para o acionista dominador afastar o potencial ‘incomodador’ de uma minoria muito pequena, tem seus méritos, ficando assegurado que os acionistas não sofrem danos patrimoniais. Por enquanto, os acionistas em questão ainda não podem abandonar a SA por iniciativa própria (‘sell out’).” KOPPENSTEINER, Hans-Georg. Os grupos no Direito Societário Alemão, IDET, Miscelâneas n.º 4, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 20-21.

²⁷⁶ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. MARTINS. Alexandre Soveral. *Grupos de Sociedades. Aquisições Tendentes ao Domínio Total*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 84.

²⁷⁷ Presume-se a influência dominante “[...] quando uma sociedade detém uma participação maioritária no capital da outra, em que uma sociedade dispõe de mais de metade dos votos na assembleia geral de outra, ou em que uma sociedade tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização da outra.” RIBEIRO, Maria de Fátima. *Responsabilidades nas relações de domínio*. In DUARTE, Rui Pinto; VASCONCELOS, Pedro Pais de; ABREU, J. Coutinho de [coord.] - III Congresso DSR. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 427-428. Ainda, conforme a autora, “Nota-se que esta enumeração é meramente exemplificativa, admitindo o conceito de influência dominante a existência de outros instrumentos de domínio (aos quais não se estenderá a presunção legal).” *Ibidem* p. 428.

²⁷⁸ DIAS, Rui Pereira. *Sociedades em Relação de Domínio*. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 83.

²⁷⁹ Sobre o assunto, interessantes são as lições de DIAS. Rui Manuel Pinto Soares Pereira. *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas (uma análise de direito material e direito de conflitos)*. Coimbra: Almedina, 2007.

suficientemente estável, sem duração temporal mínima, orgânica, não meramente sectorial, em princípio positiva, e direta ou indireta.”²⁸⁰.

A regulamentação das sociedades em relação de domínio ocorre, em regra, pelas normas do direito societário da sociedade individual e pelas normas gerais de direito civil. São poucas as regras específicas a esta forma de agrupamento societário, sendo as principais: a proibição genérica de a sociedade dependente subscrever e adquirir ações ou quotas da sua sociedade dominante (segundo os arts. 487º, 325º-A, e 325º-B); e a positivação de um dever de publicidade do mecanismo de domínio (art. 486º, nº 3).

ENGRÁCIA ANTUNES considera que o fato de haver poucas regras específicas aos grupos de fato e uma regulamentação bastante ampla aos grupos de direito gera um desequilíbrio do sistema português. Isto pode ser uma das causas da não utilização dos grupos de subordinação pelas sociedades comerciais²⁸¹. Diante disso, “[...] apenas a previsão de uma regulação expressa para o domínio intersocietário poderia, a um tempo, assegurar uma adequada normação da fenomenologia dos chamados “grupos de facto” e a manutenção da específica mais-valia jurídico-organizativa do modelo dos ‘grupos de direito’.”²⁸².

Com relação à responsabilidade civil nas relações de domínio, diante da criação de pouquíssimas regras específicas para esta forma de controle intersocietário²⁸³, utilizam-se as regras atinentes às sociedades individuais. A primeira observação a ser feita é que aqui o limite do poder de controle é o interesse social da sociedade controlada.

Importante tema da responsabilidade do acionista de controle é a responsabilidade por votos abusivos, na qual a sociedade/acionista controladora faz aprovar deliberação prejudicial à sociedade controlada. Neste caso, a sociedade controladora pode ser civilmente responsável por utilizar-se da condição de sócio para ter vantagens especiais em prejuízo da sociedade controlada (cf. art. 58º, 1, alínea b e art. 58º, 3, ambos do CSC). Se os administradores da sociedade controlada adotarem as deliberações abusivas, eles

²⁸⁰ Art. 486º do CSC.

²⁸¹ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 444-450.

²⁸² *Ibidem*, pp. 449-450.

²⁸³ De acordo com Engrácia Antunes: “Esta situação afigura-nos, para dizer o menos, insatisfatória. Por um lado, o legislador português omitiu assim uma disciplina jurídica específica para o problema do domínio intersocietário, não tendo previsto quaisquer disposições especialmente vocacionadas à proteção da própria sociedade dependente, dos seus sócios minoritários e credores sociais [...]”. *Ibidem*, pp. 448-449.

respondem solidariamente para com a sociedade que administram (arts. 72º e 73º do CSC)

284

Em virtude do limite do interesse social, não são aceitáveis deliberações contrárias a ele – sob pena de serem consideradas deliberações sociais abusivas –, bem como os membros do órgão de administração devem respeitar o interesse da sociedade que administram, não executando deliberações contrárias ao interesse social. Os sócios estão impedidos de votar em situações de conflito de interesses, sob pena de serem responsabilizados. No que toca à responsabilidade do sócio controlador, é importante, ainda, o conteúdo do art. 83º do CSC, que trata da responsabilidade solidária do sócio, geralmente relacionada com culpa na escolha do administrador²⁸⁵.

Existe, conforme COUTINHO DE ABREU²⁸⁶, a possibilidade de haver responsabilidade da sociedade dominante enquanto administradora de fato²⁸⁷. Isto ocorre quando esta intervém extra-organicamente, de forma extensa e intensa na administração da sociedade controlada. Nesta hipótese, responderá de acordo com o art. 72º do CSC²⁸⁸.

No que tange à responsabilidade dos administradores da sociedade controlada, estes devem zelar pelo interesse social da sociedade que administram e cumprir os deveres de cuidado e lealdade para com ela. Desrespeitando isso, mesmo que influenciados pela sociedade dominante, responderão civilmente pelos prejuízos que causarem. Todavia, os

²⁸⁴ Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade Civil nas sociedades em relação de domínio*. In *Scientia Iurídica* – Tomo LXI, n.º 329, 2012, p. 230.

²⁸⁵ Ver *Ibidem*, pp. 231-235.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 239.

²⁸⁷ Como conceito de administrador de fato tem-se: “É administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade.” *Ibidem*, pp. 237-241. Sobre os administradores de fato: COSTA, Ricardo. *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014 e COSTA, Ricardo. *Administrador de Facto e representação das sociedades*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XC, Tomo II [SEPARATA], 2014, pp. 719-758.

²⁸⁸ Cabe mencionar que em Portugal existe a defesa do reconhecimento de hipóteses de *relações de domínio qualificado*, o que é próximo da já estudada construção jurisprudencial dos *grupos de facto qualificados* da Alemanha. Nesse sentido: “É no que se traduz o que chamei de Domínio Qualificado: a existência de uma relação de domínio entre duas sociedades, domínio que se tenha de facto concretizado e donde tenham resultado certos efeitos: a instrumentalização da sociedade dominada em benefício da sociedade dominante ou de outra empresa do grupo. Em conclusão, nas situações de Domínio Qualificado (agora sim) a mobilização do art. 501.º justifica-se por maioria de razão. É que esta norma mobiliza-se no seio de um Grupo de Direito, em que licitamente a sociedade dominante tem o direito de emitir instruções à sociedade dominada, instruções essas que poderão muito bem ser desvantajosas. Mas mobiliza-se mesmo que esse direito não tenha sido exercido ou mesmo que tenha sido exercido em benefício da sociedade dominada. Então, por maioria de razão, quando a sociedade dominante não tem esse direito, mas o exerce de facto em prejuízo da sociedade dominada e em seu próprio benefício (ou do grupo).” GUINÉ, Orlando Dinis Vogler. *A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado. Uma primeira noção sobre o seu critério e limites*. In *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, I – Lisboa, 2006, p. 319.

administradores da sociedade dominante, em regra, não têm deveres para com a sociedade dominada, o que não os torna responsáveis civilmente perante as sociedades dominadas, bem como seus credores e acionistas minoritários²⁸⁹.

Por fim, o modelo português apresenta regras protetivas aos credores e aos acionistas minoritários nos grupos de direito com maior amplitude do que na legislação do Brasil, mostrando-se bastante rígido. Em diferente sentido, da mesma forma que na lei brasileira, há uma falha na tutela protetiva nos grupos em que o controle intersocietário é exercido factualmente²⁹⁰, que são a maioria na realidade empresarial portuguesa.

2.3 O novo modelo italiano de regulamentação através de uma perspectiva orgânica nos grupos de sociedades

No ano de 2003 foi realizada uma reforma do *Codice Civile Italiano*, na qual foi incluída a disciplina de “*Direzione e coordinamento di società*”²⁹¹. A legislação italiana não utilizou a palavra “grupo de sociedades” para descrever o fenômeno de agrupamento de empresas, embora fosse este o objeto da disciplina a ser tratado no artigo 2497 do CC/IT²⁹². Utilizou, para tanto, a expressão “*Direzione e coordinamento di società*”.

²⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit. p. 241.

²⁹⁰ A jurista portuguesa Ana Parestrelo de Oliveira considera que neste aspecto há uma lacuna jurídica, que deve ser preenchida de acordo com o princípio da lealdade. Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 665-670.

²⁹¹ Artigo 2947 e seguintes do Capítulo IX (*Direzione e coordinamento di società*), Título V, Livro V, do CC/IT.

²⁹² Artigo 2947 do CC/IT *in verbis*: “*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.”.

Com isso, a Itália apresenta um regime jurídico de direito de grupos de sociedades bastante peculiar em relação ao direito comparado²⁹³, principalmente no que toca ao regime alemão. Apesar de relativamente recente, tal inovação legislativa representou importante reflexos jurídicos e econômicos para aquele país e um novo modelo para outras legislações.

Os grupos de sociedades foram positivados através de um modelo orgânico. De acordo com este modelo, os grupos são concebidos a partir da existência fática de uma organização de empresas em que haja: (i) elementos de poder de controle e subordinação; e (ii) uma direção única e comum entre as sociedades (independente da origem)²⁹⁴. É, ainda, um modelo unitário e imperativo/rígido²⁹⁵.

Um aspecto importante desta legislação foi a regulamentação da responsabilidade civil da sociedade de controle em relação as suas subsidiárias. Além disso, foi regulado o sistema de publicidade das sociedades pertencentes ao grupo e a obrigação de motivação das decisões tomadas pelas sociedades em relação de grupo²⁹⁶. Cabe ressaltar que o legislador italiano de 2003 (apesar de ter sido fortemente influenciado pela doutrina italiana da *Sentenza Rozemblum*) não reconheceu formalmente e explicitamente o *interesse do grupo*, mas sim um conjunto de regras que facilitam a política de grupo, através da direção e coordenação da sociedade²⁹⁷.

Diferencia-se a legislação em estudo da alemã principalmente pela não recepção do modelo dual (de divisão entre grupo de direito e grupo de fato) concebido pelo direito alemão. O grupo de sociedades na Itália é reconhecido pela existência de uma atividade de direção e coordenação de uma sociedade sobre outra, em que o sistema jurídico impõe uma particular exigência de disciplina. Esta disciplina é principalmente relacionada à tutela do

²⁹³ TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 6.

²⁹⁴ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 177-179.

²⁹⁵ Conforme Engrácia Antunes: “De facto, e por um lado, unitário porque (por força do referido sistema de presunções legais) por reconduzir esgotantemente toda a fenomenologia do controlo e agrupamento intersocietário a uma categoria única (a do grupo), não havendo assim lugar, designadamente, a qualquer distinção entre “grupos de facto” e “grupos de direito”. Por outro lado, imperativo, pois que aqui a aplicação do regime jurídico não fica dependente da formalização jurídica dos pressupostos dessa aplicação por parte da sociedade-mãe, mas antes da própria realidade económica verificada na situação concreta”. *Ibidem*, p. 177.

²⁹⁶ TOMBARI, Umberto, ob. cit., p. 6.

²⁹⁷ TOMBARI, Umberto. *Il “Diritto dei gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè Editore, 2014, pp. 111-114.

sócio minoritário e dos credores da sociedade dependente, bem como dos problemas derivados do exercício de uma direção unitária²⁹⁸. Entretanto, é concebida a partir de um perfil organizativo da empresa.

O perfil organizativo da empresa incide sobre o estatuto da sociedade. Com relação a este perfil, a lei italiana possui regras como, por exemplo, a delimitação dos poderes e deveres do órgão administrativo da sociedade de controle e das sociedades que são sujeitas à atividade de controle e coordenação²⁹⁹. Logo, denota-se que o direito italiano tem como principais traços seu perfil de tutelar direitos (*Schutzrecht*) e ser um direito de organização do grupo³⁰⁰ (*Organisationsrecht*)³⁰¹ ou, conforme a expressão inglesa, *enabling law*³⁰².

Nesse ínterim, os legisladores italianos tentam enfrentar os principais problemas atinentes ao fenômeno dos grupos de sociedades. Os principais problemas são: a tutela do acionista minoritário e do credor social da sociedade controlada diante das operações direcionadas à satisfação do interesse de grupo; os reflexos do tema de conflito de

²⁹⁸ TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 9.

²⁹⁹ SCOGNAMIGLIO, Giuliana. *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 383. Milano: Giuffrè, 2014, p. 304.

³⁰⁰ Sobre o perfil organizativo da lei italiana: “Como modelo ou figura organizativa, a direção e coordenação não é uma situação de fato, que se impõe com base no princípio de efetividade, isto é, preexistindo-a, prescindindo de qualquer escolha organizativa do titular da iniciativa econômica. Trata-se, ao contrário, de um modelo de organização da atividade econômica que a lei coloca à disposição dos particulares e cuja concreta atuação pressupõe e implica uma precisa escolha organizativa, um ato de organização dos interessados.” SCOGNAMIGLIO, Giuliana. *Motivação das decisões e governo de grupo (de sociedades sujeitas à direção e coordenação)*. In, ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.) *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 195-224.

³⁰¹ Em sentido análogo: “Sulla base di queste prime riflessioni è già possibile trarre una conclusione in merito al definitivo riconoscimento della legittimità dell’“attività di direzione e coordinamento”. Al riguardo, si consideri la disposizione generale sulla “responsabilità” della società o ente capogruppo (art. 2497, c.c.): essa può essere letta sua nella prospettiva della “tutela” dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente (*Schutzrecht*), sia come regola “in positivo” per lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento (*Organisationrecht*) e dunque, implicitamente, come riconoscimento della liceità del fenomeno. In particolare, imponendo alla società o all’ente che esercita un’attività di direzione e coordinamento di società di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di queste, la proposizione normativa appena ricordata riconosce definitivamente la legittimità dell’attività c.d. di “direzione unitaria”; e tale riconoscimento (di legittimità) è alla base anche delle altre disposizioni sopra menzionate.” TOMBARI, Umberto, ob. cit., p. 12.

³⁰² Dessa forma: “Nella legge sulla riforma societaria del 2003, l’intervento regolatorio di tipo ‘enabling’ è consistito nel legittimare espressamente – come modello organizzativo – la direzione unitaria de gruppo, ridenominata “attività di direzione e coordinamento”, e nel fissarne modalità e canoni di esercizio.” SCOGNAMIGLIO, Giuliana. *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 383. Milano: Giuffrè, 2014, p. 305.

interesses; a responsabilidade do administrador da sociedade controlada; e a responsabilidade do administrador da sociedade controladora³⁰³.

O legislador italiano escolheu por legitimar a forma organizativa do grupo, de modo a respeitar a pluralidade de interesses diversos existentes em um grupo³⁰⁴. Entretanto, é questionável se (devido a sua rigidez) a legislação em vigor tem sido um incentivo ou um obstáculo ao implemento dessa forma organizativa de empresas³⁰⁵. Por ser uma lei relativamente recente, ainda não há resposta para isso.

Além disso, nessa mesma perspectiva de um “direito de organização”, o CC/IT reconhece o poder jurídico de direção e coordenação da sociedade-mãe, a qual fixa as linhas gerais de estratégia, sempre respeitando o princípio da correta gestão societária. Já o administrador da sociedade subordinada tem relativa autonomia de gestão e deve, todavia, seguir as diretrizes “legítimas” emanadas pela sociedade-mãe. Entretanto, quando um administrador de uma sociedade subordinada desrespeita uma ordem legítima da sociedade-mãe, isto configura o inadimplemento de uma obrigação e este administrador responde perante a sociedade que dirige.

Diante disso, a legislação italiana é amparada em princípios e cláusulas gerais, de modo que a sociedade controladora tem um privilégio na medida em que pode dar instruções ao órgão administrativo das sociedades que exerce controle, inclusive instruções desvantajosas. Em contrapartida, há o mecanismo das vantagens compensatórias (*vantaggi compensativi*), de forma que a extensão do poder de dar instruções é na medida em que o dano seja integralmente eliminado como resultado das operações ou no resultado da atividade de coordenação e direção do grupo³⁰⁶.

³⁰³ MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1629.

³⁰⁴ TOMBARI, Umberto. *Il “Diritto dei gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 106.

³⁰⁵ Outrossim, a alteração legislativa considera grupo de sociedades de duas formas, como um mero fato ou como uma forma de organização de empresa. Nesse sentido: “*Come già in altra sede ricordato, alle base degli artt. 2947 ss. C.C., vi è una visione del gruppo in una duplice prospettiva. Da un lato esso viene considerato come un (mero) “fatto” che assume giuridica rilevanza solo in presenza di connotati di illiceità ed al fine esclusivo di assicurare un’adeguata tutela di determinati interessi (nella specie, soci di minoranza e creditore della società eterodiretta); dall’altro, alcune disposizioni guardano al fenomeno (anche) come “forma di organizzazione dell’impresa e disciplinano momenti quali, ad esempio, l’inizio e la cessazione dell’attività di direzione e coordinamento (2497 c.c.), il finanziamento infragrupo (2497-quinquies c.c.)” Ibidem, p. 107.*

³⁰⁶ De acordo com o art. 2497, CC/IT.

