Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Nelly Maria Potter Welton

Grupos societários de fato:
aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva

Rio de Janeiro
2015

Nelly Maria Potter Welton

Grupos societários de fato:
aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

W464 Welton, Nelly Maria Potter.

Grupos societários de fato : aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva / Nelly Maria Potter Welton. – 2015.
253 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito empresarial – Teses. 2. Direito comercial – Teses. 3. Sociedade por ações – Teses. I. Tepedino, Gustavo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Nel

Nelly Maria Potter Welton

Grupos societários de fato: aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Aprovada em: 01 de setembro de 2015.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder (Coorientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Guilherme Calmon da Gama

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Profª. Dra. Milena Donato Oliva

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dra. Carla Marshall

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais / RJ

_____

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2015

DEDICATÓRIA

A Nhá-Chica pela força espiritual inexplicável que me fazia não parar de escrever.
A Nina e Mathias, por tudo e para sempre. Ao Marcos, pelos filhos lindos.
À minha mãe e avó, pois sem elas eu nem seria...
Aos meus colegas da UERJ, em especial Milena Donato Oliva e Daniel Bucar.
Aos professores Carlos Nelson Konder e Gustavo Tepedino, que confiaram no meu trabalho e sempre me incentivaram.

Se não estivermos dispostos a pagar um preço por nossos valores, a fazer sacrifícios para realizá-los, devemos nos perguntar se realmente acreditamos neles.

Barack Obama – A Audácia da Esperança, p. 79

RESUMO

WELTON, Nelly Maria Potter.*Grupos societários de fato*: aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva. 2015. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O contemporâneo e polêmico debate sobre os grupos societários de fato é abordado e caracterizado com enfoque no hodierno conceito de empresa e em como essa atividade deve ser exercida, no que tange a limites, objetivos e funções. Como identificar os grupos de fato e como esses se apresentam, para além das participações societárias, com modelos difusos de controle, sem qualquer participação acionária. O grupo societário, como importante instrumento de fomento da economia, além de servir aos seus interesses internos, deve também cumprir um papel social na concretização dos objetivos da Constituição da República. A utilização do grupo societário de forma abusiva, como meio de lesar credores e a coletividade, representa afronta ao princípio da função social, motivo pelo qual deve ser coibida pelo ordenamento com o remédio da desconsideração da personalidade jurídica. Os critérios objetivos para a aplicação da *disregard* se dão com base no conceito de desvio de função do artigo 50 do Código Civil, à luz dos princípios da ordem econômica cunhados na CRFB.

Palavras-chave: Grupos societários de fato. Exercício regular de um direito. Abuso. Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

Welton, Nelly Maria Potter. (De Facto) *Corporate Groups*: A Contemporary Reality and the Conseuqnces of its Abusevely Use. 2015. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The contemporary and controversial debate about 'de facto' corporate groups is addressed and described with a focus on today's concept of business and how this activity should be exercised with respect to limits, objectives and functions. This involves how to identify the 'de facto' groups and how they present themselves beyond equity investments, with diffuse models of control and without any ownership interest. The corporate group as an important development tool of the economy, in addition to serving its internal interests, must also fulfill a social role in achieving the objectives of the Republic's Constitution. The use of the corporate group abusively, as a way to harm creditors and the community, is an affront to the principle of social function, and that is why it should be restrained by the public order with the remedy of disregarding its legal entity institution. The objective criteria for the application of disregard is based on the concept of function diversion provided for in Article 50 of the Civil Code in the light of the principles of economic order provided for in the Constitution (CRFB).

Keywords: Corporate groups. Legal exercise. Limits. Abuse. Disregard of legal entity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC1916	Código Civil Brasileiro 1916
CC2002	Código Civil Brasileiro 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CCI	Código Civil italiano
CCF	Código Civil francês
CTN	Código Tributário Nacional
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
RTDC	Revista Trimestral de Direito Civil
RT	Revista dos Tribunais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
LIOE	Lei de Infrações a Ordem Econômica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10

1 **A EMPRESA FUNCIONALIZADA**.....21

1.1 **Sentindo contemporâneo de empresa**.....21

1.2 **Empresário: o sujeito que exerce a empresa**.....26

1.2.1 Sociedades: as pessoas jurídicas empresárias.....31

1.3 **Do individualismo à função social**.....49

1.4 **Função social da empresa: principio norteador da atividade**.....61

1.4.1 Responsabilidade social.....83

1.4.2 O custo do social.....94

1.4.3 A empresa condicionada pelo direito e pela ética.....95

2 **OS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO**.....97

2.1 **O século XXI e o fenômeno da reorganização societária**.....97

2.1.1 Concentração: sentido amplo e estrito.....101

2.2 **Alguma experiência estrangeira**.....105

2.3 **Grupos no direito brasileiro**.....114

2.3.1 Grupos societários de direito.....114

2.3.2 Grupos societários de fato *stricto sensu*.....125

2.3.3 Grupos societários de fato *lato sensu*.....137

2.4 **O exercício do poder de controle como situação de fato**.....147

2.5 **Os grupos de fato e o exercício regular de um direito**.....160

3 **DESCONSIDERAÇÃO EM GRUPOS DE FATO**.....168

3.1 **Desconsideração em grupos no ordenamento pátrio: diálogo de fontes**.....168