Segundo TOMBARI³⁰⁷, pode-se apontar duas principais finalidades da reforma legislativa ocorrida em 2003. A primeira seria a legitimação da política de grupo, conforme uma perspectiva de atividade (e não de ato) e no limite das vantagens compensatórias. Assim, o direito italiano facilita uma sistematização de um interesse que de outra forma não poderia ser realizado nos mesmos termos. A segunda é que a lei passou a prever: mecanismos de publicidade e transparência³⁰⁸; a tutela do sócio minoritário e do credor social da sociedade subordinada; e a reação a eventuais abusos na atividade de direção e coordenação³⁰⁹.

Quando a lei italiana estabelece os parâmetros de responsabilidade nos grupos empresariais, implicitamente reconhece a legitimidade de direção e coordenação, de acordo com os princípios de correta gestão empresarial e respeitando os limites da teoria das vantagens compensatórias. Outrossim, a legitimidade de direção e coordenação é entendida como um poder jurídico e não como um poder de fato³¹⁰. Isto é uma expressão de um poder legal cuja estrutura jurídica pode afetar profundamente a estrutura organizacional, principalmente no que se refere à responsabilidade e à gestão da sociedade controlada³¹¹.

O ordenamento italiano concebe o direito de grupos de sociedades com base no princípio da efetividade³¹². Para tanto, importa o perfil dinâmico da atividade de direção e o efetivo exercício de influência dominante de uma sociedade sobre outra, o que é verificado através de uma presunção relativa³¹³, visto que admite prova em contrário,

³⁰⁷ TOMBARI, Umberto, ob. cit. p. 109.

³⁰⁸ Arts. 2497-bis e 2497-ter do CC/IT.

³⁰⁹ Art. 2497 do CC/IT.

³¹⁰ TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 103.

³¹¹ *Ibidem*, p. 104.

³¹² Nesse sentido: “[...] disciplinando un fatto e, più in particolare, l’attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale, contratto, interlocking directorates, ecc.), in forza del quale tale attività viene esercitata e della valutazione (legittimità/illegittimità) del fatto medesimo.” *Ibidem*, p. 18.

³¹³ Esta presunção relativa de exercício efetivo de influência dominante na atividade de coordenação e organização de uma sociedade encontra-se no artigo 2497 - *sexies* do CC/IT: “Art. 2497-*sexies*. Presunzioni. Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell’articolo 2359.” O mencionado artigo 2359 do CC/IT estabelece as seguintes presunções: [...] *Società controllate e società collegate. Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*” MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse*

imposta pelo legislador italiano, que é provavelmente inspirada no ordenamento jurídico alemão³¹⁴.

Uma característica do direito italiano é que as regras sobre grupos de sociedades são “transtípicas”, ou seja, aplicam-se a grupos societários formados por diferentes modelos societários, como, por exemplo, uma sociedade de responsabilidade limitada e uma sociedade por ações. Diante disso, os grupos de sociedades na Itália são considerados de forma factual, visto que são determinadas circunstâncias previstas em lei que reconhecem um ‘grupo de sociedades’ como tal.

Assim, a aplicação das regras de grupos de sociedades é condicionada ao efetivo exercício da atividade de direção e coordenação de uma empresa sobre outra, através de uma presunção jurídica *iuris tantum*. Neste contexto, importante definir o que é atividade de direção e coordenação para os italianos. Esta consiste “[...] *nell’esercizio effettivo del potere di una società o ente di dirigere e coordinare altre società o enti secondo un progetto unitario: e questo mediante un coordinamento di una o più delle ‘funzioni’ essenziali dell’impresa [...]*.”³¹⁵.

A atividade de direção e coordenação deve ser continuada e deve ter influência em áreas de grande importância para a empresa controlada, como em relação ao setor financeiro, de organização e de vendas, por exemplo. Ainda, conclui-se a partir da legislação italiana que “*attività di direzione e coordinamento di società*” é a atividade de administração de um grupo de sociedades³¹⁶.

Após introdução ao direito dos grupos de sociedade italiano, passa-se ao estudo da responsabilidade civil nos grupos de sociedades naquele país. O artigo 2497 do CC/IT subordina o exercício de direção e coordenação ao respeito ao princípio da correta gestão societária e empresarial³¹⁷, considerado como um critério de decisão correspondente ao poder de decidir da sociedade-mãe.

Com a reforma do CC/IT de 2003 houve a positivação da responsabilidade direta da sociedade-mãe, que foi uma das maiores novidades jurídicas deste Código. Além disso,

nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. In: Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1631.

³¹⁴ TOMBARI, Umberto, ob. cit., p. 19.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 23-25.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 36.

isto é o centro do instrumento legislativo de tutela do sócio minoritário e do credor social da sociedade-filha nas relações de grupos.

Pode ocorrer a violação do *princípio da correta gestão societária e empresarial* na tomada de decisões por parte da sociedade controladora. Isso faz com que a sociedade controladora responda diretamente por prejuízo causado à sociedade controlada que foi influenciada através de seu poder de controle. Como prejuízo pode-se entender a desvalorização da quota social ou prejuízo patrimonial que possa ameaçar a satisfação do pagamento de montantes devidos aos credores sociais.

TOMBARI considera que a responsabilidade civil da sociedade controladora em relação à sociedade controlada por violação do *princípio da correta gestão societária e empresarial* configura-se como uma responsabilidade por violação de obrigação jurídica pré-existente (uma obrigação legal). Essa responsabilidade é proveniente da natureza contratual da situação jurídica³¹⁸. Entretanto, a jurisprudência italiana concebe tal responsabilidade como aquiliana, por ser uma responsabilidade extracontratual, visto que o prejuízo patrimonial aos sócios da sociedade-filha ou aos credores desta são, em suma, violações a dispositivos legais³¹⁹.

Para que ocorra a responsabilidade em estudo é necessário que, cumulativamente, haja: o exercício da atividade de direção e coordenação de uma sociedade sobre outra sociedade, no interesse empresarial próprio ou de um terceiro; que ocorra a violação do princípio da correta gestão empresarial em relação às decisões tomadas para a sociedade-filha; e que ocorram danos aos sócios e aos credores da(s) sociedade(s) dependente(s).

Dependendo de como é considerada a responsabilidade – se contratual ou extracontratual – pode haver um elemento subjetivo, o dolo ou culpa³²⁰. Se a responsabilidade for considerada como aquiliana, é necessário provar: que houve dolo ou culpa da sociedade-mãe; e que a sociedade controladora não teria instruído prejudicialmente a sociedade dependente se fosse diligente no exercício de suas funções (conforme as características concretas do grupo). Em diferente sentido, considerando-se

³¹⁸ *Ibidem*, p. 36.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 37.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 38-42.

como contratual a responsabilidade por violação de obrigação jurídica pré-existente, ocorrerá a inversão do ônus da prova³²¹.

Diante do exposto, a legislação italiana representa uma nova forma de conceber a regulamentação dos grupos de sociedades através de uma perspectiva organizativa, havendo também uma dimensão de tutela. Um importante objetivo da reforma operada na Itália foi buscar a efetividade das regras jurídicas (o que as legislações alemã, brasileira e portuguesa falharam pela não implementação dos grupos de direito na realidade empresarial). No que toca à responsabilidade civil, o mecanismo das vantagens compensatórias e a responsabilidade direta da sociedade controladora mostram-se também como mecanismos que buscam essa mesma eficácia³²². No entanto, isto ainda não foi comprovado por tratar-se de uma legislação relativamente recente.

2.4 Legislações com regulamentação parcial dos grupos de sociedades: o exemplo da Espanha

A maioria das legislações optou por realizar uma regulamentação parcial dos grupos de sociedades, em que existem apenas algumas (poucas) regras específicas sobre direito de grupos³²³. A Espanha é um exemplo dessa forma de regulação dos grupos. O ordenamento jurídico espanhol não apresenta uma sistematização legislativa do direito de grupo de sociedades. Entretanto, apresenta algumas regras – em número cada vez maior – sobre grupos, geralmente relacionadas a aspectos muito particulares³²⁴. Ademais, o estudo do ordenamento espanhol mostra-se interessante por lá estar em estágio avançado a hipótese de reforma de sua legislação societária.

³²¹ Como é previsto no artigo 1218 do CC/IT: “*Responsabilità del debitore. Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*”.

³²² Sobre a legislação italiana, Hopt entende que “*Apart from various rights and duties of directors and group members, and protective measures such as disclosure, the main achievement of this reform was to provide for a liability of the holding company and its directors towards the subsidiary's shareholders and creditors if legal requirements are met.*” HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, 2015, p. 10.

³²³ Por exemplo, no direito francês entende-se que as regras do direito societário tradicional são suficientes para regular os grupos, especialmente no que toca ao abuso de direito. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 329.

³²⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. *El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español*. In *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*. Volumen V, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5305.

O ordenamento jurídico espanhol reconhece a existência de grupos de sociedades, apesar de não haver uma conceituação nítida deste fenômeno³²⁵. Este reconhecimento ocorre em virtude de existir juridicamente o controle como um poder legítimo, o que é respaldado pelo direito de propriedade e da liberdade de empresa (protegidos, respectivamente, pelos artigos 33 e 38 da Constituição da Espanha)³²⁶.

Como principais normas referentes aos grupos societários têm-se: os arts. 42 a 49 do *Código de Comercio*, que tratam das contas anuais consolidadas; os arts. 85 e 87 da *Ley de Sociedades Anónimas*, que tratam das normas de participações recíprocas em caso de grupos de sociedades; e o art. 18 da *Ley de Sociedades de Capital*³²⁷.

Assim, o direito societário espanhol não apresenta uma disciplina específica dos grupos, apenas regras isoladas. O conceito de grupos aplicável ao ordenamento jurídico espanhol é o inserido no referido artigo 18 da *Ley de Sociedades de Capital*, o qual remete para as hipóteses do artigo 42 do *Código de Comercio*, que possui inspiração essencialmente contábil³²⁸. Este artigo não apresenta uma definição precisa, mas sim situações em que há o dever de consolidar contas em virtude da situação de controle de uma sociedade sobre outra³²⁹. O principal objetivo deste artigo, que é complementado por outras normas, “[...] *es poner de manifiesto la situación económica de la unidad real del grupo de sociedades.*”³³⁰.

A atual legislação espanhola prevê a existência de grupos de sociedades através de um paradigma fático e estabelece que “*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra o otras.*”³³¹. Nota-se que neste conceito normativo o poder de decisão não é definido e sim presumido, por isso a lei

³²⁵ *Ibidem*, p. 5306.

³²⁶ Cf. VINCENT CHULIÁ, Francisco. *Grupo de sociedades y conflictos de intereses*. In Piloñeta Alonso. Luis Manuel; ITIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, p. 878.

³²⁷ Artigo 18 da *Ley de Sociedades de Capital*: “A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.”

³²⁸ SÁNCHEZ-CALERO, Juan; FUENTES NAHARRO, Mónica. *La insolvencia de los grupos, los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español*. In *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 22, Enero-Abril 2011, España: Civitas, 2011, p. 14.

³²⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. *El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español*. In *Derecho de Sociedades*. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen V, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5311.

³³⁰ *Ibidem*, p. 5311.

³³¹ Art. 42 do *Código de Comercio* da Espanha.

espanhola cria uma série de presunções de controle de sociedades presentes no artigo 42 do *Código de Comercio*.

No que toca à responsabilidade civil, a lei atual apresenta uma indecisão paradoxal sobre os grupos de sociedades. Existem normas que reconhecem a legitimidade de grupo. Entretanto, há dúvidas se existe um *interesse do grupo* que se sobrepõe ao interesse de cada sociedade individual que o compõe. Esta indefinição acarreta indecisão e insegurança dos administradores na condução das sociedades que pertencem a grupos societários³³².

Nessa linha, o artigo 204.1³³³ da *Ley de Sociedades Comerciales* representa bem esta indefinição. O mencionado dispositivo prevê: a impugnação de acordos sociais lesivos à sociedade dominada; e a exigência de responsabilidade da sociedade dominante por proferir instruções prejudiciais. Entretanto, há a dúvida na doutrina espanhola sobre qual a forma correta de interpretar este artigo: de acordo com o interesse de cada sociedade que compõe o grupo individualmente; ou de forma a adaptar teleologicamente para que a interpretação do artigo ocasione diferenças de regime de indenização por diretrizes prejudiciais à sociedade controlada e benéficas ao grupo³³⁴.

³³² O doutrinador espanhol Fernando Sánchez Calero demonstra a difícil situação da responsabilidade civil do administrador da sociedade dominada: “[...] Porque, cuando el administrador de la filial recibe instrucciones concretas sobre determinados hechos que puede estimar lesivos para su propia sociedad, se encuentra en esta alternativa: a) Desobedecer esas instrucciones, lo que puede significar su cese, ya que su actitud está en contradicción con la idea esencial del grupo, que, según dice el artículo 4 de la Ley del mercado de valores, es tener una “dirección única; b) respetar esa dirección única y, por consiguiente, realizar los actos perjudiciales para la sociedad. Siendo más lógica y conforme con la idea del grupo esta segunda solución, no obstante, parece que cualquiera de los supuestos, cuando la realización del acto lesivo sea imputable a la sociedad dominante, será lógico pensar que a responsabilidad debe recaer sobre ella.”. Cabe salientar que apesar de o mencionado artigo 4 da *Ley de mercados de valores* estar revogado, a indecisão doutrinária sobre o assunto ainda é debatida da doutrina espanhola. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, pp. 360-361.

³³³ *In verbis*: “Artículo 204. Acuerdos Impugnables. 1 Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”.

³³⁴ Ideia amplamente defendida na doutrina espanhola, inclusive por comercialistas como Embid Irujo, Arriba Fernandez e Vicent Chiluá. Conforme Cf. VINCENT CHULIÁ, Francisco. *Grupo de sociedades y conflictos de intereses*. In Piloñeta Alonso. Luis Manuel; ITIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, p. 882.

Com relação à responsabilidade civil dos administradores houve recente alteração legislativa, em que o conceito de administrador tornou-se mais amplo e flexível, conforme o art. 236 da *Ley de Sociedades de Capital*³³⁵. Esta norma evidencia a hipótese do administrador da sociedade dominante responder como administrador de fato da sociedade controlada, por instruir os administradores de direito desta sociedade³³⁶.

Em que pese a atual legislação espanhola, está em tramitação um Projeto de Novo Código de Direito Comercial (*Propuesta de Código Mercantil*). Este é um importante instrumento a ser estudado, pois reflete o que está a ser pensado sobre grupos societários na Espanha.

Há algum tempo uma reforma na legislação espanhola é esperada³³⁷. Na proposta de reforma do Código Mercantil da Espanha, a regulamentação dos grupos de sociedades está inserida como elemento de destaque. No artigo 291-1 há a elaboração de um conceito de grupo, bem como de uma ideia de grupo. Estes elaborados através de fundamentos de direito de sociedades, o que a doutrina espanhola considera um grande acerto, pois esta área do direito é a sede natural do direito dos grupos.

A *Proposta de Código Mercantil* apresenta uma regulação dos grupos de sociedades³³⁸ em que as principais mudanças sugeridas são o reconhecimento do interesse de grupo e a incorporação da doutrina italiana das vantagens compensatórias (art. 291-11 da *Proposta de Código Mercantil*). A doutrina espanhola, apesar de ainda ter algumas dúvidas acerca do reconhecimento do mecanismo italiano de compensação (*vantaggi*

³³⁵ Art. 236.3 da Ley Sociedades de Capital, *in verbis*: “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”

³³⁶ Assim, “Con la nueva redacción del art. 236 LSC parece que no han de haber ya dudas al respecto: en tanto que imparta instrucciones a los administradores de la sociedad dominada, el administrador de la dominante podrá ser considerado ‘administrador de hecho’ de la primera (persona ‘bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad’) y, consecuentemente, civilmente responsable, en su caso, junto a la propia entidad dominante, que es quién ‘jurídicamente’ imparte las instrucciones.”. Cf. GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel. *La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿Nuevos presupuestos? ¿Nuevos responsables?* In Revista de Sociedades, vol. 44, Enero-Junio 2015 Navara: Arazandi, 2015, pp. 247-249.

³³⁷ Há mais de 20 anos EMBID IRUJO já defendia que: “[...] What is needed is a suitable legislative approach to provide, in the absence of binding Community rules, protection for those interests that are worth protecting, combined with legal security for market operators.”. EMBID IRUJO, José Miguel. *The Law of Corporate Groups Spanish Law*. In WYMEERSCH, Eddy [coord.]. *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 140.

³³⁸ ESPANHA. *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, 2013, pp. 347 e ss.

compensativi)³³⁹, tende a reconhecer como positivos tais avanços em matéria de grupo de sociedades³⁴⁰.

O reconhecimento do mecanismo de vantagens compensatórias geraria uma mudança de paradigma na forma como é tratada a responsabilidade nos grupos de sociedades. Ainda, a mencionada Proposta reconheceu os grupos de sociedades a partir de uma visão uniforme (sem distinguir os grupos conforme sua estrutura interna), ou seja, é uma perspectiva puramente fática.

Ao contrário da legislação italiana, em que o art. 2497 do CC/IT gerou dúvidas e, conseqüentemente, insegurança jurídica acerca de quando deveria ocorrer a compensação, a proposta de legislação espanhola define como prazo máximo o período de um ano (art. 291-12).

O núcleo dos grupos empresariais, segundo a Proposta de Reforma, está no poder decisório e na responsabilidade. Não há grupos sem haver o reconhecimento do poder de direção por parte de uma sociedade dominante³⁴¹. Para tanto, o projeto de lei espanhola estabelece presunções da existência de poder decisório *iuris tantum*, admitindo-se prova em contrário em alguns casos (art. 291-4), uma vez que não o define e nem o descreve.

Com relação à responsabilidade dos administradores da sociedade controladora, o mencionado projeto prevê no art. 291-12 a responsabilidade solidária da sociedade dominante e de seus administradores pelos resultados lesivos de suas instruções desvantajosas na sociedade controlada³⁴². Isto segue na mesma linha do já estudado artigo 2497 do CC/IT.

³³⁹ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma*. In ARAUJO Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

³⁴⁰ Fernando Sánchez Calero mostra-se bastante entusiasmado com a criação legislativa italiana: “*La reforma introducida en el Código civil italiano en esta materia, eludiendo como decimos el término de grupo de sociedades que tantos temores creaba en medios empresariales, ha sabido afrontar en pocas normas, con acierto y cautela, uno de los más difíciles problemas que surgen ante la presencia inevitable de la creación en el ámbito de las grandes sociedades, de unidades empresariales formadas por esas sociedades bajo una dirección única.*”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, p. 357.

³⁴¹ Cf. EMBID IRUJO, José Miguel. *Los grupos de Sociedades en la Propuesta de Código Mercantil*. In Revista de Derecho Mercantil, N° 290, Octubre – Diciembre 2013, Espanha: Editorial Arazandi/Thomson Reuters, 2013, p. 59.

³⁴² Cf. GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel. La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿Nuevos presupuestos? ¿Nuevos responsables? In Revista de Sociedades, vol. 44, Enero-Junio 2015 Navarra: Arazandi, 2015, pp. 247-249

Independente da aprovação da mencionada *Proposta de Código Mercantil*, a doutrina e a prática jurisprudencial espanhola parecem ser bastante receptivas aos novos traços de regulamentação da responsabilidade civil ocorridos na Itália e da influência da doutrina francesa do reconhecimento do interesse de grupo³⁴³.

³⁴³ Nessa linha: “Creemos que el sistema «italiano» es razonable y aplicable por la práctica y los Tribunales españoles, mediante una adecuada interpretación de nuestras normas, a partir de tres premisas: 1) El grupo de sociedades tiene el amparo del ordenamiento legal y constitucional. 2) La armonización del interés social del grupo y de cada una de las sociedades que lo integran es posible, como muestra la experiencia. 3) En la impugnación de la lesión de interés social en beneficio de la sociedad dominante (art. 204.1 LSC) es aplicable el criterio de que «no existe responsabilidad cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación».” Cf. VINCENT CHULIÁ, Francisco. Grupo de sociedades y conflictos de intereses. In Piloñeta Alonso. Luis Manuel; ITIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, p. 885.

3. Tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades

Os grupos de sociedades são os principais “atores” da economia globalizada, concentrando e movimentando grande parte do capital econômico. Diante disso, o tema da responsabilidade civil nos grupos é de extrema importância para a atual sociedade, uma vez que qualquer regra sobre o assunto envolve relevantes interesses e gera consequências que afetam a comunidade como um todo.

Conforme já estudado, os grupos de sociedades são reconhecidos e regulados (de forma global, parcial ou pelas regras gerais do direito societário) na atual realidade jurídica. Entretanto, os modelos existentes apresentam imperfeições e são fontes de diversas críticas. Encontrar a melhor forma de regular o complexo fenômeno do agrupamento societário é o grande desafio do atual direito societário – o qual é ainda pensado para as tradicionais sociedades comerciais.

A regulamentação dos grupos de sociedades é objeto de grande debate na atualidade. No âmbito da União Europeia, o assunto em questão é objeto de uma tentativa de uniformização. Na mencionada regulamentação, a responsabilidade civil é um dos principais assuntos. Em virtude disso, o presente capítulo objetiva analisar as tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades.

Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, a desconsideração da personalidade jurídica. Esta é a forma mais usual de responsabilizar civilmente a sociedade controladora nas legislações do *common law* (sendo que isso também ocorre nas legislações em que há a sistematização global dos grupos).

Em seguida, será objeto de estudo a doutrina italiana das vantagens compensatórias, por ser um mecanismo de compensação de bastante relevância à doutrina europeia, e os atuais projetos de regulação de direito de grupos no âmbito da União Europeia. Por último, será estudada uma perspectiva geral sobre o futuro da responsabilidade civil nos grupos de sociedades, a partir do que foi anteriormente exposto.

3.1 Desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários

Os grupos de sociedades surgiram em decorrência das principais características da personalidade jurídica³⁴⁴. Contudo, a personalidade jurídica não é absoluta, de modo que existem hipóteses em que ocorre a sua desconsideração, ou seja, há o “levantamento do véu” da personalidade jurídica, ocorrendo a mitigação do princípio da separação de patrimônio entre sócio e sociedade³⁴⁵. Outrossim, no domínio dos grupos de sociedades, o assunto adquire ainda maior relevância.

Saber quando o sócio é responsável por dívidas da sociedade é algo que desperta muitas críticas e divergências doutrinárias. As dúvidas são ainda maiores quando há uma relação de um acionista (pessoa jurídica) controlador. Assim, identificar a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de uma relação de grupo é um assunto que desperta muito debate na doutrina jurídico-comercial³⁴⁶.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser definida como “[...] a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios.”³⁴⁷ Além disso, pode ser considerado como um

³⁴⁴ Ver capítulo 1.

³⁴⁵ Compartilha-se da doutrina de Coutinho de Abreu: “As sociedades-pessoas jurídicas são, dissemo-lo já, autónomos sujeitos de direito; estão “separadas” dos seus membros (sócios) – outros autónomos sujeitos de direito. Todavia, essa separação não deve obnubilar-nos. A sociedade não vive por si e para si, antes existe por e para o(s) sócio(s); destes é ela instrumento (há pois estreita ligação entre uma e outros). Por outro lado, o património da sociedade não está ao serviço de interesses da pessoa jurídica “em si”, mas do(s) sócio(s). Ora, é esta *substancialista* consideração da personalidade colectiva que abre vias para a “desconsideração” da mesma num ou noutro caso; é o tomar em conta do substrato pessoal e/ou patrimonial da sociedade que induz, por vezes, a “levantar o véu” da personalidade, a derrogar o chamado “princípio da separação” (*Trennungsprinzip*). ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 166.

³⁴⁶ Nesse sentido: “*The starting-point here is that companies which hold shares in other companies enjoy limited liability in respect of their investment. There is no legal distinction between the liability position of a parent company with respect to the debts of its subsidiaries and that of an individual investor who acquires shares: each is liable only up to the nominal amount of shares which comprise the investment plus any premium charged in respect of the shares when they were first issued. This means that a network of companies can be formed in order to limit a group’s contractual liability to outsiders and to create contractual liability within the members of the group. It also means that it is possible to limit the group’s potential exposure to tort victims by conducting hazardous activities through subsidiaries. Should the risk venture end in disaster, the parent will lose the value of its investment in the subsidiary but the creditors of the subsidiary cannot look to it to make good the shortfall in the assets.*” FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 31.

³⁴⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit. p. 166.

remédio jurídico para os casos de abuso do benefício da responsabilidade limitada dos sócios³⁴⁸ que algumas espécies de sociedades comerciais possuem³⁴⁹.

Legitima-se a desconsideração da personalidade, de acordo com COUTINHO DE ABREU, por meio “[...]do recurso a operadores jurídicos, como, nomeadamente (e consoante os casos), a interpretação teleológica de disposições legais e negociais e o abuso do direito – apoiados por uma concepção substancialista da personalidade colectiva (não absolutizadora do “princípio da separação”)”. As hipóteses de desconsideração da personalidade coletiva geralmente estão relacionadas à verificação de *abuso da personalidade coletiva*, o que é mais latente nos grupos, em que existem maiores interesses em conflitos³⁵⁰.

Os principais motivos ensejadores da dissolução da personalidade jurídica são³⁵¹: (i) confusão patrimonial³⁵² (consiste na não independência de contabilidade e/ou patrimônio entre as sociedades que compõem o grupo, sendo difícil diferenciar o que é de propriedade de cada sociedades)³⁵³; (ii) subcapitalização material manifesta³⁵⁴ (ocorre quando uma sociedade não dispõe de recursos financeiros para exercer sua atividade por

³⁴⁸ Nesse sentido: “É certo que a sociedade é instrumento de realização dos interesses dos sócios [...] Mas é justamente esta conexão entre sociedade e sócios que os deve empurrar para o significado do abuso do utensílio jurídico que a sociedade comercial é. E esse abuso pode significar que o sócio ou sócios não estiverem à altura das “condições de uso” das sociedades e devem, por isso, ser sancionados.” COSTA, Ricardo. *Desconsiderar ou não considerar: eis a questão*. In Boletim da Ordem dos Advogados. n.º. 30, 2004, pp. 10-14.

³⁴⁹ Nesse sentido: “Nota-se que a *disregard doctrine*, desde sua origem até os dias atuais, é considerada o remédio para uma situação patológica (a crise da pessoa jurídica), representando uma tentativa de restabelecer os objetivos e os princípios traçados pelo ordenamento jurídico em relação a esse fundamento da dogmática jurídica.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário. Poder de Controle*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 176.

³⁵⁰ De acordo com MENEZES CORDEIRO, pode-se reduzir a situação da desconsideração da personalidade jurídica em três situações: (i) de responsabilidade civil com base em princípios gerais e normas de proteção; (ii) de interpretação integrada e melhorada da norma jurídica; e (iii) situações de abuso de direito. CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 116.

³⁵⁰ *Ibidem*, pp. 151-152.

³⁵¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 167. O autor ainda distingue os casos de desconsideração em casos de imputação e casos da responsabilidade limitada (descapitalização provocada, mistura de patrimônio e subcapitalização material manifesta).

³⁵² Diante do fato de que a limitação da responsabilidade pressupõe a separação de patrimônio, a confusão patrimonial ilide a limitação da responsabilidade. Cf. ZANINI, Carlos Klein. *A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada*. In ESTEVEZ, André Fernandes; Jobim, Marcio Felix [coord.]. Estudos de Direito Empresarial. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 387-390.

³⁵³ Em sentido análogo: “A confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância de certas regras societárias ou, mesmo, por decorrências puramente objectivas, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio da sociedade e a do sócio ou sócios.”. CORDEIRO, António Menezes, ob. cit. p. 116.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 118.

não ter sido constituída com capital suficiente³⁵⁵); (iii) descapitalização provocada (por sócios)³⁵⁶. No âmbito dos grupos de sociedades, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são as mesmas, sendo que se pode incluir outra hipótese: quando ocorre unidade aparente das sociedades controlada e controladora, o que a doutrina inglesa chama de *misrepresentation*³⁵⁷.

Muitos são os argumentos contrários à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos de sociedades. O principal é que o fenómeno de grupo de sociedades é instituído como forma de facilitar a administração e a dissolução dos riscos empresariais, o que é muito importante para o crescimento das empresas e traz benefícios a todos os interessados, bem como para a economia e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo³⁵⁸. Diante disso, a desconsideração da personalidade jurídica acarreta insegurança jurídica.

Outro argumento recorrente na doutrina é que “*Another reason for preserving the veil is that creditors assume that each company will be liable for its own debits no more, and bargain accordingly.*”³⁵⁹. Nesse caso, se houver o “levantamento do véu”, o princípio de que cada companhia é responsável por suas próprias dívidas será desconsiderado. Isso aumentaria os custos de empréstimos, pois os credores almejavam receber o que lhes é devido em face de todos os sócios.

As doutrinas contrárias ao levantamento não merecem prosperar. A relativização da personalidade jurídica com a sua desconsideração visa a corrigir situações contrárias ao sistema jurídico³⁶⁰, como é o abuso de direito. Mais do que questões econômicas, trata-se de questões de valores juridicamente protegidos, como a boa-fé e a lealdade³⁶¹.

³⁵⁵ Sobre o abuso da personalidade coletiva nessa situação: “Assim, deve-se admitir que os sócios abusam da personalidade colectiva da sociedade quando a introduzem no comercio jurídico, ou a mantêm nele, apesar de sofrer de manifesta subcapitalização material.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 175.

³⁵⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 166-170.

³⁵⁷ Ver EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, pp. 54-62.

³⁵⁸ FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 31.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 32.

³⁶⁰ Ainda, “*A particular argument for lifting the veil within a corporate group is that limited liability operates unfairly in relation to the victims of torts by subsidiaries since they cannot negotiate around it.*” *Ibidem*, p. 33.

³⁶¹ Nesse sentido: “O dever de lealdade, derivado da boa fé ou, genericamente, da própria existência duma sociedade com fins próprios e comuns, já manuseado, veio assim a impor-se, mesmo em detrimento da personalidade colectiva. O ganho que ele representa no domínio do levantamento pode exprimir-se como segue: a personalidade colectiva não deve deter os vínculos de lealdade que se estabelecem entre os diversos

Entretanto, aqui não se defende a vulgarização da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim a desconsideração em casos nos quais a responsabilidade limitada do sócio seja utilizada como um escudo abusivo nos grupos de sociedades. Isso acarreta o enriquecimento ilícito de quem estiver protegido pela responsabilidade limitada e deve ser coibido.

A desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se como um importante mecanismo de responsabilidade civil perante as insuficiências do sistema normativo³⁶². Nos países em que não há regulamentação dos grupos de sociedades³⁶³ “[...] a tendência é de prevalecer o princípio da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades do grupo, para decretar judicialmente a responsabilidade solidária entre todas as sociedades participantes.”³⁶⁴. Nos países com sistematização do direito de grupos, perante as falhas ou as lacunas das normas, o “levantamento do véu” também é, talvez, a forma mais usual e (na medida do possível) “eficiente” de responsabilizar a sociedade controladora.

figurantes, no espaço societário. Independentemente do Direito estrito, seja por via da confiança suscitada, seja por inserções funcionais, há vínculos específicos cujo respeito, exigido pelo próprio funcionamento do sistema, pode ser juridicamente desencadeado, em detrimento da lógica da independência societária.” CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 136.

³⁶² Sobre uma visão da desconsideração da personalidade jurídica em diversos países: “*In all countries discussed in the hypothetical case, the starting point is that shareholders enjoy benefits of limited liability. This is treated as a way of promoting the ability of companies to attract capital, and it is often also seen as a consequence of the concept of the company as a separate legal entity. Exceptionally, ‘piercing the corporate veil’ is allowed in many legal systems, In Japanese law, this requires ‘abuse of juridical personality’ or a ‘straw man case’. German case law has developed categories of undercapitalization, ‘intermingling’ of private and company capital and destruction of the economic basis of the company. The Spanish solution also mentions undercapitalization or abuse of law. In the UK, veil piercing is only allowed if a company is a ‘mere façade’, and in the US, it is equally rare that the corporation is regarded as the ‘alter ego’ of the dominant shareholder. Finnish and Italian law only seem to accept veil piercing in cases of groups of companies, while Polish and Latvian solutions indicate that courts have not yet developed a veil-piercing doctrine.*” ITO, Hisaei Chuck; WATANABE, HIROYUKI. *Piercing the Corporate Veil*. In SIEMS, Mathias; CABRELLI, David (coord.) *Comparative Company Law. A case- Base Approach*. Portland: Hart Publishing. 2013, p.190.

³⁶³ Com relação aos ordenamentos jurídicos em que não há previsão: “[...] nos demais países criou-se a personalidade contábil e trabalhista dos grupos empresariais, e adotou-se o princípio da desconsideração da personalidade jurídica de cada uma das sociedades integrantes do conglomerado, no tocante a direitos de terceiros, em geral. Não existe, portanto, em outros ordenamentos, como ocorre no direito alemão, português e no nosso, a formação do grupo (convencional) mediante a criação de uma sociedade ou entidade de comando e de representação das sociedades integrantes. Pelo contrário, nas demais legislações aplica-se o princípio da antijuridicidade presumida dos conglomerados e o da desconsideração da personalidade jurídica, para abranger a responsabilidade solidária de todas as sociedades integrantes do grupo no tocante a obrigações contratuais, extracontratuais trabalhistas e tributárias. O mesmo se diga da conduta monopolística e no caso da quebra da sociedade do grupo.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 355-356.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 355.

Na Alemanha, o assunto despertou grande interesse³⁶⁵ por parte da doutrina e da jurisprudência³⁶⁶. Diante disso, a teoria dos grupos de fatos qualificados foi criada no âmbito de discussão da desconsideração da personalidade jurídica.

No que toca à legislação brasileira, a desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários é a forma mais usual de proteção aos credores. A desconsideração da personalidade jurídica foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 50 da Código Civil³⁶⁷. Contudo, é na jurisprudência³⁶⁸ que se encontra o campo mais fértil de construção jurídica sobre o “levantamento do véu”.