3.1.1 Institutos que prescindem de desconsideração.....178

3.2 **Os grupos de fato Lato Sensu e os standards de condutas abusivas**..185

3.3 **O artigo 50 do código civil**.....196

3.4 **Desvio de função: substrato civil-constitucional do CC para desconsideração em grupos de fato**.....205

3.5 **Princípios constitucionais norteadores**.....211

3.6 **Alcance, extensão e aplicação**.....217
3.7 **Reflexões sobre a normatização**..... 228
CONCLUSÃO..... 234
REFERÊNCIAS..... 239

INTRODUÇÃO

Empresa é propriedade[1]. Contudo, esse sentido atual em nada se identifica com os primórdios da atividade, quando as relações ainda eram baseadas nos negócios capitaneados por mercadores ou pequenas sociedades de pessoas, numa época em que o Estado não se interessava em regular com rigidez essa atividade. Embora o comércio tenha existido desde a mais remota Antiguidade, não se deve inferir dessa época a existência de um direito comercial, assim entendido como um conjunto de regras jurídicas que regulam a atividade[2], até porque a realidade outrora existente em nada tinha relação com os dias atuais[3].

Apenas a partir do século XVII emergiram as grandes codificações de direito comercial de natureza nacional, tais como o *Navigation Act,* de Cromwell, na Inglaterra em 1651; na França, inspirados pelo Ministro Colbert de Luiz XIV, foram editadas em 1673 e 1681, respectivamente, as ordenações para o comércio terrestre e para o comércio marítimo, que incorporaram os usos e costumes do comércio mediterrâneo e que constituíram verdadeiros códigos[4], até que nasceu a primeira codificação comercial de 1808, chamada Código Comercial de Napoleão. Vê-se assim que, até o fim do

---

[1] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 74.

[2] BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 25.

[3] Dos povos que conheceram o comércio (ainda que de uma forma diferente do que a que hoje existe), troianos, egípcios, cretenses, sírios, fenícios, cartagineses, babilônios e gregos, foi com os romanos que muitos contratos comerciais – que hoje são conhecidos – tomaram corpo, embora o direito comercial não tenha representado um ramo distinto do *jus gentium* e tal atividade nesse período também era confiada apenas aos escravos e não aos cidadãos do Império. Já na Idade Média, após a queda de Roma, com o florescimento do comércio no Mediterrâneo, as associações de mercadores assumiram papel preponderante e na França surgiram os sindicatos de pequenos artesãos. Essas entidades emergiram ao mesmo passo em que se delinearam os contornos das cidades medievais. Na Itália, cidades como Gênova, Pisa, Florença e Veneza passaram a ser governadas por mercadores, época em que também as cruzadas foram realizadas. Aos poucos surgiu um novo sistema econômico antecipador do capitalismo com a burguesia em contraposição ao feudalismo até então preponderante. As cidades se converteram em centros de consumo, de câmbio e de produção. Em meados do século XII, com os senhores feudais caindo em miséria, os mercadores e artesãos passaram a se organizar em grêmios e corporações com órgãos de direção e de jurisdição, onde se utilizavam de tribunais consulares para resolver conflitos havidos entre si. Tratou-se de um período embrionário ao direito comercial, onde se criou um sistema privado ágil, vivo e solerte, muito diferente do que era o direito romano-canônico, excessivamente formalista. Tratou-se de uma verdadeira luta travada pelo comércio e a indústria sob o influxo das ideias do cristianismo, contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e fraqueza das regras do direito romano.

[4]BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 34 e 35.

império do liberalismo, a atividade comercial era tida como o seio privado por excelência, em que a intervenção só se dava como regra de exceção.

Na etapa de indústria doméstica ou familiar, meados ainda do século XVIII, logo após a Revolução Industrial[5], historicamente considerada como a primeira fase de produção, também não se podia falar em empresa no sentido atualmente empregado, uma vez que nessa o produto se desenvolvia dentro de um mesmo ciclo social desde a sua confecção até o seu consumo[6].