Em Portugal, nos grupos constituídos por domínio total e por contrato de subordinação, não há dúvidas de que a sociedade controladora, como sócia de controle, responde pelas dívidas da sociedade controlada (art. 501º do CSC). Afinal, “O legislador parte do princípio de que, numa situação desse tipo, desaparecem os valores que implicam

³⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 131-146.

³⁶⁶ Sobre a legislação alemã: *The German law on affiliated companies and groups of companies ("Konzernrecht"), as embodied in the German Stock Corporation Act of 1965, as amended ("Aktengesetz"), has often been credited for its innovative approach to the dichotomy of liability strategies relevant to corporate groups-viz., the traditional concept of entity liability based on the fundamental doctrine of the legal separateness of the corporate entity and, accordingly, resulting in a limitation of investor liability as the rule, and discrete and rare occurrences of what is almost poetical designated the "piercing of the corporate veil" ("Durchgriffshaftung") as narrow and reluctantly crafted exceptions, and the more modern, revolutionary concept of group or enterprise liability ("Konzernhaftung") in the law of corporate groups which -in its most radical form- will allow (and even mandate) a court to penetrate all horizontal and vertical "corporate separateness barriers" within a collective, polycorporate business enterprise as the rule and without exception.* REICH-GRAEFE, René. *Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany*, 2005, p. 785.

³⁶⁷ *In verbis*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

³⁶⁸ Colaciona-se uma recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: Informativo 503/STJ: “DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO INCIDENTAL, DOS EFEITOS DA FALÊNCIA À SOCIEDADE DO MESMO GRUPO. É possível, no âmbito de procedimento incidental, a extensão dos efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de utilização da personalidade jurídica da falida com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, e desde que, demonstrada a existência de vínculo societário no âmbito do grupo econômico, seja oportunizado o contraditório à sociedade empresária a ser afetada. Nessa hipótese, a extensão dos efeitos da falência às sociedades integrantes do mesmo grupo da falida encontra respaldo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo admitida pela jurisprudência firmada no STJ. Ag. Rg. no Recurso Especial 1.229.579-MG, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/12/2012.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. Informativo 503 de 06 de março de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0513.rtf>. Acesso em 05 de maio de 2016.

a total separação de patrimónios.”³⁶⁹. Nos grupos de fato, a desconsideração da personalidade jurídica mostra-se uma forma de proteção dos credores.

A doutrina inglesa apresenta uma construção jurisprudencial sobre o assunto bastante extensa³⁷⁰, iniciando com o emblemático caso *Salomon v. Salomon & Co* (1897)³⁷¹. Entretanto, o princípio da separação patrimonial entre sócios e sociedade é muito defendido³⁷², havendo forte opinião contrária à relativização de tal princípio³⁷³. Ademais, apresenta como alternativas a desconsideração da personalidade jurídica: relação de agência, em que se deve comprovar que a subsidiária atuava de fato como uma agência da controladora; garantias contratuais, quando uma empresa que compõe de forma clara é ou se mostra como garantidora de certo negócio jurídico; quando ocorre ato ilícito (*tort claims*); e em caso de negócio fraudulento (de acordo com o *Insolvency Act 1986*, Reino Unido)³⁷⁴.

³⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes, ob. cit. p. 82.

³⁷⁰ Sobre a desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência inglesa ver DIGNAM, Alan; LOWRY, John. *Company Law*. 7ª edição. London: Oxford Press University, 2012, pp. 19-23.

³⁷¹ Interessante é o famoso caso da jurisprudência inglesa *Salomon v. Salomon & Co* (1897), um dos primeiros casos a levantar o debate acerca da limitação da responsabilidade dos sócios. Ver DIGNAM, Alan; LOWRY, John. *Company Law*. 7ª edição. London: Oxford Press University, 2012, pp 31-51.

³⁷² Nesse sentido: “*Whatever the theoretical attraction of these competing arguments, it is not the practice of the English courts to adopt a single enterprise approach and to disregard the separate incorporation of each of the individual companies within group, even where tort liability is involved. The courts emphasize the importance of maintaining the principle that the assets of a company are available to pay its creditors and no others. (...) Looking at from the English law perspective therefore, it is difficult to avoid the conclusion that lifting the veil as a means of achieving group liability is a non-starter even in relation to what may be considered the most deserving case, namely the tort victims of a subsidiary company.*”. FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 33-34.

³⁷³ Nesse sentido: “*Strict adherence to the preservation of the veil of incorporation may encourage excessive risk-taking by managers: whereas if an independent company which is not part of a group (or which is the holding company of a group) fails, the management will lose their jobs, that constraint against risk-taking is less powerful in relation to a subsidiary because there is always the possibility of its management being reemployed in other parts of the group in the event of its failure. Also, although directors are legally obliged to act in the interests of their own company and not in the interests of the group of companies to which it may belong, the distinction between group interests and those of the individual companies can easily become blurred in practice; and, except where are insolvency concerns irregularities or breaches of duty by the directors of a group company can, in any event, be cured by passing of a ratifying resolution by any other companies in the group which are the owners of its shares. The net result of these considerations is that companies within a group may deal each other otherwise than on ‘an arms’ length basis to the detriment of creditors who cannot object unless they have imposed contractual restrictions on such activities, and of minority shareholders in the subsidiaries whose only effective means of redress may be to allege that such dealing constitutes unfairly prejudicial relief from which they should be granted relief under the Companies Act 1985, s 459. A particular argument for lifting the veil within corporate group that liability operates unfairly in relation to victims of torts by subsidiaries since they cannot negotiate around it.*” *Ibidem*, pp. 32-33.

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 35-42.

Em suma, a desconsideração da personalidade jurídica mostra-se uma importante ferramenta para responsabilizar civilmente os sócios por situações de abuso em face da sociedade controlada. É, conseqüentemente, um mecanismo de proteção dos credores.

Diante disso, o correto seria a existência de regras específicas para os grupos empresariais que fossem efetivas e eficientes na proteção da sociedade controlada, evitando situações de abuso. A desconsideração da personalidade jurídica não deve ser a forma mais eficaz e prática de proteção dos credores³⁷⁵, como a prática jurisprudencial tem mostrado. Deve ser um remédio excepcional, utilizado apenas em casos de abuso, fraude, ou desvio de função.

3.2 A teoria italiana das vantagens compensatórias (*vantaggi compensativi*)

Quando se trata do estudo das novas tendências em responsabilidade civil nos grupos de sociedades, é mister realizar a análise da teoria italiana das vantagens compensatórias ou da *vantaggi compensativi*³⁷⁶. Apesar de já se ter realizado uma análise geral do modelo italiano de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos, a teoria das vantagens compensatórias – por suas especialidades e por suscitar muitas dúvidas ao intérprete jurídico – merece maior exame.

A teoria das vantagens compensatórias foi positivada no art. 2497 do CC/IT em 2003. A teoria em estudo é um mecanismo de compensação entre as vantagens e as desvantagens ocasionadas em decorrência de sociedades comerciais estarem em relação de

³⁷⁵ De acordo com o jurista brasileiro Eduardo Secchi Munhoz: “[...] os grupos de sociedades não precisam da teoria clássica da desconsideração da personalidade, aplicada de maneira casuística, com o objetivo de estabelecer justamente os princípios e objetivos do ordenamento que se mostram incompatíveis com a estrutura sócio-econômica das formas atuais de organização da atividade empresarial. Na verdade, os grupos de sociedades precisam é de um direito próprio, aderente à realidade empresarial, de tal forma que a doutrina da desconsideração, em vez de encontrar nesse fenômeno um dos seus maiores focos de aplicação, volte ao leito da excepcionalidade, atuando como remédio apto a enfrentar situações de abuso de direito, fraudes e desvios de finalidade, identificados em casos específicos”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário. Poder de Controle*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 177-178

³⁷⁶ Nesse sentido, “Also recently, In Italy, while expressly acknowledging the existence of the group and the legitimacy of the subordination of a cluster of affiliate corporations to a unified direction and coordination exercised by the parent corporation, the legislator has also renders acceptable the pursuit of the group interest insofar as the damages caused by a concrete detrimental transaction to a certain subsidiary corporation might be neutralized or set off by the advantages derived to it from another single intragroup transaction or from the fact of belonging to a group.” ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *The governance of corporate groups*. In ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.) *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

grupo. Isto objetiva a equidade das relações através de um equilíbrio entre as vantagens e as desvantagens³⁷⁷.

Os legisladores italianos – ao regular a responsabilidade civil nos grupos empresariais através da atividade de direção e coordenação – conceberam um modelo em que a existência dos grupos é verificada através de presunções. Quando uma sociedade tem poder suficiente para controlar outra sociedade, esta pode instruir os diretores da sociedade controlada, mesmo que as instruções sejam desvantajosas. Quando isso ocorre e estão presentes os elementos para presunção da existência de um grupo, ocorre a incidência do mecanismo das vantagens compensatórias.

Ademais, este mecanismo é considerado como o limite ao poder de controle, ou seja, o limite é a devida compensação das desvantagens que as instruções possam causar à sociedade controlada. Caso haja o poder de controle e, em decorrência disso, houver desvantagens à sociedade controlada sem a devida compensação, ocorre abuso do poder de controle.

Assim, o modelo italiano diferencia-se dos demais existente por haver previsão normativa do reconhecimento de um amplo poder de controle. Não se exige origem contratual (sua origem geralmente é fática) dos grupos de sociedades para haver o poder de controle devidamente disciplinado por lei (art. 2597 do CC/IT). Como se nota, houve o estabelecimento de: (i) um poder de controle; (ii) um limite a esse poder; e (iii) uma obrigação de ressarcir os danos. Dessa forma, deve sempre haver uma comutatividade nas relações de grupo, que ocorre através da análise entre as vantagens e as desvantagens advindas do fato de uma sociedade integrar um grupo.

O principal aspecto do modelo italiano é regular as relações societárias que vêm ocorrendo na prática empresarial sem deixar de realizar a tutela do acionista minoritário e dos credores da sociedade controlada. Esta tutela ocorre através da *teoria das vantagens compensatórias*. Todavia, não se sabe se este modelo é realmente eficiente, considerando que ainda é recente.

Além disso, a teoria em estudo está relacionada ao interesse de grupo. Embora a legislação italiana não reconheça expressamente tal interesse, a partir do artigo 2497 do

³⁷⁷ Nesse sentido: “[...] according to this doctrine, the assessment and valuation of the detrimental effect of the exercise of power of direction of the parent Corporation over the individual business interest of each subsidiary corporation involves a sort of overall ‘balances’ or ‘compensation’ between gains (advantages) and losses (disadvantages) derived from integration in the perimeter of a group.”. *Ibidem*, p. 43.

CC/IT e da teoria das vantagens compensatórias, é possível notar a forte influência da já estudada doutrina francesa refletida na Sentença *Rozenblum*.

A teoria das vantagens compensatórias é respaldada no conceito de interesse social de grupo³⁷⁸. Este interesse é a tendência à realização do objetivo unitário do grupo, o qual geralmente reflete os objetivos da maioria acionária.

Nesse contexto, tema de bastante discussão seria o limite da atividade de direção e coordenação, ou seja, até que ponto é lícito o interesse de grupo prevalecer sobre o interesse social de cada sociedade que compõe o grupo? O ponto principal disso seria estabelecer até que ponto uma vantagem é idônea a ilidir o dano no sistema das vantagens compensatórias, de forma a garantir a equidade entre vantagens e desvantagens e, com isso, conferir maior proteção aos acionistas minoritários e os credores³⁷⁹.

Um dos principais desafios da teoria em estudo é estabelecer os termos quantitativos e temporais da compensação. Isto visa a garantir que a finalidade do sistema de vantagens compensatórias não seja frustrada e assegure a integridade do interesse social de cada sociedade que compõe o grupo de sociedades.

No que toca ao momento de verificação do prejuízo sofrido pela sociedade controlada, oriundo da atividade de direção e coordenação, a doutrina italiana³⁸⁰ divide-se em dispor se o prejuízo é momentâneo ao cumprimento da instrução desfavorável ou se é previsível, de modo a gerar resultados em um futuro próximo.

A doutrina majoritária entende³⁸¹, com base no fato de que a lei menciona “*alla luce del risultato complessivo*”³⁸², que o sistema de vantagens compensatórias deve ser

³⁷⁸ GIOVANNI, Stefania. *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 173 e ss.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 158 e ss.

³⁸⁰ MONTALENTI, Paolo. *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*. In AA.VV. *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*. Per I quarant'anni di giurisprudenza commercial. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 38. Milano: Giuffrè, 2015, p. 180.

³⁸¹ Cabe mencionar que os primeiros julgados sobre o tema em questão, ao arremesso da doutrina majoritária, entenderam que a vantagem e o dano deveriam derivar da mesma operação ocorrida no interior do grupo, de forma a considerar o princípio do *compensatio lucri cum danno*. Como argumento contrário a isto, a doutrina alega que o mencionado princípio é aplicado no âmbito de uma única operação de uma relação contratual bilateral, o que é diverso da relação de grupo. Nas palavras de Giovanni: *Nell'ambito del gruppo di società, al contrario, ci si trova di fronte ad una relazione di durata che si instaura per effetto dello svolgimento di un'attività economica: dall'art. 2497 c.c., infatti, si evince che la società cagiona il pregiudizio ai soci o ai creditori, esercitando attività di direzione e coordinamento di società. Il danno, pertanto, deriva dall'attività complessivamente intesa, ed è per tale ragione che il legislatore ha preferito parlare di “danno (che) risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività”, anziché di compensazione fra vantaggio e svantaggio*”. GIOVANNI, Stefania, ob. cit. p. 167.

³⁸² Artigo 2497 do CC/IT.

executado com base nas compensações econômicas atuais e nas projeções racionais de resultados futuros de cada operação individual entre as sociedades. Assim, o cálculo das vantagens e desvantagens é com base nos benefícios ou prejuízos racionalmente previsíveis que uma determinada operação pode gerar³⁸³.

Com relação ao aspecto quantitativo, há a divisão na doutrina italiana sobre se a vantagem compensatória deve ser entendida como: (i) estritamente quantitativa e contábil; ou (ii) em termos mais elásticos e de racional probabilidade. Se for entendida em termos mais elásticos e de racional probabilidade, poderá resultar em uma compensação entre vantagem e desvantagem não meramente algébrica e proporcional, mas em um momento diverso e em operações econômicas diferentes. Seria, assim, a diferença entre compensação efetiva e virtual³⁸⁴.

Da análise do artigo 2497 pode-se concluir que o legislador italiano explicitou na norma os termos “*dano mancante*” e “*integralmente eliminato*”. Ambas as expressões devem ser lidas de acordo com “*a luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento*”. Isto demonstra a intenção do legislador em adotar uma concepção mais virtual. A doutrina majoritária entende que a concepção elástica da teoria das vantagens compensatórias é a que exprime o objetivo da teoria e que atende à realidade do mundo empresarial³⁸⁵.

A teoria das vantagens compensatórias foi uma construção jurídica que há muito tempo era debatida e desejada pela doutrina italiana³⁸⁶. Ela era vista como uma solução para o conflito de interesses existente nos grupos de sociedades e surgiu como uma resposta ao debate acerca do interesse de grupo de sociedades na doutrina italiana³⁸⁷.

³⁸³ Para Paolo Montalenti: “[...] *la tipologia delle diverse aree in cui si estrinseca la direzione e coordinamento trova elemento unificante nel criterio dei vantaggi compensativi che deve essere inteso non già come limitati alla compensazione economica attuale bensì anche alla razionalmente prevedibile compensazione futura derivante dall’apparenza al gruppo nell’arco temporale delle singole operazioni; [...]*”. MONTALENTI, Paolo, ob. cit. p. 182.

³⁸⁴ GIOVANNI, Stefania. *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 155 e ss.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 155 e ss.

³⁸⁶ A jurisprudência italiana, antes da reforma legislativa do CC/IT de 2003, já acenava para o reconhecimento da teoria das vantagens compensatórias. Cf. GUIDOTTI, Rolandino Guido, 1997, p. 134.

³⁸⁷ O jurista italiano Paolo Montalenti há muitos anos é um defensor do conceito de interesse social de grupo de sociedades, conforme crítica contrária à tese de Floriano d’Alessandro: “*Io credo che questa appassionata difesa della ‘tradizione’ sia tuttavia viziata, per le ragioni già ampiamente espresse, sia da un’antistorica opposizione alla realtà economica, sia da una visione pessimista se non apocalittica della evoluzione del diritto azionario. Credo invece che la via più convincente per fornire una risposta appagante al problema del conflitto di interesse nei gruppi, sia quella di elaborare, sia pure in abbozzo, una teoria dei vantaggi compensativi.*” MONTALENTI, Paolo. *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi*

Ademais, essa teoria jurídica oferece ao intérprete jurídico “*un criterio indicativo per tracciare un confine tra ‘socialità’ e ‘extrasocialità’ dell’interesse di gruppo e, quindi, tra fisiologia e patologia nelle strategie economico-finanziarie di gruppo.*”³⁸⁸.

Um aspecto importante da teoria em questão é que ela não é considerada como uma teoria de indenização³⁸⁹. Isto se deve ao fato de que a teoria de vantagens compensatórias não é apenas uma quantificação numérica do prejuízo (como é a indenização). Não há, portanto, uma rigidez quantitativa e proporcional entre vantagem e desvantagem, bem como não requer a coincidência de tempo entre o sacrifício pelo interesse do grupo e a contraprestação.