Mesmo durante o século XIX e boa parte do século XX, o mundo se via permeado pelo modelo francês dos atos de comércio, que inspirou a maior parte das codificações romano-germânicas, inclusive a brasileira de 1850, na qual certos atos eram classificados como tipicamente comerciais[7]. Por esse modelo, notadamente objetivista, os legisladores do Império de Napoleão punham-se a serviço dos ideais da Revolução Francesa[8], de igualdade de todos perante a lei, excluído o privilégio de

---

[5] A Revolução Industrial foi a transição para novos processos de manufatura no período entre 1760 a algum momento entre 1820 e 1840. Essa transformação incluiu a transição de métodos de produção artesanais para a produção por máquinas, a fabricação de novos produtos químicos e de processos de produção de ferro, maior eficiência da energia da água, o uso crescente da energia a vapor e o desenvolvimento das máquinas-ferramentas, além da substituição da madeira e de outros biocombustíveis pelo carvão. A revolução teve início no Reino Unido e em poucas décadas se espalhou para a Europa Ocidental e os Estados Unidos. In: *Grandes Acontecimentos que Transformaram o Mundo.* Rio de Janeiro: Reader's Digest Brasil, 2000, p. 179-182.

[6] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17.

[7] FERRONATTO, Adria Paula. A Empresa no Novo Código Civil: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais,* v. 843, jan. 2006, p. 15.

[8] A Revolução Francesa foi um período de intensa agitação política e social na França, que teve um impacto duradouro na história do país e, mais amplamente, em todo o continente europeu. A monarquia absolutista que tinha governado a nação durante séculos entrou em colapso em apenas três anos. A sociedade francesa passou por uma transformação épica, quando privilégios feudais, aristocráticos e religiosos evaporaram-se sob um ataque sustentado de grupos políticos radicais de esquerda, das massas nas ruas e de camponeses na região rural do país. Antigos ideais da tradição e da hierarquia de monarcas, aristocratas e da Igreja católica foram abruptamente derrubados pelos novos princípios de *Liberté, Égalité, Fraternité* (em português: liberdade, igualdade e fraternidade). As casas reais da Europa ficaram aterrorizadas com a revolução e iniciaram um movimento contrário que até 1814 tinha restaurado a antiga monarquia, mas muitas reformas importantes tornaram-se permanentes. O mesmo aconteceu com os antagonismos entre os partidários e inimigos da revolução, que lutaram politicamente ao longo dos próximos dois séculos.

Em meio a uma crise fiscal, o povo francês estava cada vez mais irritado com a incompetência do rei Luís XVI e com a indiferença contínua e a decadência da aristocracia do país. Esse ressentimento, aliado aos cada vez mais populares ideais iluministas, alimentou sentimentos radicais e a revolução começou em 1789, com a convocação dos Estados Gerais em maio. O primeiro ano da revolução foi marcado pela proclamação, por membros do Terceiro Estado, do Juramento do Jogo da Péla em junho, pela Tomada

classe. Não se concebia, diante dessa filosofia política, um código destinado a garantir qualquer diferenciação aos mercadores, motivo pelo qual se extinguiu as prerrogativas já há muito acumuladas em favor dos comerciantes através dos séculos. Contudo, foi justamente essa sistemática objetiva, de sujeitar todos os cidadãos aos atos de comércio, submetendo à mesma regra manifestações de atividade econômica completamente diversas, que levou à ruína o modelo francês[9].

A partir do final do século XIX, teve curso um processo de mudança econômica que produziu impensáveis consequências nos campos político e social até se chegar ao que hoje se denomina "era da empresa"[10].

O efetivo rompimento com o conceito jurídico e econômico de *comércio* teve como marco legal o Código Civil italiano de 1942, a partir do qual emergiu a figura do empresário[11], embora o primeiro tijolo para se edificar o direito empresarial moderno tenha se originado na Alemanha, no Código Comercial de 1897, que restabeleceu e modernizou o conceito subjetivista. Pela definição dessa lei, consideravam-se atos de comércio aqueles relativos ao comerciante em sua atividade. Logo, tanto o ato de comércio quanto o comerciante somente adquiriam importância para o direito comercial quando se referiam à exploração de uma empresa, desaparecendo, assim, o ato de

---

da Bastilha em julho (a denominada Queda da Bastilha ocorreu em 14 de julho de 1789), pela aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em agosto e por uma épica marcha sobre Versalhes, que obrigou a corte real a voltar para Paris em outubro. Os anos seguintes foram dominados por lutas entre várias assembleias liberais e de direita feitas por apoiadores da monarquia no sentido de travar grandes reformas no país.

A Primeira República Francesa foi proclamada em setembro de 1792 e o rei Luís XVI foi executado no ano seguinte. As ameaças externas moldaram o curso da revolução. As guerras revolucionárias francesas começaram em 1792 e, finalmente, apresentaram espetaculares vitórias que facilitaram a conquista da Península Itálica, dos Países Baixos e da maioria dos territórios a oeste do Reno pela França, feitos que os governos franceses anteriores nunca conseguiram realizar ao longo de séculos. Internamente, os sentimentos populares radicalizaram a revolução significativamente, culminando com a ascensão de Maximilien Robespierre, dos jacobinos e de uma ditadura virtual imposta pelo Comitê de Salvação Pública, que estabeleceu o chamado Reino de Terror entre 1793 e 1794, período no qual entre 16 mil e 40 mil pessoas foram mortas. Após a queda dos jacobinos e a execução de Robespierre, o Diretório assumiu o controle do Estado francês em 1795 e manteve o poder até 1799, quando foi substituído pelo Consulado em 1799, sob o comando de Napoleão Bonaparte. In: *Grandes Acontecimentos que Transformaram o Mundo.* Rio de Janeiro: Reader's Digest Brasil, 2000, p. 194-197.

[9] REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12-13. v. 1.

[10] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, out./dez. 1992, p. 55.

[11] MARIANI, Irineu. Direito de Empresa, Atividade Empresarial, Empresa e Empresário (À luz do Novo Código Civil). *Revista dos Tribunais*, v. 844, fev. 2006, p. 30.

comércio isolado. Data da mesma época, final do século XIX, a aula inaugural de Cesare Vivante proferida na Universidade de Bolonha, na qual o jurista italiano contestou severamente o modelo francês e atacou a dicotomia entre direito civil e direito comercial, pois, para esse jurista, a atividade empresarial consistia numa organização de vulto econômico, independentemente do ramo do negócio[12].

Essa linha já vinha sendo utilizada no direito inglês pelos tribunais da *Common Law*, que, desde a modernização experimentada por meio da *equity,* não conhecia distinção entre atividades comerciais e civis[13].

No Brasil, a mudança se deu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 em que, seguindo a inspiração italiana, rompeu-se com o sistema objetivo dos atos de comércio, passando-se a adotar a *teoria da empresa*, a qual, em apertadíssima síntese, alargou o âmbito de incidência do direito comercial, submetendo as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra ou ramo imobiliário às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias e securitárias[14]. A teoria da empresa rompeu com o paradigma anterior em que o foco da incidência da lei era o ramo da atividade exercida[15] para concentrar-se no vulto e no porte de tal atividade. Com efeito, a organização dos fatores de produção pelo empresário, capital, força de trabalho, insumos e tecnologia, originou esse tratamento legislativo novo para a economia produtiva[16].

Ao mesmo tempo que se modificava o paradigma legislativo, ampliando o limitado espectro do direito comercial para o direito empresarial, a economia crescia a largos passos, com produção e circulação de produtos e serviços em grande escala e com o surgimento de sociedades de porte internacional, com vasta acumulação de

---

[12] VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale.* Volume III. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1904, p. 1. Aduz o autor nesta passagem: "L'azienda commerciale costituisce um organismo economico determinato principalmente dalla funzione técnica, commerciale o industriale, terrestre o marítima, e piglia nomi diversi secondo l'oggetto del suo esercizio: è una bottega, è um opificio, è uma banca, è uma agenzia."
[13] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 13 e 14.
[14] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.
[15] Como ocorria na Teoria dos Atos de Comércio.
[16] Rubens REQUIÃO ratifica em seu *Curso de Direito Comercial.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 53: *"A* combinação *dos fatores – natureza, capital e trabalho – que, associados, produzem resultados impossíveis de conseguir se fossem divididos, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza, são os requisitos indispensáveis a toda empresa*" (grifo do autor).

capital e concentração de negócios por meio de múltiplos satélites das grandes companhias, que a essas se conectavam de mais variadas formas[17].