Conforme TOMBARI³⁹⁰, não se deve apenas realizar uma compensação baseada na análise de ativos e passivos, mas sim com base em uma valoração global da complexa atividade de direção e coordenação. Pode haver vantagens (pelo fato de uma sociedade pertencer a um grupo) que dificilmente serão consideradas em uma análise de ativos e passivos entre a sociedade dirigente e a dirigida³⁹¹. Assim, para a aferição do prejuízo, é preciso relevar diversas operações ocorridas no âmbito do grupo empresarial, não apenas a operação que resultou em prejuízo à sociedade controlada.

Os legitimados ativos para propor ação de responsabilidade são os sócios de qualquer sociedade dependente e os seus credores. Apesar de a lei parecer excluir, a doutrina considera a sociedade controlada também como legitimada ativa³⁹². Com relação ao polo passivo, responde diretamente a sociedade ou o ente que exercitou de forma irregular a atividade de direção e coordenação. Além disso, são solidariamente responsáveis aqueles que tenham tomado parte no ato prejudicial (cf. § 2º do artigo 2497).

São responsáveis solidários não apenas os sujeitos ligados à companhia controladora (como os seus administradores, diretores, pessoas que compõem o órgão de

compensativi. In: Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1638.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 1645.

³⁸⁹ Nesse sentido “*La teoria dei vantaggi compensativi non è teoria dell’indennizzo.*” *Ibidem*, p. 1643.

³⁹⁰ TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 42.

³⁹¹ Como exemplo disso tem-se maior competitividade no mercado e menor custo de produção.

³⁹² TOMBARI, Umberto, ob. cit. p. 44.

direção), mas qualquer sujeito, pessoa física ou jurídica, que opera continuamente no âmbito do grupo societário e que teve envolvimento com a decisão que gerou o dano³⁹³.

Ainda, responde solidariamente no limite da vantagem conseguida aquele que obteve benefício ciente do ato que violou o princípio da correta gestão social e empresarial. Esse é o caso, por exemplo, do acionista da sociedade controladora ou do sócio de controle de uma sociedade integrante do grupo que obteve vantagens com a instrução ciente dos prejuízos que a operação causaria à determinada sociedade controlada³⁹⁴.

Cabe salientar que se a responsabilidade é em virtude da participação na operação que causou o dano, o indivíduo deve responder integralmente. Contudo, se a responsabilidade é em virtude do benefício que é recebido quando o agente agiu de forma passiva, sua responsabilidade é no limite da vantagem recebida³⁹⁵.

Quando a sociedade controlada sofre prejuízo por causa da sociedade controladora, esta deve compensar os danos oriundos da relação de grupo. Caso isso não ocorra, há responsabilidade civil³⁹⁶. Esta é a lógica de aplicação da teoria das vantagens compensatórias, em que uma sociedade pode ter prejuízo advindo da relação de grupo e, no entanto, por ter benefícios em outras operações, advindos também da relação de grupo, acaba por ter seu prejuízo neutralizado (§3º do art. 2497 do CC/IT)³⁹⁷.

No que se refere à responsabilidade direta da sociedade controladora perante os sócios e os credores da sociedade controlada, o mencionado §2º do art. 2497 do CC/IT deve ser interpretado no sentido de permitir a responsabilidade direta como uma execução preventiva. Isto se justifica pelo fato de que a sociedade mãe tem a obrigação de garantir o pagamento dos prejuízos causados aos sócios e aos credores da sociedade controlada. No

³⁹³ O doutrinador italiano Umberto Tombari cita como exemplo: o administrador da sociedade-mãe que elaborou a diretiva ilegítima; ou as pessoas que compõem o órgão de controle da *holding* controladora e fizeram parte do ato lesivo à sociedade controlada por omitirem-se quando poderiam se opor. *Ibidem*, p. 46.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 47.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 49.

³⁹⁶ Nesse sentido: “*No obstante, esta responsabilidad no surge cuando falta el daño a la luz del resultado conjunto de la actividad de dirección o de coordinación, o bien cuando ese daño resulte eliminado de forma íntegra como consecuencia de operaciones que tengan ese fin. Por otro lado, el socio o el acreedor social sólo pueden accionar contra el ente o la sociedad que ejerce el control, si no son compensados por la sociedad controlada. Se advierte, por consiguiente, que surgen determinados contrapesos a esa responsabilidad.*” SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, p. 358.

³⁹⁷ Artigo 2497, § 3º, do CC/IT: “*Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.*”.

caso de ação diretamente interposta contra a sociedade-mãe, a sociedade controlada figura também como ré.

A teoria italiana das vantagens compensatórias recebe diversas críticas no cenário internacional. O jurista português Engrácia Antunes critica sob dois aspectos, por um lado, “[...] *the compensatory system seems to be built upon a theoretical fallacy*”³⁹⁸. O mencionado autor acredita que o objetivo principal de um sistema de vantagens compensatórias é fazer com que a companhia subsidiária retorne à forma que era antes de ter começado a fazer parte de um grupo, com seu valor patrimonial e econômico e sua posição de mercado. Entretanto, o mesmo doutrinador considera tal objetivo como impossível. Afinal, “[...] *the entrance of a independent Corporation into a corporate group represents a sort a ‘point of no return’ [...]*”³⁹⁹.

O segundo principal argumento contrário à teoria das vantagens compensatórias do referido autor é a sua dificuldade de concretização prática. São diversos os valores a serem compensados e trata-se de uma complexa análise de um balanço de compensações entre os ganhos e os prejuízos derivados da relação de grupo. Outrossim, é difícil determinar se algumas vantagens ou desvantagens ocorridas durante a relação de grupo são oriundas de determinações da sociedade-mãe ou da administração da sociedade subsidiária⁴⁰⁰.

Outro aspecto relevante é o aferimento de quando uma orientação é benéfica ou prejudicial para a sociedade subsidiária. Pode ocorrer que uma diretriz da sociedade controladora seja empresarialmente racional e, após, por diversas circunstâncias, mostra-se um desastre econômico⁴⁰¹. Em virtude disso, de acordo com ENGRÁCIA ANTUNES, a teoria das vantagens compensatórias é inoperável. Isto se justifica devido as variadas hipóteses de análise das decisões. A conclusão da análise pode variar, dependendo do ponto de vista dos efeitos econômicos em que a relação de grupo é analisada. Ademais,

³⁹⁸ ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *The governance of corporate groups*. In ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.) Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁰¹ Engracia Antunes exemplifica este argumento com a seguinte situação: “*Suppose that a parent corporation, by using its power of direction, causes the management of a subsidiary corporation to manufacture a certain risky product and to export it to a new geographical markets, granting access to the distribution and advertising facilities of the group and the support of central market prospecting services. The evaluation of the detrimental/beneficial nature and magnitude of such business decision would depend on so many unpredictable factors (both internal and external to the parent-subsiary relationship) that theoretically, every future scenario is legitimate.*” *Ibidem*, p. 46.

existe a dificuldade de encontrar valores exatos para saber se ocorreu uma devida compensação de vantagens.

Sobre o presente assunto, o comercialista italiano JAEGER afirmava que a teoria de vantagens compensatórias deveria enfrentar um problema, que consistia na determinação de quando há propriamente uma vantagem, de forma que também é necessário determinar uma compensação efetiva e não apenas uma compensação virtual. Isto justifica-se por ser necessário que seja garantida a satisfação do interesse patrimonial do sócio da sociedade controlada que foi prejudicado por diretriz da sociedade controladora, justificada pela satisfação de um interesse de grupo⁴⁰².

No que toca à contribuição da teoria em estudo para uma regulamentação de grupos a nível europeu, a doutrina italiana entende o seu modelo como uma referência a ser seguida⁴⁰³. Para tanto, considera oportuno o reconhecimento do interesse de grupo somente se isto for com o objetivo de facilitar o desenvolvimento da política de grupo⁴⁰⁴. Caso o objetivo seja construir um conceito de interesse social, tal doutrina não é a favor. Segundo TOMBARI, esta objeção ocorre em função do entendimento de que não se deve construir um conceito de interesse de grupo. O autor defende a ideia de que é preciso criar regras e mecanismos que regulem o exercício de direção e coordenação das sociedades em relação de grupo⁴⁰⁵, sendo que isto seria suficiente para a regulamentação dos grupos⁴⁰⁶.

⁴⁰² JAEGER, Pier Giusto. *Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*. In *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. 1. Milano: Giuffrè. p. 795-812, 2000, p. 811.

⁴⁰³ Na mesma linha Paolo Montalenti afirma que “*La disciplina italiana si pone, per completezza di regolazione e modernità di criteri, pur con alcuni limiti da superare, come un punto di riferimento per una disciplina europea alla luce degli spunti emersi da altri ordinamenti (si veda in Francia la dottrina Rozenblum) e delle indicazioni emergenti dall’Action Plan 2012.*”. MONTALENTI, Paolo. 2015, p. 181.

⁴⁰⁴ Nesse sentido: “*Nell’Actio Plan 2013-2015 si prevede l’introduzione di una direttiva in materia di gruppi di impresa mirata, essenzialmente, a trovare un punto di equilibrio codificato tra la legittimazione del perseguimento di un interesse di gruppo e la protezione dell’interesse social (e in particolare degli azionisti esterni e dei creditori) delle singole società. A fronte di discipline straniere sostanzialmente silenti, arricchite da qualche spunto giurisprudenziale – penso alla c.d. dottrina Rozenblum in Francia – la regolamentazione italiana dell’abuso di direzione unitaria incentrata sul c.d. criterio dei vantaggi compensativi potrebbe rappresentare un significativo punto di riferimento.*”. MONTALENTI, Paolo. *Il diritto societario riformato nel quadro europeo*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè, 2014, p. 36.

⁴⁰⁵ TOMBARI, Umberto. *Il “Diritto dei gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 115.

⁴⁰⁶ Segundo TOMBARI, o direito italiano pode oferecer duas importantes sugestões ao legislador europeu. A primeira seria que “*il ‘diritto dei gruppi’ deve essere costruito per principi generali e regole tendenzialmente transtipiche ed applicabili ad ogni modello di ‘società che esercita o che è soggetta ad attività di direzione e coordinamento’*”. TOMBARI, Umberto, ob. cit. p. 116.

Como já visto, a lei italiana não conceitua grupos de sociedades. Entretanto, entende-se que isso precisa ser melhor explorado⁴⁰⁷. Acredita-se que construir um sistema baseado em um conceito impreciso é algo bastante arriscado. É necessário haver conceitos sólidos. A própria doutrina italiana ao estudar a sua legislação apresenta divergências acerca dos conceitos definidos na lei, conforme acima analisado⁴⁰⁸. A existência de conceitos imprecisos é a base para gerar insegurança jurídica ao operador do direito.

Assim, o sistema jurídico italiano possui um difícil equilíbrio. Por um lado, prevê um “privilégio” da sociedade controladora em instruir, mesmo que de forma desvantajosa, a sociedade controlada. Por outro lado, a legislação italiana não introduz um conceito de interesse de grupo⁴⁰⁹.

Destarte, o modelo em estudo mostra-se alinhado com as perspectivas empresariais das grandes sociedades, em especial as controladoras. Além disso, apresenta um modelo de proteção à sociedade controladora e seus acionistas e credores sociais. Apesar disso, ainda há dúvidas sobre a sua eficiência na proteção dos acionistas minoritários e dos credores das sociedades controladas, de modo que esse modelo carece de maior amadurecimento.

3.3 As perspectivas de responsabilidade civil nos grupos de sociedades na União Europeia

A divergência de regras relativas à organização dos grupos e a sua administração em diferentes países são bastante prejudiciais aos grupos de sociedades. Regras padrões são essenciais para qualquer administração eficaz. Essa necessidade intensifica-se em grandes empresas internacionais. Ocorre que a discrepância entre as normas de direito interno relativas à administração e à organização das sociedades e dos grupos impõe limites à administração de grupos, que geralmente atuam de forma internacional.

⁴⁰⁷ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 270.

⁴⁰⁸ Dessa forma, “[...] A imprecisão de noções determinantes, por exemplo, a do “equilíbrio entre encargos e vantagens” e “ao longo do tempo”, é enorme, com a consequência de parecer faltar um mínimo de segurança jurídica.” KOPPENSTEINER, Hans-Georg. Os grupos no Direito Societário Alemão, IDET, Miscelâneas n° 4, Coimbra: Almedina, 2006, p. 36.

⁴⁰⁹ TOMBARI, Umberto, ob. cit. p. 116.

Além disso, os custos e o tempo necessário para analisar legislações diferentes ao realizar o planejamento de um grupo é extremamente alto e não condiz com a rapidez de tomada de decisões exigida pelos operadores econômicos. Outrossim, a discrepância da legislação relativa ao relacionamento entre as empresas de um mesmo grupo de sociedades pode conduzir a diferentes formas de avaliar uma empresa, o que abala a confiança e a credibilidade do grupo e, conseqüentemente, gera prejuízos⁴¹⁰.

Nesse sentido, é importante que existam padrões uniformes de organização e administração, bem como de apresentação de dados para garantir que o núcleo central de administração tenha consciência total da real situação da empresa. Ademais, é necessário haver uniformidade e coesão na implementação das estratégias centrais de administração, o que é verificado através de mecanismos internos que visam a garantir a aplicação dessas estratégias em cada nível do grupo⁴¹¹.

Considera-se fundamental a implementação de princípios e regras basilares padronizadas sobre a administração e a organização dos grupos societários, sendo que não se pode esquecer as normas atinentes à tutela dos sócios minoritários e dos credores, bem como de proteção da própria sociedade controlada. Ocorre que, ao falar em harmonização, surge a dúvida de qual modelo de regulamentação deve ser seguido.

Diante da necessidade da existência de regras padrões, na União Europeia avança-se com novos modelos de regulamentação da responsabilidade civil na regulamentação dos grupos de sociedades, o que merece ser estudado. Além disso, essa análise se justifica para eventual criação de um modelo padrão e amplamente aceitável ou para a reforma das legislações existentes relativas à responsabilidade civil nos grupos de sociedade.

O direito societário europeu já evoluiu em termos de uniformização de regras jurídicas⁴¹². No entanto, existem aspectos que ainda são bastantes disformes, como é o caso da regulamentação dos grupos de sociedades no âmbito do direito societário.

⁴¹⁰ Interessante é a forma como Francesco Chiapetta e Umberto Tombari explicam a necessidade de haver uma uniformização de normas relativas a grupos de sociedades a nível europeu através da análise da administração do Grupo Pirelli, do qual Chiapetta é membro do Conselho Geral de Administração. CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 269.

⁴¹¹ *Ibidem* pp. 265-268.

⁴¹² Paolo Montalenti defende que de fato já existe um direito societário europeu, na medida em que várias regras jurídicas internas atinentes a direito em Estados-membros da União Europeia já foram uniformizadas: “*In conclusione il diritto societario nei diversi ordinamenti europei ha raggiunto un grado apprezzabile di uniformità per cui può, a buon diritto, ritenersi che il sintagma diritto societario europeo sia una formula*

Uma das principais justificativas para uma uniformização das regras sobre grupos de sociedades é a redução dos custos de realização de negócios internacionais, uma vez que o custo de tempo e de dinheiro necessário para analisar diferentes legislações é bastante alto. Ademais, estes custos são muito frequentes no ambiente europeu, em que as grandes empresas geralmente são organizadas em forma de grupos e têm os seus negócios organizados entre empresas subsidiárias localizadas em diferentes países⁴¹³.

Na Europa, apenas alguns países possuem uma regulamentação específica acerca de grupo de sociedades – como é o caso da Alemanha e, inspirados nesta, Portugal, Hungria, República Tcheca, Eslovênia e, em menor grau, a Itália. Em outros países, geralmente há apenas poucas normas legislativas relativas a aspectos específicos de grupos de sociedades.

Assim, a maioria das legislações nacionais não apresenta um conjunto de regras específicas sobre o fenômeno dos grupos societários e, quando há regulamentação, estas regras geralmente contêm diferenças de um país para outro. Isto acarreta a possibilidade de haver inúmeras soluções a um mesmo problema e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

Nesse contexto, é necessário haver uma unificação das regras sobre grupos de sociedades no âmbito da União Europeia⁴¹⁴. Essa ideia não é recente. Em 1984, foi apresentado projeto da 9ª Diretiva sobre direito das sociedades⁴¹⁵, em que havia uma forte influência do modelo alemão de grupos societários (AktG de 1965)⁴¹⁶, apesar de ter criado um modelo próprio⁴¹⁷.

espressiva di contenuti normativi e effettivi e non una mera aspirazione programmatica.” MONTALENTI, Paolo. *Il diritto societario riformato nel quadro europeo*. In *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè, 2014, p. 33.

⁴¹³ Concorde-se com o entendimento de COGNAC quando afirma que, na União Europeia, em que o comércio é cada vez mais integrado, existir 27 regulamentações relativas a grupos de sociedades comerciais é, nas palavras do autor, um verdadeiro “luxo inútil”. COGNAC, Pierre-Henri. *Le group de sociétés*. In COGNAC, Pierre-Henri; FRANÇOIS, Bénédicte; LECOURT, Benoît; LE NABASQUE, Hervé; PARLEANI, Gilbert; SCHMIDT, Dominique. URBAIN PARLEANI, Isabelle. *Réflexions collectives sur le nouveau plan d’action en droit européen des sociétés*. In *Revue des Sociétés*. Juillet-Août 2013 – n° 7-8, p. 417.