Foi dentro desse cenário expansionista que surgiu e se desenvolveu, ao longo dos últimos dois séculos, o fenômeno dos grupos societários e, coincidência ou não, dois casos emblemáticos, dentre os que deram origem ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, envolveram grupos societários nos Estados Unidos. O primeiro deles ocorreu quando os acionistas da *Standard Oil Company* celebraram um acordo com os acionistas de várias companhias petrolíferas e cederam suas ações a nove agentes fiduciários (*trustees)* da *Standard Oil Company,* recebendo em contrapartida certificados desse *trust*. Assim, os nove *trustees* tiveram condições de dominar completamente as companhias e fixar diretrizes da política de petróleo, monopolizando essa atividade econômica. Nesse caso concreto, as sociedades possuíam personalidade jurídica própria, porém estavam todas submetidas a um mesmo controle comum. Como desfecho, a Suprema Corte do Texas entendeu que o verdadeiro objetivo da celebração do acordo era driblar a lei antitruste[18] e acabou por desmantelar o grupo em 1911, ordenando a criação de trinta e quatro novas sociedades menores, das quais emergiram Exxon, Echevron, Atlantic, Móbil e Amaco, dentre outras. Cabe lembrar, que a *Standard Oil Company* foi, simplesmente, a maior companhia do seu tempo, produzindo e transportando petróleo refinado. Foi constituída em 1870 pelos irmãos Rockefeller e até 1911 se beneficiou da economia em escala absorvendo numerosos concorrentes, tornando-se um monopólio do setor. Para se ter uma ideia, na década de 1880, a *Standard Oil* e suas dependentes controlavam cerca de 90% das refinarias americanas e, até hoje, suas sucessoras detêm cerca de 86% dos poços daquele país, muitos ainda sob o controle da família Rockefeller. No Brasil, a *Standard Oil Company* era a principal acionista da Esso Brasileira de Petróleo, companhia líder no setor até a década de 1960[19].

No segundo caso, datado de 1910, denominado United States *versus Lehigh Valley RailRoad*, uma sociedade anônima, cujo objeto social era transporte ferroviário,

---

[17] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 194-195.

[18] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC,* n. 30, abr./jun. 2007, p. 57.

[19] Disponível em: <www.wikipedia/en/wiki/standartoilcompany>. Acesso em: 29 maio 2015.

transportava carvão de uma mina subsidiária. Com a edição de um ato normativo que impedia que uma mesma sociedade extraísse e transportasse carvão e derivados de um estado da federação para o outro, a ferrovia Lehigh *Valley RailRoad* valeu-se da autonomia subjetiva de sua subsidiária, que pertencia ao mesmo grupo econômico, para iludir a lei. Mais uma vez, a corte detectou nítida hipótese de desvirtuação na atuação econômica, o que motivou a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade controladora[20].

Foi a partir de precedentes consuetudinários como esses que o jurista alemão Rolf Serick desenvolveu na década de 1950 sua tese sobre desconsideração, com o livro *Durchgriffsprobleme bei Vertragsstönungen* (Problemas de Desconsideração por Transtornos Contratuais)[21], dando base à teoria e buscando sistematizar a matéria criando pressupostos para a sua aplicação, o que acabou por ser incorporado no direito positivo alemão, inspirando outros ordenamentos. Dessa inspiração, valeu-se o jurista brasileiro Rubens Requião, que, muito antes de qualquer normativa a respeito, já defendia a aplicação do instituto, o que de fato foi abraçado pelos tribunais pátrios, infelizmente com pouca técnica e, na época, sem qualquer amparo legal.

O legislador procurou suprir essa lacuna, mas, no curso do caminho, muitos casos concretos foram ceifados de injustiças, até que se criasse uma metodologia uniforme e eficaz para a aplicação da medida. Por ter nascido de um produto da jurisprudência e não da chamada ciência do direito, a teoria da desconsideração, até hoje, suscita dúvidas e incertezas[22].

No que tange a grupos societários, o problema se repete, porque mais uma vez a lei nada (ou muito pouco) regula a respeito. Por esse motivo, os grupos de fato e as consequências de sua utilização abusiva constituem o tema central deste trabalho.

Como primeira e inquestionável premissa tem-se a relevância da atividade empresarial e dos grupos societários para a contemporaneidade. Como fenômeno irreversível da pós-globalização, a rede empresarial traduz o progresso da universalização da economia, que multiplicou os grupos multinacionais, com

---

[20] Ibidem.
[21] Livre tradução da autora.
[22] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 26, abr./jun. 2004.

controladoras, controladas, organizações reticulares, piramidais[23], sob várias e difusas formas, ampliando enormemente o panorama de estruturação da atividade empresária, a patamares até agora ainda não totalmente conhecidos, visto que, a cada dia, surgem novos modelos de concentração.

Trata-se, em verdade, de uma nova forma de organização societária, que abandonou o paradigma clássico no qual as pessoas se agrupavam em sociedades, para criar esse hodierno padrão, onde as sociedades se agrupam entre si.

A atividade empresarial assim concebida há muito deixou de ser uma mera produtora de bens para tornar-se, antes de tudo, um poder[24] e, mais ainda, um mecanismo de transformação social no cenário em que se insere, trazendo progresso, crescimento, novas tecnologias, desenvolvimento, tornando-se verdadeiro agente de promoção da pessoa humana e de sua dignidade e, ainda, um realizador da política econômica e social do Estado[25]. As grandes companhias oferecem oportunidades para as pessoas progredirem em seus talentos, qualquer que seja a sua origem, contribuindo assim, consideravelmente, para a mobilidade social por meio de transformações de diversos âmbitos, não só no social, mas também cultural, econômico e, até mesmo, geográfico, pela transposição de fronteiras e jurisdições políticas de atuação[26]. Por todos esses motivos, os grupos societários (aqui especialmente os de fato) não podem ser marginalizados e estigmatizados como contrários ao direito; eles devem ser protegidos pelo ordenamento.

Ao mesmo tempo, também é verdadeiro que uma minoria inescrupulosa busca valer-se desse instituto para lesar terceiros, usando a estruturação societária de forma arbitrária e abusiva. Isso se dá em especial naqueles casos em que se configura o exercício de fato de um poder de controle concentrado na gestão do grupo, não para a consecução de interesses comuns, mas para realizar propósitos íntimos e egoísticos. Eis a chave da questão e a pedra angular que irá definir se a natureza e finalidade do grupo societário foram atendidas, pois o grupo deve ser uma técnica de concentração

---

[23] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT* n. 732, p. 39-40, out. 1996.
[24] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 247, jul./set, 2002.
[25] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.
[26] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19.

de sociedades pela qual nasce um interesse novo, externo e superior a cada uma das companhias isoladamente considerada[27] e não realizável se não por meio dessa união de esforços. É na execução desses objetivos comuns que, além de metas econômico-financeiras, será preenchida a função social da atividade empresarial desenvolvida no caso concreto. Calcando-se o "interesse" na condução do grupo em mero ardil para lesar credores e a coletividade, por óbvio que esse centro de interesses não merecerá a tutela do ordenamento, ocorrendo a disfunção e a consequente desconsideração da personalidade jurídica das sociedades membro.

O exercício empresarial só pode ser consagrado pelo ordenamento na medida em que desempenha um papel social, além do econômico. Como principal agente propulsor da economia, deve orientar-se pelos fundamentos constitucionais e pelo atendimento de uma função no seio da coletividade em que se insere, indo além de suas atividades precípuas, que são a produção de riquezas e a obtenção de lucro[28]. A liberdade de desempenhar empresa não é absoluta e vem albergada no atendimento a determinados ditames de interesse da República, como o de assegurar a todos uma existência digna. Por isso, o empresário, além de auferir benefícios próprios, propicia o crescimento de riquezas, com melhor distribuição de renda e justiça social[29].

Assim, o que esse trabalho pretende é delinear uma disciplina que seja capaz de separar o exercício regular de um direito dos casos anômalos, indicando a metodologia adequada para a aplicação da desconsideração quando o desvio restar caracterizado.

Na primeira etapa, busca-se, de forma didática, caracterizar a atividade de empresa e delimitar o sujeito, uma vez que há um perfil comum para a sociedade que se enquadra como integrante de um conglomerado. Há características ontológicas a serem preenchidas e verificadas, como o caráter da empresarialidade, a personalidade jurídica, a limitação da responsabilidade do tipo societário, dentre outros fatores que permitem traçar o perfil dos entes que compõem o grupo.

Ainda no segundo capítulo, o estudo remete inexoravelmente ao princípio maior que regula a atividade empresarial, como premissa norteadora e mola propulsora do

---

[27] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 31.
[28] ARNOLDI, Paulo e MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11. jul./set, 2002, p. 246.
[29] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 57, abr. 2003.

ordenamento, que é a sua função social, pois o poder empresarial participa do interesse público, na medida em que as decisões adotadas em seu âmago ultrapassam de muito seu objeto estatutário e se projetam na vida da sociedade como um todo, pois a atividade empresarial tem o dever de pôr-se em consonância com os interesses sociais[30].

Essas máximas são também aplicáveis na formação de grupos societários, ou seja, a organização do grupo, além de propiciar ganhos internos, como benefícios de ordem fiscal, acréscimo de rendimento, fomento de capacidade industrial, estratégias de mercado[31], dentre tantas outras vantagens, deve também servir para atingir objetivos inalcançáveis pelas pequenas corporações isoladamente. Os grupos empresariais são o lócus ideal para o desempenho desta função promocional, pois, pelo seu grande porte e inquestionável poder econômico, inclusive frente ao Estado, podem fazer muito para melhorar o mundo e transformar qualitativamente a sociedade.