⁴¹⁴ Sobre as principais construções legislativas e jurisprudências sobre direito das sociedades na União Europeia, ver HOPT, Klaus J.; WYMEERSCH, Eddy. *European Company and Financial Law. Texts and leading cases. Fourth Edition*. Oxford: Oxford University Press. 2007.

⁴¹⁵ Ver CORDEIRO, António Menezes. *Evolução do direito europeu das sociedades*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. I – Jan. 2006.

⁴¹⁶ Interessante é a opinião do jurista português Coutinho de Abreu sobre os motivos pelos quais a 9ª Diretiva não foi aprovada: “Segundo alguns autores alemães, uma das principais razões é de ordem psicológica: os Estados-membros sem direito codificado dos grupos não veem com bons olhos a importação “forçada”

Por apresentar um sistema de regulamentação global do fenômeno do agrupamento societário, o projeto da 9ª Diretiva não obteve apoio dos Estados-membros⁴¹⁸ (pela maioria destes entender que não havia necessidade de uma regulação geral dos grupos, uma vez que bastava a proteção conferida aos acionistas minoritários e aos credores das sociedades controladas no direito societário *comum*)⁴¹⁹. Em virtude disso, não obteve sucesso⁴²⁰.

Após longo período sem haver relevantes iniciativas sobre o assunto, a uniformização dos grupos de sociedades no ambiente da União Europeia voltou a ser debatida em 1998, quando foi constituído o *Forum Europeaum on Group Law*. Com a criação desse grupo de estudos, uma série de novos grupos de reflexão sobre o assunto foram constituídos, destacando-se: o *High Level Group of Company Law Experts* (2000); o *Reflection Group on the Future of EU Company Law* (2010); e o *European Model Company Act Project – EMCA* (2008)⁴²¹.

Os estudos que os mencionados grupos produziram são relevantes documentos para o futuro do direito dos grupos societários, pois refletem possíveis soluções que hoje existem na doutrina, legislação e jurisprudência internacionais. Diante disso, passa-se à análise das conclusões acerca da unificação do direito de grupo na União Europeia.

Em seu relatório, o *Forum Europeaum on Group Law*, em 1998, fez uma recomendação restrita à adoção de regras que objetivassem solucionar problemas

(através da directiva) de um direito visivelmente influenciado pelo alemão. Talvez tenham razão. Todavia, penso que o motivo é outro: os grupos de empresas (melhor, as empresas ou os sócios dominantes) não querem ficar sujeitos a um direito especial (salvo na parte em que ficam beneficiados). E as autoridades nacionais e comunitárias têm dito “ámen”...” Conforme ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina.: Coimbra, 1999, p. 279.

⁴¹⁷ FORUM EUROPEU SOBRE GRUPO DE SOCIEDADES. *Proposta Relativa à Administração de Grupos de Sociedades Transfronteiriços na Europa*. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, 2015, p. 11.

⁴¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007, p. 356.

⁴¹⁹ FORUM EUROPEU SOBRE GRUPO DE SOCIEDADES. *Proposta Relativa à Administração de Grupos de Sociedades Transfronteiriços na Europa*. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, 2015, p. 12.

⁴²⁰ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 262.

⁴²¹ O último trata-se de um conjunto de juristas independentes, sediados na Universidade de Aarhus/Dinamarca, que, nos mesmos moldes do *American Act* feito pela *American Bar Association*, pretendem criar um modelo básico de regras de grupos de sociedades para a União Europeia.

específicos, não sugerindo a adoção de princípios gerais sobre os grupos de sociedades⁴²². No que toca ao interesse social, há a defesa de que “[...] os interesses da sociedade-mãe devem ser reconhecidos, mas igualmente o devem os interesses das sociedades filiais e das pessoas com estas relacionadas.”⁴²³.

No ano de 2002, o *High Level Group of Company Law Experts* apresentou um relatório⁴²⁴. Este foi importante, pois serviu de base para o *Action Plan of the European Commission*. Neste, foi evidenciado que não era necessário haver na União Europeia um completo conjunto de regras específicas sobre direito dos grupos de sociedades. No mesmo sentido que o relatório do *Forum Europeum on Group Law*, concluiu que não é necessário haver uma intervenção legislativa sobre grupo de sociedades a nível europeu, bastando algumas regras que solucionassem os problemas específicos mais importantes, como a transparência da organização dos grupos e das relações no interior do grupo⁴²⁵.

Em diferente sentido, o relatório do *Reflection Group on the Future of EU Company Law*⁴²⁶ propõe a criação de preceitos basilares sobre grupo de sociedades a nível europeu. Pugna, ainda, pelo reconhecimento do conceito de interesse de grupo como meio para alcançar a unificação legislativa sobre grupos de sociedades e facilitar a governação dos grupos.

⁴²² FORUM EUROPEU SOBRE GRUPO DE SOCIEDADES. *Proposta Relativa à Administração de Grupos de Sociedades Transfronteiriços na Europa*. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, 2015, pp. 11-14.

⁴²³ *Ibidem*, p. 13.

⁴²⁴ Sobre o relatório do *High Level Group of Company Law*: “Può essere interessante osservare, infine, che il rapporto finale del c.d. *High Level Group of Company Law Experts* (conosciuto anche come ‘rapporto Winter’) riconosce, in generale, la diffusione e la liceità del gruppo di imprese, ma, allo stesso tempo, non ritiene opportuno imporre a livello comunitario una disciplina organica del fenomeno. Più in particolare, al fine di tutelare i vari interessi coinvolti, il documento in esame suggerisce di intervenire in tre ambiti specifici, quali in specie: a) la ‘trasparenza’ della struttura e dei rapporti di gruppo; b) la ‘base gestionale’, rispetto alla quale si propone di agevolare il perseguimento della politica ‘unitaria’ di gruppo compatibilmente con la tutela dei soci di minoranza e dei creditori, riconoscendo, in definitiva, la rilevanza di ‘vantaggi compensativi’; c) la ‘struttura piramidale’ caratterizzate dalla presenza di società quotate, rispetto alle quali si invitano le autorità competenti ad una più rigorosa selezione delle condizioni di ammissione alla quotazione per le società appartenenti ad un gruppo. Se queste saranno le linee d’intervento in sede comunitaria, la disciplina italiana potrebbe forse essere destinata ad alcune modifiche, nella conferma, peraltro, dell’impianto generale.”. TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore. 2010, p. 8.

⁴²⁵ Os Estados Ver CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 263. Também FORUM EUROPEU SOBRE GRUPO DE SOCIEDADES. *Proposta Relativa à Administração de Grupos de Sociedades Transfronteiriços na Europa*. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, 2015, p. 11. menciona que a maioria dos Estados-membros manifestaram-se no sentido de não haver necessidade de regulação geral para os grupos e que os credores sociais e os sócios minoritários.

⁴²⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*. 2011..

Com o reconhecimento do interesse de grupo, segundo o *Reflexion Group*, é possível que a sociedade controladora administre-o de acordo com o *interesse geral do grupo*. Como consequência disso, os administradores das sociedades controladas poderiam ter seus deveres (diante das sociedades que administram) relativizados quando adotarem medidas em favor do interesse de grupo e desfavorável à companhia que dirigem.⁴²⁷ Entretanto, diante das críticas e das complexas consequências que a introdução de um conceito de interesse de grupo na legislação pode acarretar, considera-se que esta solução é bastante controversa.

O *Reflexion Group* teve como objetivo principal analisar os mais significativos problemas relacionados ao direito de grupo de sociedades que ocorriam nos Estados-membros da União Europeia, além de recomendar soluções a esses problemas. Tal estudo considerou que administração de um grupo deve, geralmente, ser realizada por um sistema flexível (sistema no qual é combinado o controle exercido pela sociedade controladora e uma parcela de autonomia local concedida pela empresa subsidiária). Em virtude disso, a conclusão principal foi de que é necessário haver uma uniformização das regras gerais sobre grupos de sociedades. Isto tem o objetivo de reduzir os custos de administração das empresas e da realização de negócios internacionais causados pela discrepância entre regras sobre o assunto na União Europeia.

É importante observar que o *Reflexion Group* apresentou conclusões baseadas em um direito como organização do grupo (*Organisationsrecht*)⁴²⁸. Isto se difere da tendência alemã de grupos sob uma visão de proteção dos acionistas minoritários e dos credores das companhias controladas (*Schutzrecht*). Com o aspecto organizacional, a legislação prioriza intervir nos mecanismos de governação dos grupos societários (*group governance*).

A Comissão da União Europeia, em seu Plano de Ações de dezembro de 2012 [COM (2012) 740/2], em poucas linhas evidenciou que pretende tratar do direito de grupo de sociedades. Defendeu o reconhecimento do interesse de grupo e o aumento da transparência de informações no confronto de investidores na estrutura de grupo⁴²⁹.

⁴²⁷ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 264.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 265.

⁴²⁹ MARCHETTI, Piergaetano. *Il nuovo Action Plan europeo in material societaria e di corporate governance*. In *Rivista delle Società*, Anno 58. 2013. Milano: Giuffrè, p. 242.

Já o EMCA⁴³⁰, em uma defesa extrema do caráter organizacional dos grupos de sociedades, defende o reconhecimento do interesse de grupo sem uma proteção especial aos credores sociais e acionistas minoritários das sociedades controladas (*Section 16*). Tal documento pugna por um amplo poder de controle, baseado no (impreciso) interesse de grupo. Ademais, não postula a criação de norma especial de responsabilidade ao poder de controle, ou seja, não há uma contraprestação especial para coibir abusos efetuados em razão do poder de controle⁴³¹.

Assim, nota-se que tanto as conclusões do *Reflexion Group* como as do EMCA e da Comissão, através do mencionado Plano de Ações, acenam ter como objetivo uma visão europeia de direito de grupo como um direito de organização⁴³². Outrossim, consideram que não existe a necessidade de formalização de uma convenção para que um grupo seja criado, como exigem as legislações em que há regulamentação especial de grupos de sociedades. O critério para a formação de grupo, conforme as últimas tendências de unificação na União Europeia (bem como pela doutrina e legislação italiana), é o exercício do poder de controle, de acordo com a já estudada doutrina *Rozenblum* da França.

Com base nessa breve evolução histórica, nota-se que o direito de grupo de sociedades na Europa por muito tempo foi hegemonicamente influenciado pelo modelo alemão de direito de grupos (*Konzernrecht*). Entretanto, atualmente assiste-se ao surgimento de outros modelos de direito de grupos de sociedade. Estes modelos, apesar de não terem alcançado a influência majoritária que o direito alemão outrora teve,

⁴³⁰ ANDERSEN, Paul Krüger; BAUMS, Theodor. [coord.]. *European Model Company Act*.

⁴³¹ Interessante e instigadoras são as críticas realizadas por Coutinho de Abreu: “O capítulo 16 “legaliza” o que as sociedades controladoras vêm fazendo, mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer – nomeadamente, dar instruções, inclusive desvantajosas, à administração das controladas – e sem prescrever em contrapartida regras significativas de proteção dos sócios minoritários e/ou dos credores das controladas. Utilizando ainda palavras dos citados General Comments: “o direito de uma sociedade-mãe dar instruções a uma subsidiária é reconhecido, sem criar uma específica responsabilidade ou ónus para a sociedade-mãe, pois este poder corresponde à realidade.”(p.465)) Aí está a “realidade”, os factos, a realidade dos factos a impor-se, sem mais, ao direito. Como se aquela realidade empresarial não pudesse ou devesse ser conformada-alterada político-juridicamente... É certo que o político-jurídico vem revelando forte “factodependência” ou “factoservilismo”, vem normalizando a “realidade” do poder económico-empresarial (financeiro, em especial). Mas será que não resta fazer nada mais? “Não há alternativa”? ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *O Direito dos Grupos de Sociedades segundo o European Model Company Act*. 2016. No prelo. Item 1.3.

⁴³² TOMBARI, Umberto. *Il “Diritto dei gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario. In Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 113.

apresentam-se como alternativas ao legislador europeu para uma unificação do direito comunitário dos grupos de sociedades⁴³³.

Como sugestão para um possível direito de grupos europeu, os juristas italianos TOMBARI e CHIAPPETTA⁴³⁴ entendem que deve haver um conjunto uniforme de princípios em que esteja expresso: (i) que a sociedade controladora tenha o poder de direção e coordenação das subsidiárias, podendo intervir em assuntos estratégicos e em decisões fundamentais de administração; (ii) definir os princípios gerais de administração que a sociedade controladora deve respeitar na direção e coordenação do grupo; (iii) definir os poderes e deveres relativos aos diretores da sociedade controlada; e (iv) especificar quais as obrigações que a sociedade controladora tem perante o evento de crise da sociedade controlada.

Apesar de se entender a importância de estabelecer regras de caráter organizacional em um direito de grupos a nível europeu (o que pode tornar a administração mais flexível e as regras especiais sobre grupos mais efetivas), considera-se que a proteção dos acionistas minoritários e dos credores não pode ser menosprezada ou diminuída, o que poderia ocorrer com o reconhecimento do conceito de interesse de grupo⁴³⁵.

A proteção dos credores sociais e acionistas minoritários é importante para dar segurança jurídica aos negócios realizados e aos investidores minoritários das sociedades controladas, de forma a evitar abusos e injustiças oriundos do exercício do poder de controle. Deve, dessa forma, haver um balanceamento entre o tradicional direito de tutela germânico e um direito de governação das sociedades comerciais.

Diante do exposto, é necessário haver uma regulamentação a nível europeu sobre grupos com a instituição de princípios básicos e padrões a serem aplicados na governação

⁴³³ *Ibidem*, p. 113.

⁴³⁴ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*. In HIRTE, Heribert [coord.]. *European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012, p. 273.

⁴³⁵ Sobre o modelo orgânico de direito de sociedades: “Se é certo que assim se garante uma maior eficácia na consecução dos objetivos regulatórios (proteção da sociedade dependente, respectivos sócios e credores) – prevenindo à partida o risco de a sociedade-mãe iludir a sua subordinação ao império do regime jurídico especial dos grupos mediante o simples jogo com os instrumentos de criação da direção unitária e de organização do grupo –, certo é também que assim se acaba por criar um quadro legal de acentuada rigidez para a atividade e funcionamento dos grupos empresariais, além de considerável insegurança jurídica resultante da inexistência de uma jurisprudência ou doutrina suficientemente sólidas sobre o conceito de grupo.” ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 179.

dos grupos⁴³⁶ com base em conceitos jurídicos precisos, de forma a superar a diversidade e a incerteza jurídica hoje existentes. Isso facilitaria muito a administração dos grupos multinacionais, através de ferramentas jurídicas de governação que implementassem medidas com o intuito de aumentar a eficácia deste fenómeno jurídico, como também seria um mecanismo de proteção dos *stakeholders* envolvidos. Todavia, não se pode olvidar a existência de efetivos mecanismos de proteção dos acionistas minoritários e dos credores sociais.

De acordo com EMBID IRUJO, uma regulamentação legislativa dos grupos de sociedades deve ser coerente. Para que haja a coerência, deve haver um posicionamento claro sobre questões fundamentais, tais como: se o grupo deve ser considerado como uma forma empresarial de risco ou merece proteção do ordenamento jurídico; se a natureza da regulamentação deve ser imperativa ou se há espaço para a autonomia da vontade; se a lei deve apenas regular os grupos factualmente existentes ou deve estabelecer mecanismos jurídicos para a formação de grupos empresariais; e se todos os grupos, com independência de sua organização interna, merecem a mesma regulamentação⁴³⁷.

Ademais, de acordo com COUTINHO DE ABREU⁴³⁸, é necessário observar o entendimento da jurisprudência comunitário-europeia em matéria de grupos no direito da concorrência numa possível regulamentação a nível europeu⁴³⁹. O mencionado jurista cita o exemplo do acórdão C-508/11, *Eni/Comissão* de 8/5/2013⁴⁴⁰, no qual se imputou à

⁴³⁶ CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, Umberto. ob. cit., p. 271.

⁴³⁷ Em sentido análogo: “*Con todo, es necesario saber por anticipado a qué atenerse respecto del grupo, cuando se afronta su tratamiento legislativo. Esta demanda de claridad sobre la figura en estudio puede ilustrarse con el enunciado de ciertos aspectos básicos que, a mi juicio, resultan de necesaria consideración cuando se afronta la nada fácil tarea de regulación de nuestra figura: si el grupo es una estructura empresarial de riesgo o merece, más bien, protección por el ordenamiento; si todos los grupos, con independencia de su organización interna, merecen la misma regulación; si el legislador ha de atender únicamente a la situación de grupo, ya establecida, o si, a la vez, ha de ocuparse del proceso de su formación; si, en fin, el régimen del grupo ha de tener naturaleza imperativa o cabe, y en qué grado, el concurso de la autonomía de la voluntad.*” Conforme EMBID IRUJO, José Miguel. *Los grupos de Sociedades en la Propuesta de Código Mercantil*, 2013, p. 57.

⁴³⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *O Direito dos Grupos de Sociedades segundo o European Model Company Act*. 2016. No prelo., item 5.4.