Passo a passo, o empresariado vem se conscientizando da importância dessa sua atuação, sendo possível notar um crescente reconhecimento por parte dessas instituições da necessidade de ampliar suas responsabilidades sociais, indo além da função social legalmente exigível. Em especial, as grandes corporações têm, cada vez mais, assumido a missão de buscar um maior desenvolvimento humano e vivência da cidadania[32]. Não raros são os casos de grupos empresariais que investem na melhora da qualidade de trabalho de seus funcionários, propiciando-lhes planos de saúde, programas de previdência, creche para os filhos, cursos profissionalizantes, mas, além disso, programas sociais verdadeiramente transformados, ligados à ecologia, meio ambiente, cultura e tantos outros setores sociais.

As responsabilidades de cunho ético encontram ainda resistência dentro do seio empresarial, em especial por representarem novos encargos e investimentos, sendo, nesse aspecto, um desafio a ser superado. Há alguma forma da responsabilidade social

---

[30] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.
[31] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 32.
[32] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 247, jul./set. 2002.

reverter-se em favor da própria atividade empresarial desenvolvida? Há algum estímulo que pode incentivar essa prática?

Como impor o dever ético da responsabilidade social, ao lado do dever legal da função social, é tema pungente da atual empresarialidade, bem como do direito empresarial, e seu mapeamento fez-se necessário ainda no segundo capítulo.

No terceiro capítulo, o trabalho apresenta o fenômeno contemporâneo da reorganização societária, demonstrando ainda a experiência do instituto em outros países. Tecidas essas considerações, cuidou-se de caracterizar a existência do grupo societário, de direito e de fato, o que no caso desse último pode se tornar uma tortuosa *via crucis*, por total falta de amparo legal, uma vez que sequer a nomenclatura "grupo de fato" é citada na lei acionária brasileira[33]. Aliado a isso, a tradicional interligação entre propriedade acionária e poder de controle empresarial se encontra totalmente ultrapassada. Essa é, com efeito, uma das maiores lacunas da legislação brasileira atual sobre o tema, posto que ainda muito arraigada no conceito de grupo originado em participações societárias e de capital, em maior e menor grau, passando ao largo de grupos que prescindem de qualquer participação acionária para, na prática, se caracterizarem. A doutrina e a jurisprudência têm buscado, com algum sucesso, dar respostas satisfatórias, embora muito tímidas frente à relevância do assunto.

Como identificar os grupos de fato e o que os caracteriza? Quando a sua verificação é relevante para o direito? Responder tais indagações teve por propósito a criação de um perfil construtivo, em que o instituto dos grupos fosse exaltado positivamente, uma vez que a mera formação de um grupo societário não constitui, por si, qualquer afronta à lei. Tal entendimento é fundamental para a sobrevivência dos grupos e para a preservação de sua autonomia patrimonial, na qual se fundamenta a própria personalidade jurídica conferida às pessoas jurídicas[34].

Ainda no concernente aos grupos de fato, o terceiro capítulo analisa o exercício do poder de controle como um poderoso mecanismo de influência que pode estar presente, ainda que informalmente.

---

[33] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 198.
[34] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, p. 55, abr./jun. 2007.

Por fim, demonstra-se, no terceiro capítulo, que a formação de grupos societários, de fato de ou direito, constitui o exercício regular de um direito, e até mesmo para proteger esse virtuoso cenário é que a utilização abusiva de estruturações societárias torna-se inaceitável, sendo necessário que o ordenamento dê uma resposta.

Finalmente, no quarto capítulo, bem delineado o arcabouço doutrinário para demonstrar a legitimidade e a relevância atual dos grupos de fato, cabe à obra verificar as hipóteses de utilização abusiva dos grupos societários. Em que situações anômalas caberia a aplicação da teoria da *disregard* às sociedades integrantes de fato e qual o alcance desta desconsideração? Há como delinear mecanismos de verificação do abuso? Que critérios devem ser utilizados para segregar o exercício regular da empresa por meio do grupo societário de sua abusividade?

A aplicação da desconsideração merece, contudo, cautela e previdência, para não condenar a existência de um instituto – como os grupos societários de fato – tão relevante para o desenvolvimento econômico e social do país.

A empreitada para enfrentar o tema da desconsideração em grupos societários de fato mostra-se um árido desafio pela insuficiência de legislação específica a respeito, pois o que há sobre grupos de direito nem sempre é extensivamente aplicável, em especial porque as formas de estruturação e controle são diversas.

No que tange à desconsideração em grupos, outro dispositivo (específico) não há além do artigo 50 do CC, o qual, isoladamente, pode mostrar-se insuficiente para tantas nuances que se apresentam nos casos concretos levados à apreciação do Judiciário. O desafio, portanto, reside na construção de um substrato mais amplo, calcado em princípios e ditames constitucionais, para a aplicação da desconsideração em grupos de fato.