⁴³⁹ Klaus Hopt também atenta para a importância dos precedentes do Tribunal europeu. HOPT, Klaus J. *Direito de grupos societários: uma perspectiva europeia*. In, ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.) *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

⁴⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-503/11, *ENI/Comissão*, de 8/5/2013. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2013.225.01.0011.02.POR&toc=OJ:C:2013:225:TOC. Acesso em: 25 de junho de 2016.

sociedade-mãe o comportamento de uma sociedade-filha, tendo em vista que essa era controlada por aquela sociedade e recebia instruções dela, tendo sua autonomia limitada.

Diante do exposto, parece que ainda se está distante de um consenso sobre a melhor forma de regular os grupos de sociedades no âmbito da União Europeia⁴⁴¹. Existem diversas propostas que contrastam com os modelos legislativos existentes, sem haver um consenso de como regular os grupos⁴⁴².

As regras de responsabilidade civil devem ser claras no intuito de prevenir abusos e corrigir danos causados no âmbito dos grupos societários. Por fim, certo é que o legislador europeu, quando formular uma legislação sobre os grupos, não pode criar um modelo em que não exista a devida proteção aos acionistas minoritários e aos credores sociais da sociedade controlada como contrapartida ao poder de controle.

3.4 As tendências da responsabilidade civil nos grupos de sociedades

O atual direito das sociedades vive um paradoxo, suas regras foram concebidas para as sociedades comerciais individuais e, no entanto, a nova realidade empresarial são os grupos de sociedades. Este paradoxo é refletido na regulamentação dos grupos de sociedades, que é bastante disforme a nível internacional.

A divergência doutrinária sobre os grupos é tão grande que inclusive o conceito de grupos de sociedades não é preciso. Todavia, conforme EMBID IRUJO⁴⁴³, em uma regulamentação deve-se ter uma ideia exata do objetivo desta ‘figura’ do direito. A definição de grupo de sociedades deve ser permeada de critérios firmes, bem como dos

⁴⁴¹ De acordo com HOPT, “Os apoiadores de um direito de grupal europeu precisam levar em conta quatro das teses controversas a respeito da discussão econômica e internacional: competição entre ordens jurídicas, convergência dos diferentes direitos societários, primazia das diferenças entre os sistemas e a relevância primária da efetiva imposição de normas (*enforcement*).” HOPT, Klaus J. ob. cit. p. 454.

⁴⁴² O doutrinador alemão Klaus Hopt vislumbra três diferentes cenários de desenvolvimento do direito de grupos na Europa. São eles: “1. Modelo do Mercado de Capitais: a dimensão do grupo societário no direito antitruste, o direito aplicável aos grupos societários no âmbito do Mercado de capitais e a supervisão do mercado de capitais. [...] 2. Modelo da responsabilidade: governança corporativa e responsabilização dos órgãos do grupos societário, cumprimento da obrigação, auditorias. [...] 3. Um direito privado com dimensões grupais?” *Ibidem*, pp. 448-454.

⁴⁴³ Em sentido análogo: “[...] *Por otra parte, cuando se aspira a regular una figura de contornos imprecisos, como el grupo, con una problemática variada, transversal y no bien resuelta en los escasos ordenamientos que se han ocupado de ella, resulta necesario no sólo poseer criterios firmes alrededor del “concepto” de la institución, sino también una “idea” segura sobre su relieve para el Derecho y también sobre los objetivos básicos que han de perseguirse con su tratamiento*”. EMBID IRUJO, José Miguel. *Los grupos de Sociedades en la Propuesta de Código Mercantil*, 2013, p. 54.

objetivos básicos da regulamentação. Além disso, devem existir ideias seguras sobre a sua importância para o direito.

Os modelos vigentes apresentam imperfeições e a solução destas tem sido objeto de estudo por juristas de diversos países, conforme já analisado. Ademais, existem grandes dúvidas acerca da melhor forma de regulamentação dos grupos e da responsabilidade civil nesse âmbito. Diante disso, cabem algumas considerações sobre as tendências de responsabilidade civil nos grupos de sociedades.

Com a regulamentação de grupos “Visa-se, sobretudo, reprimir o abuso do poder econômico, que é a vocação natural desses conglomerados.”⁴⁴⁴. Objetiva-se, ainda, um maior desenvolvimento econômico dos grupos e meios de auxiliar na sua governação corporativa. Todavia, diante do potencial de causar danos à comunidade e do poder econômico dos grupos, não pode haver negligência em relação às regras de responsabilidade civil no seio dos grupos.

No que toca à hipótese da criação de uma personificação do grupo, esta se mostra inadequada. Dois são os principais motivos que inviabilizam a criação desse novo sujeito de direito ⁴⁴⁵: (i) os grupos, em sua essência, são compostos por empresas com personalidade jurídica distinta e unidade de direção; e (ii) por razões de ordem organizativa dos grupos, uma vez que uma unidade jurídica acabaria com a flexibilidade de organização inerente aos grupos. Assim, “[...] reconhecendo a personalidade jurídica do grupo, a lei não estaria a organizar a sua existência, mas sim a eliminá-la [...]”⁴⁴⁶. Desta forma, os grupos de sociedades não possuem personalidade jurídica própria, são agrupamentos de sociedades independentes⁴⁴⁷.

Um aspecto que gera grandes dúvidas é acerca do interesse social no âmbito dos grupos de sociedades. Para o modelo germânico (e aos que foram influenciados por este), nos *grupos de direito* há uma derrogação do interesse social da sociedade controlada em favor do interesse da sociedade controladora ou de alguma outra sociedade do grupo, o que

⁴⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358.

⁴⁴⁵ Cf. ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 154-157.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁴⁷ Entretanto, de acordo com o jurista alemão Karsten Schmidt, a independência das sociedades que compõem o grupo acarreta problemas, especialmente em relação ao direito externo dos grupos. Contudo, estes problemas não podem ser solucionados simplesmente pela negação desta independência. Cf. SCHIMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*. Traducción de la 3ª edición alemana, 1997, p. 106.

se reflete em maior poder de controle por parte da sociedade controladora. Em contrapartida, existe uma maior responsabilização da sociedade controladora (para o que a legislação portuguesa é bastante eficiente).

Por outro lado, nos grupos de fato o interesse social de cada sociedade deve ser respeitado por não haver mecanismos de proteção aos credores sociais e acionistas minoritários tão eficientes como nos grupos de direito⁴⁴⁸. O poder de controle é limitado pelo interesse social de cada sociedade que compõe o grupo. Nos grupos de fato, os mecanismos de proteção são aqueles do direito societário peculiares às sociedades comerciais tradicionais.

No modelo italiano, há (baseado na doutrina francesa *Rozenblum*) o reconhecimento do interesse de grupo, de modo que o limite para o poder de controle é a teoria das vantagens compensatórias. A legislação italiana concebeu os grupos através de uma perspectiva organizacional. Assim, há um amplo poder de controle às sociedades que estejam de fato em relação de grupo (para tanto, criou uma série de presunções jurídicas). Este poder de controle é limitado pela devida compensação dos prejuízos causados à sociedade controlada. Ou seja, como contrapartida ao amplo poder de direção e coordenação, estabeleceu a doutrina das vantagens compensatórias e, além disso, estabeleceu a ampla responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da sociedade controlada.

Nota-se que em ambos os sistemas existe o estabelecimento de um poder e a previsão de uma responsabilidade, o que é correto. Entretanto, diante da indefinição do que seria propriamente o interesse do grupo⁴⁴⁹, parece ser inseguro privilegiar a organização

⁴⁴⁸ Os doutrinadores japoneses Ito Hisaei e Hiroyuki Watanabe, ao comparar diversos ordenamentos jurídicos, como o alemão, o espanhol, o francês, o japonês, o norte-americano, entre outros, concluíram que a proteção dos credores sociais é mais complicada que a dos acionistas. Nesse sentido: “*The solutions have also shown that questions of creditor protection are more complex than, say, shareholder protection because they touch on many areas of law apart from company and insolvency law, including contract, property, tort, civil procedure, accounting and securities law. Additional complications arise as a result of the need for the law to provide a balance between different types of creditors, such as secured and unsecured creditors, and by virtue of that fact that some laws are applicable to creditors regardless of whether the debtors are legal or natural persons, whereas others are specific to the creditors of companies.*”. ITO, Hisaei Chuck; WATANABE, HIROYUKI. *Piercing the Corporate Veil*. In SIEMS, Mathias; CABRELLI, David (coord.) *Comparative Company Law. A case- Base Approach*. Portland: Hart Publishing. 2013, p.190.

⁴⁴⁹ Sobre o conceito de interesse de grupo tem-se a seguinte crítica: “Os grupos de sociedade (em sentido amplo) não paritários não são agrupamentos coordenados para a consecução de fins comuns, antes se baseiam em relações de subordinação (fáticas ou de direito) para fins (fundamentalmente) unilaterais (da “cabeça do grupo”); nem são novas entidades (jurídicas) de grau superior com interesses próprios, diferentes e superiores aos das entidades agrupadas.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade Civil nas sociedades em relação de domínio*. In *Scientia Ivrídica – Tomo LXI*, nº 329, 2012, p. 243.

dos grupos e a efetividade de aplicação da lei em um conceito impreciso. Isto pode ser a base de uma insegurança jurídica e de ampla divergência de interpretações jurisprudenciais.

Acredita-se que o principal problema do direito italiano reside na efetividade da compensação. Porém, por ser relativamente recente, ainda não se pode aferir tal efetividade e pode ser que a jurisprudência resolva isso. Caso isso aconteça, o modelo italiano poderia ser uma boa referência a nível internacional.

Diante disso, há uma tendência na Europa em avançar com um conceito de regulamentação dos grupos através de um parâmetro organizacional, em que considera a existência de um interesse do grupo de sociedades como uma das bases de um direito de grupo. Todavia, apesar deste modelo ter aspectos positivos, como a perspectiva de efetividade das normas jurídicas especiais de grupos, considera-se que é de extrema importância que tal parâmetro seja aliado ao aspecto protetivo dos acionistas minoritários e dos credores.

Defende-se um equilíbrio entre ambas as perspectivas (organizacional e protetiva). De nada adianta as regras serem extremamente protetoras e não serem aplicadas (como é o caso dos grupos de direito no Brasil e na Alemanha, por exemplo – nestes países, a realidade empresarial é os grupos de fato). Por outro lado, regras apenas organizacionais são insuficientes para proteger os acionistas minoritários e os credores da sociedade controlada, que são as partes vulneráveis em um grupo de sociedades.

No que toca aos modelos do Brasil e de Portugal, estes apresentam, nos *grupos convencionais*, modelos reguladores em que há um amplo poder de controle e uma correta contraprestação da sociedade controladora. Cabe mencionar que a legislação portuguesa é mais eficiente do que a brasileira em proteger a sociedade controlada diante do amplo poder de controle, tendo em vista que estabelece uma ampla responsabilidade da sociedade controladora em relação à sociedade controlada.

Entretanto, a realidade empresarial do Brasil e de Portugal é a existência de grupos de fato – em Portugal, apesar de também existirem grupos constituídos por domínio total, os grupos de fato (sociedades em relação de domínio) são a maioria. Nos grupos de fato, o poder de controle é limitado pelo interesse social de cada sociedade que compõe o grupo. Isto se justifica pela ausência de mecanismos especiais de reponsabilidade civil como contrapartida ao poder de controle. Nesta forma de agrupamento societário, a

proteção à sociedade controlada é efetuada através dos mecanismos gerais do direito societário tradicional.

Acredita-se que uma correta regulamentação dos grupos societários deve prever responsabilidade como contraprestação ao poder de controle, como medida de segurança jurídica. Disto parece carecer modelos de regulamentação como o elaborado pelo EMCA. A efetividade dessa contraprestação é muito importante.

Diante disso, apesar de os modelos de Brasil e Portugal⁴⁵⁰ apresentarem muitas imperfeições, como uma deficiente proteção dos credores e dos acionistas minoritários nos grupos de fato, a forma como se dá a regulamentação parece apresentar menos distância de balanceamento entre o poder de controle e a responsabilidade do que algumas outras tendências, como o modelo do EMCA.

A identificação do poder de controle e a criação dos grupos societários é outro aspecto de fundamental importância. A legislação alemã possui um sistema dual, no qual a criação dos grupos pode ser aferida pela existência fática do poder de controle (grupos de fato) ou por uma convenção (grupos de direito). Portugal e Brasil avançaram na mesma direção.

Em diferente sentido, a Itália e outros países apresentam uma forma puramente fática. Isto acaba também por ser a realidade dos grupos nos países que adotaram o modelo alemão – em virtude da quase não existência de grupos de direito. Diante disso, a perspectiva fática, através de presunções estabelecidas em lei, parece ser a mais eficiente.

Os modelos de regulamentação, como estão dispostos, mostram-se com graves imperfeições⁴⁵¹. Alguns modelos, como os grupos de direito, foram superados pela prática empresarial que não os acolheu. Ademais, alguns modelos de legislações talvez estejam

⁴⁵⁰ Cabe mencionar que há no direito português a defesa de uma regulamentação da responsabilidade civil dos grupos de sociedades de acordo com o dever de lealdade. Menezes Cordeiro entende que: “O dever de lealdade, derivado da boa fé ou, genericamente, da própria existência duma sociedade com fins próprios e comuns, já manuseado, veio assim a impor-se em detrimento da personalidade coletiva. O ganho que ele representa no domínio do levantamento pode exprimir-se como segue: a personalidade colectiva não deve deter os vínculos de lealdade que se estabelecem entre os diversos figurantes no espaço societário. Independentemente do Direito estrito, seja por via da confiança suscitada, seja por inserções funcionais, há vínculos específicos cujo respeito, exigido pelo próprio funcionamento do sistema, pode ser judicialmente desencadeado, em detrimento da lógica da independência societária.” . CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 136. Ver também OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 229-230.

⁴⁵¹ Aqui não se inclui o modelo italiano que, por ainda estar em seus “verdes anos”, pode apresentar soluções aos problemas incipientes apresentados.

privilegiando apenas a sociedade controladora, esquecendo-se dos outros sujeitos envolvidos, nomeadamente os credores e os acionistas minoritários. Em razão de sua grande influência econômica, parece que os grupos estão escolhendo o seu próprio caminho ao requerer a positivação das condutas que vêm realizando.

No entanto, o direito não existe para positivar as condutas que vêm ocorrendo, como um mero instrumento de chancela. O direito é o campo do *dever-ser* no qual são semeadas as ideias para o futuro. As regras jurídicas devem ser de acordo com seus princípios gerais e devem objetivar o bem-estar social. Nesse sentido, é necessária uma regulamentação em que se evite o cometimento de abusos por parte dos grupos societários⁴⁵² e haja o estabelecimento de eficientes regras de responsabilidade civil, o que é condizente com um Estado Democrático de Direito⁴⁵³.

De acordo com o jurista brasileiro VON ADAMEK: “Em última análise, para que se tenha a boa gestão da empresa, o que se deve buscar é legislativamente reforçar e calibrar a necessária conexão, ético-jurídica, entre poder e responsabilidade, expressa nos binômios: “nenhuma responsabilidade sem poder” (“*Keine Haftung ohne Herrschaft*”) e “nenhum poder sem responsabilidade” (“*Keine Herrschaft ohne Haftung*”). Assim, no Brasil. Em Portugal. E em qualquer outro país que queira verdadeiramente avançar no trato desta intrincada matéria.”⁴⁵⁴.

Diante disso, seria mais propício encontrar um termo médio entre o que seja o modelo de regulação almejado pelas empresas e o que se faz mister para uma segurança jurídica e econômica. Por fim, defende-se a eficácia das regras de responsabilidade civil no âmbito dos grupos de sociedades, uma vez que elas são os maiores limitadores das ações

⁴⁵² Nesse sentido: “Pensamos que é conveniente ir construindo um global regime jurídico específico dos grupos. Um regime que, pelo menos, “legalize” aquilo que as sociedades dominantes vão fazendo mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer (nomeadamente, dar à administração das sociedades dominadas instruções desvantajosas para as mesmas) e proteja devidamente os interesses dos sócios minoritários e dos credores das sociedades dominadas.” Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; COSTA, Ricardo. DIAS, Rui Pereira, MARQUES, Elda; GUINÉ, Orlando Vogler. *O futuro do direito europeu de sociedades*. In Direito das Sociedades em Revista. Ano 4, vol. 8, 2012, pp. 32-33

⁴⁵³ Segundo Warde Jr.: “O poder econômico deve-se submerter aos processos democráticos, a despeito das suas insuficiências, sob pena de se produzirem males ainda maiores.” WARDE JR. Walfrido Jorge. *O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência*. In ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

⁴⁵⁴ VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades no Direito Brasileiro*. In COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima [coord]. Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 2012, p. 130.

(i) responsáveis das empresas. Além disso, entende-se que todo poder de controle deve ser acompanhado de responsabilidade.

Considerações Finais

O caminho percorrido ao longo dos capítulos dessa dissertação objetivou a análise das tendências da responsabilidade civil no âmbito dos grupos de sociedades. Isto ocorreu através da construção de um pensamento jurídico baseado nos pressupostos de existência, no interesse social e nas legislações de diversos países sobre grupos.

Para tanto, foi necessário o estudo da origem dos grupos societários, como forma de entender o fenômeno do agrupamento societário e justificar a necessidade de uma regulamentação dos grupos. Como principais pressupostos de existência dos grupos têm-se a responsabilidade limitada dos sócios e o exercício do poder de controle.

A identificação do interesse social nos grupos de sociedades é fundamental para a sua regulamentação e para a criação de regras sobre responsabilidade civil. Diante disso, realizou-se uma abordagem geral sobre as teorias do interesse social e sobre qual seria o interesse social nos grupos. Também realizou-se abordagem sobre o conceito de interesse do grupo, o qual é muito discutido na doutrina, e concluiu-se que ele é bastante impreciso, de modo que o seu reconhecimento pode ocasionar insegurança jurídica.

Outro aspecto cujo estudo foi relevante foram os seus principais modelos de regulamentação dos grupos. Através dos modelos existentes e das críticas a eles efetuadas, foi possível analisar de forma mais satisfatória a construção de melhorias ou de novos modelos.

Nesse íterim, foram analisados: o modelo germânico, que foi a primeira experiência em regulamentação de grupos de sociedade e até hoje é uma referência; os modelos de Brasil e de Portugal, pela pertinência da análise das legislações de ambos os países no presente estudo; o modelo italiano de regulamentação, através de uma perspectiva orgânica nos grupos de sociedades; e o da Espanha, por ser uma legislação de regulamentação parcial dos grupos de sociedades.

Estudadas as origens e os modelos existentes, foi possível adentrar nas tendências de regulamentação da responsabilidade civil nos grupos de sociedades. Nesse âmbito, foi importante a análise da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários, da teoria italiana das vantagens compensatórias (*vantaggi compensativi*) e das perspectivas de direito de regulamentação dos grupos na União Europeia.

Assim, foi possível concluir que a existência de grupos de sociedades é um fato global que não pode ser ignorado pelas legislações nacionais ou supranacionais, de modo que se considera importante que as legislações reconheçam essa nova realidade de direito societário.

O relevo das empresas é algo imperativo em nossa sociedade e os grupos são a forma de exteriorização do crescimento e do poder dessas empresas. A importância não reside apenas na economia, mas no desenvolvimento da sociedade como um todo. Diante disso, uma regulação da responsabilidade civil não pode ser extremamente rígida ao ponto de inviabilizar a atividade dos grupos ou de, por sua rigidez, não ser utilizada (como ocorreu com os grupos contratuais no Brasil, em Portugal e na Alemanha) e isto ser suplantado por alguma alternativa a ser criada pela própria prática empresarial. Por outro lado, não poder ser demasiadamente flexível a ponto de não proteger as partes vulneráveis no âmbito societário, quais sejam, os credores e os acionistas minoritários⁴⁵⁵.

Necessita haver um ponto médio entre uma regulação que prioriza a efetividade e a realidade empresarial, refletindo o que de fato ocorre, sem prever mecanismos de proteção. Além disso, é necessária uma regulação que visa a uma eficiente proteção dos acionistas minoritários e dos credores, limitando o (descontrolado) poder de controle. Deve, assim, haver um equilíbrio entre a tutela protetiva e a tutela organizacional.

Destarte, defende-se que o poder de controle deve ser acompanhado de responsabilidade.

⁴⁵⁵ De acordo com Coutinho de Abreu: “Deve reconhecer-se, por conseguinte, a necessidade de um global regime jurídico específico dos grupos. Um regime que, pelo menos, “legalize” aquilo que as sociedades dominantes vão fazendo mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer (nomeadamente, dar à administração das sociedades dominadas instruções desvantajosas para as mesmas), e proteja devidamente os interesses dos sócios minoritários e dos credores das sociedades dominadas.”. Conforme ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Coleção Teses. Almedina.: Coimbra, 1999, p. 278.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial (Das Sociedades)*. Volume II, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *O Direito dos Grupos de Sociedades segundo o European Model Company Act*. 2016. No prelo.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada art. 501º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 264-270.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Responsabilidade por perdas da sociedade subordinada art. 502º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 271-278.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Direito de dar instruções Art. 503º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 279-296.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Deveres e responsabilidades. Art. 504º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 297-303.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial (Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos)*. Volume I, 9ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Responsabilidade Civil nas sociedades em relação de domínio. In *Scientia Ivrídica* – Tomo LXI, nº 329, 2012, pp. 223-246.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; COSTA; Ricardo. DIAS, Rui Pereira, MARQUES, Elda; GUINÉ, Orlando Vogler. O futuro do direito europeu de sociedades. In: *Direito das Sociedades em Revista*. Ano 4, vol. 8, 2012, pp. 13-34

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, VV.AA. In: *Reformas do Código das Sociedades*. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Reimpressão da edição de 1999, Coimbra: Almedina, 2006.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. MARTINS. Alexandre Soveral. *Grupos de Sociedades*. Aquisições Tendentes ao Domínio Total. Coimbra: Almedina, 2003.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade*. As Empresas no Direito. Coleção Teses. Almedina: Coimbra, 1999.

ANDERSEN, Paul Krüger; BAUMS, Theodor. [coord.]. *European Model Company Act*. Disponível em: <<http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>>. Acesso em: 09 de março de 2016.

ANGELICI, Carlo. Interesse Sociale e Business Judgment Rule. *In: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Anno CX, Padova: Piccin, 2012, pp. 573-588.

ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. The governance of corporate groups. *In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp 23-60.

ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009.

ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa - O Moderno Paradoxo Regulatório. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 1, nº 2, pp. 29-67, 2005.

ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedade. Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

ANTUNES, José Augusto Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups (autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: an international and comparative perspective)*. Studies in transnational economic law: vol. 10. Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. Os grupos societários: o estado atual da técnica. *In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARRIBA FERNANDEZ, María Luisa de. *Derecho de Grupo de Sociedades*. Segunda Edición, Madrid: Thomson Civitas, 2009.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Tradução de Fábio Konder Comparato de Saggi di Diritto Commerciale, Milão: Giuffrè. *In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 114, Ano XXXVII, abril-junho/1999. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 237-252.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Invalidades das Deliberações dos Sócios. *In: Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 371-398.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. Sociedades de Responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de los socios? *In: Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 80, nº 685, 2004, pp. 2556-2568.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. *La sociedad de capital unipersonal*. Espanha: Editorial Aranzadi, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 4º volume: tomo II, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIAPPETTA, Francesco; TOMBARI, *Umberto*. Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law. *In: HIRTE, Heribert [coord.]. European Company and Financial Law Review*, Vol. 9, De Gruyter, 2012. pp. 261–274. Disponível em: <<http://www.degruyter.com/view/j/ecfr-2012-9-issue-3/ecfr-2012-0261/ecfr-2012-0261.xml?format=INT>>. Acesso em 02 de dezembro de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. A sociedade Unipessoal no Direito Brasileiro. *In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima [coord.]. Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 347-363.

COGNAC, Pierre-Henri. Le group de sociétés. *In : COGNAC, Pierre-Henri; FRANÇOIS, Bénédicte; LECOURT, Benoît; LE NABASQUE, Hervé; PARLEANI, Gilbert; SCHMIDT, Domenique. URBAIN PARLEANI, Isabelle. Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés*. *In : Revue des Sociétés*. Juillet-Août 2013 – nº 7-8, pp. 391-422.

COMISSÃO EUROPEIA. *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades*, vol. I, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. Evolução do direito europeu das sociedades. *In: Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. I – Jan. 2006. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47809>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

COSTA, Ricardo. Desconsiderar ou não considerar: eis a questão. *In: Boletim da Ordem dos Advogados*. nº 30, 2004, pp. 10-14.

COSTA, Ricardo. *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Ricardo. Administrador de Facto e representação das sociedades. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XC, Tomo II [SEPARATA], 2014, pp. 719-758.

CUNHA, Carolina. *Controlo das concentrações de empresas (direito comunitário e direito português)*. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, nº 3, Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Rui Pereira. *Artigo 481 – Âmbito de aplicação deste título*. *In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 15-42.

DIAS, Rui Pereira. *Sociedades em Relação de Domínio*. *In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 75-104.

DIAS, Rui Manuel Pinto Soares Pereira. *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas (uma análise de direito material e direito de conflitos)*. Coimbra: Almedina, 2007.

DIGNAM, Alan; LOWRY, John. *Company Law*. 7ª edição. London: Oxford Press University, 2012.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.. El concepto de sociedades y su desarrollo en el derecho español. *In: Derecho de Sociedades*. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen V, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002. pp. 5305-5322.

EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EMBID IRUJO, José Miguel. Los grupos de Sociedades en la Propuesta de Código Mercantil. *In: Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, Octubre – Diciembre 2013, Espanha: Editorial Arazandi/Thomson Reuters, 2013, pp. 53-67.

EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Editorial Comares, 2003.

EMBID IRUJO, José Miguel. *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo: Crisis económica y ordenamiento societario*. Granada: Editorial Comares, 2003.

EMBED IRUJO, José Miguel. The Law of Corporate Groups Spanish Law. In: WYMEERSCH, Eddy (coord.). *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, pp. 123-140.

ESPAÑA. *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*. Gobierno de España - Ministério de Justicia, Madrid, 2013. Disponível em: <http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

FERRAM, Eilís. *Company law and corporate finance*. New York: Oxford University Press, 1999.

FORUM EUROPEU SOBRE GRUPO DE SOCIEDADES. Proposta Relativa à Administração de Grupos de Sociedades Transfronteiriços na Europa. In: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, 2015, pp. 11-25.

FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. *Estudos de Direito Empresarial*. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 365-385.

FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi: 84-91581, du 4 février 1985, 84-91.581, Publié au bulletin criminel 1985 n° 54. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064646>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

FREEMAN, Edward. *Stakeholder Theory of the Modern Corporation*. General Issues in Business Ethics. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/LawrenceUlrich/Stakeholder%20Theory.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2015.

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. The New York Times Magazine, September 13, 1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2016.

GALGANO, Francesco. *Le Società – I Gruppi di Società*. Torino: UTET, 2001.

GIOVANNI, Stefania. *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2007.

GIRGADO PERANDONES, Pablo. El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR, Walfrido Jorge. [coord.] *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 61-82.

GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores de una Empresa de Grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa del grupo y el derecho de Sociedades*. Granada: Comares, 2001.

GOMES, Manuel Januário da Costa. A sociedade com domínio total como garante. Breves Notas. In: *Revista de Direito das Sociedades*, I, 4, 2009, pp. 865-883.

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel. La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿Nuevos presupuestos? ¿Nuevos responsables? In: *Revista de Sociedades*, vol. 44, Enero-Junio 2015 Navarra:Arazandi, 2015, p. 233-259.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ano XXVI, nº 51 Julho-Setembro de 1983, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 29-32.

GUIDOTTI, Rolandino Guido. Brevi note in tema di operazioni infragruppo a titolo gratuito, nota a Cass. 11 marzo 1996. In: *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. II. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 132-144.

GUINÉ, Orlando Dinis Vogler. A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado. Uma primeira noção sobre o seu critério e limites. In: *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, I – Lisboa, 2006, pp. 295-235.

GUYON, Yves. The Law of Corporate Groups in France. In: WYMEERSCH, Eddy (coord.). *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, pp. 141-163.

HANNIGAN, Brenda. *Company Law*. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários. In: ARAUJO Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 255-325.

HOPT, Klaus J. Comparative Company Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law* (coord.), Oxford University Press, 2006, pp. 1161-1191. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=980981>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

HOPT, Klaus J. *Groups of Companies - A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*. ECGI Working Paper Series in Law. Working Paper nº 286/2015, 2015. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2015.

HOPT, Klaus J.; WYMEERSCH, Eddy. *European Company and Financial Law. Texts and leading cases*. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HOPT, Klaus J. Direito de grupos societários: uma perspectiva europeia. In: ARAUJO Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 415-457.

IMMENGA, Ulrich. The Law of Corporate Groups in the Federal Republic of Germany. In: WYMEERSCH, Eddy (coord.). *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, pp. 85-121.

ITO, Hisaei Chuck; WATANABE, Hiroyuki. Piercing the Corporate Veil. In: SIEMS, Mathias; CABRELLI, David (coord.) *Comparative Company Law. A case-Base Approach*. Portland: Hart Publishing, 2013, pp. 165-190.

JAEGER, Pier Giusto. Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo). In: *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XXVI, vol. 1. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 795-812.

JAEGER, Pier Justo. *L'Interesse Sociale*. Milano: Giuffrè, 1964.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Os grupos no Direito Societário Alemão*. IDET, Miscelâneas nº 4, Coimbra: Almedina, 2006.

LEMME, Giuliano. *Il diritto dei gruppi di società*. Manuali dell'Associazione Disiano Preite. Bologna: il Mulino, 2013.

MALHERBE, Jacques; LAMBRECHT, Philippe; MALHERBE, Philippe. *Droit des sociétés Précis. Droit Communautaire. Droit Belge*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

MARCHETTI, Piergaetano. Il nuovo Action Plan europeo in material societaria e di corporate governance. In: *Rivista delle Società*, Anno 58. 2013. Milano: Giuffrè, pp. 225-245.

MARTINS, Alexandre de Soveral. *Um curso de Direito a Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Art. 507º – Aquisição do domínio total. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [coord.]. *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 317-324.

MIGNOLI, Ariberto. L'interesse sociale. In: *Rivista delle Società*, 1958. Milano: Giuffrè pp. 725-763.

- MONTALENTI, Paolo. Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società. In: AA.VV. *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*. Per I quarant'anni di giurisprudenza commercial. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 38. Milano: Giuffrè, 2015.
- MONTALENTI, Paolo. Il diritto societario riformato nel quadro europeo. In: *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè, 2014.
- MONTALENTI, Paolo. Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. In: *Rivista delle Società*. Atti del Convegno Internazionale di Studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo. Milano: Giuffrè, 1996.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. Poder de Controle. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- NUNES, A. J. Avelãs. *Os Sistemas económicos*. Coimbra: Almedina, 1997.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2012.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de Grupos de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PRADO, Viviane Muller. Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. In: *Revista da DireitoFGV* 2, vol. 1, n° 21, 2005, pp. 5-28.
- RATHENAU, W. La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari. In: *Rivista delle società*, ano 5, fasc. 45, julho-outubro, 1960, pp. 912-947.
- REICH-GRAEFE, René. Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany. In: *Connecticut Law Review*, vol. 37, pp. 785-817, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972437>. Acesso em: 02 de 13 de janeiro de 2016.
- REINO UNIDO. *Company Act 2006*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/136>>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.
- REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Tradução de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Responsabilidades nas relações de domínio. In: DUARTE, Rui Pinto; VASCONCELOS, Pedro Pais de; ABREU, J. Coutinho de [coord.]. *III Congresso DSR*. Coimbra: Almedina, 2014. pp. 425-465.

ROSENVALD; Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ROTMAN, Leonard I. Re-evaluating the basis of corporate governance in the post, post-Eron era. In: VASUDEV, P. M.; WATSON; Susan. *Corporate Governance after the Financial Crisis*. Cheltenham - UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse Social: A Nova Conceção. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los Administradores en las Sociedades de Capital*. Segunda edición. Pamplona: Civitas, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan; FUENTES NAHARRO, Mónica. La insolvencia de los grupos, los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español. In: *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 22, Enero-Abril 2011, España: Civitas, 2011.

SCHIMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*: Traducción de la 3ª edición alemana. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma. In: *Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 383. Milano: Giuffrè, 2014, pp. 297-334.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Motivação das decisões e governo de grupo (de sociedades sujeitas à direção e coordenação). In: Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. (coord.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 195-224.

SILVA, João Calvão da. Sociedades Gestoras de Participações Sociais: holding's. In: CAMPOS, Diogo; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS; Ives Gandra da Silva [Coord.]. *A evolução do direito no século XXI*. Estudos em Homenagem ao Professor Arnold Wald. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 188-203.

SIMONSEN, Mário Henrique. *Exposição de motivos no 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda*. Brasília, 1976. Disponível em:

<<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>.

Acesso em: 10 de abril de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *Informativo 0503 de 06 de março de 2013*. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0513.rtf>.

Acesso em: 05 de maio de 2016.

TOMBARI, Umberto. *Diritto dei gruppi di Imprese*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

TOMBARI, Umberto. Il “Diritto dei gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitário. *In: Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*. Fondazione Courmayeur. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

TOMBARI, Umberto. La tutela dei soci nel gruppo di società. *In: AA.VV. La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per I quarant’anni di giurisprudenza commercial*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 383. Milano: Giuffrè, 2015. pp. 235-245.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão C-503/11, ENI/Comissão, de 8/5/2013*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2013.225.01.0011.02.POR&toc=OJ:C:2013:225:TOC>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three*, 2010. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>> . Acesso em: 10 de março de 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Constituição de grupo por domínio total superveniente – o tempo e o modo. *In: Direito das Sociedades em Revista*. Ano 4, vol. 8, 2012, pp. 13-34.

VENTURA, Raúl. Participações unilaterais de sociedades em sociedades e sociedades gestoras de participações noutras sociedades. *In: Scientia Iuridica*, tomo XXIX, 1980, pp. 19-101.

VINCENT CHULIÁ, Francisco. Grupo de sociedades y conflictos de intereses. *In: PILOÑETA ALONSO, Luis Manuel; ITIBARREN BLANCO, Miguel (coord.). Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2011, pp. 877-907.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades no Direito Brasileiro. *In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima [coord]. Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 89-130.

WARDE JR. Walfrido Jorge. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. *In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR. Walfrido Jorge. [coord.] Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 115-150.

WYMEERSCH, Eddy (coord.). *Groups of Companies in the EEC, A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

ZANINI, Carlos Klein. A responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas da controlada. *In*: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix [coord.]. *Estudos de Direito Empresarial*. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 387-420.