1 **A EMPRESA FUNCIONALIZADA**

1.1 **Sentindo contemporâneo de empresa**

Tantas foram as nuances estruturais, conceituais, e porque não dizer ontológicas e etimológicas, pelo que passou o direito comercial e a atividade hoje denominada *empresa* ao longo do tempo, que se faz necessário, antes de adentrar no estudo dos grupos de sociedades, propriamente ditos, perquirir o que se está chamando *empresa.*

O tema não é pacífico porque economistas e juristas veem sentidos diversos na palavra *empresa,* o que pode gerar confusão e má utilização terminológica. Logo, para o presente estudo de doutoramento, faz-se salutar definir as bases em que o termo será empregado, a fim de garantir tecnicidade e coerência às análises tecidas.

Originalmente, a empresa é um organismo econômico, que se assenta sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas, apresentando-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa (física ou jurídica), que se chama empresário[35].

Ao se iniciar o embate da questão sob o prisma do conceito econômico, vê-se que já dentre os economistas não há unanimidade. Para uns, *empresa* trata de uma unidade econômica que tem significado técnico, tendo o estabelecimento como um de seus elementos. Outros tantos economistas consideram *empresa* todo o organismo voltado à produção de bens para o mercado, aqui acrescentando-se as noções de risco e lucro[36].

Alguns economistas destacam o fato de que a *empresa* representa um regime de produção típico do mundo moderno[37], sendo evento de contemporaneidade, em contraposição às economias familiar, artesanal ou manufaturada, típicas de outras épocas. Em verdade, o conceito econômico de *empresa* surgido nos idos de 1800 reforçou a ideia de organização dos fatores de produção, que é atualmente a

---

[35] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 50.
[36] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 18-19.
[37] Ibidem, p. 19.

concepção mais difundida e aceita nas esferas da economia e do direito. Ainda assim, o tema não encontrou uniformidade de entendimentos, pois essa definição comporta uma concepção restritiva e outra extensiva. Na linha da primeira concepção, o termo deve ser reservado à prática capitalista caracterizada pelo recurso ao trabalho alheio e pela finalidade lucrativa. Já a concepção extensiva conceitua *empresa* como todo e qualquer organismo financeiramente independente que produza para o mercado certos bens e serviços[38].

Contudo, a maior das controvérsias terminológicas envolvendo o termo *empresa,* e que infelizmente foi exportada da economia para o direito, reside na confusão que se faz entre o emprego da palavra como sinônimo de atividade ou, em outro sentido, para significar ente organizado. Tanto entre juristas como no âmago dos economistas, há o emprego de ambas as acepções, o que gera leituras e hermenêuticas equivocadas sobre o tema.

Admitindo-se o vocábulo *empresa* como a própria unidade econômica de produção, ou ainda como o ente organizado para a produção de bens ou de serviços, chamada por alguns de célula econômica da atividade produtiva[39], dá-se à *empresa* a conotação de agente, daquele que exerce, que pratica a ação. Nessa acepção, não estaria errado utilizar-se a palavra *empresa* como sinônimo de sociedade, por exemplo, visto que posta com o sentido de designar aquele que é propulsor da atividade produtiva.

De forma totalmente diversa, ao se tomar o termo *empresa* para designar o exercício de algo, ou para correspondê-lo à ação de organizar os fatores de produção, não se pode confundir a ação com o agente, que aqui será o empresário ou a sociedade empresária. Nessa etimologia, *empresa* é a *atividade*, é o verbo propriamente dito, e é nessa conotação econômica que se aproxima do sentido jurídico atual abraçado pelo direito pátrio de *empresa* como propriedade dos bens de produção. Como colocado por Eduardo Secchi Munhoz, é sob esse prisma que direito e economia se interpenetram, influenciando-se reciprocamente, pois para a compreensão da disciplina da *empresa* é de evidente importância o estudo das estruturas e dos

---

[38] Ibidem.

[39] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 55, out./dez. 1992.

processos econômicos que a caracterizam[40]. Por outras palavras, a produção de bens e serviços para o mercado não é consequência da atividade acidental ou improvisada, mas sim da atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos. Esses organismos econômicos, que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias e, mais precisamente, das exigências do mercado geral, tomam na terminologia econômica o nome de *empresa*[41].

No que tange ao conceito jurídico de *empresa* e ao significado que se deve dar ao termo, a confusão dentre os doutrinadores também sempre foi grande, a ponto de já se tê-lo comparado a um centauro jurídico ou mesmo a um personagem de filme romântico, chamado Rebeca, de quem muito se falava, mas que ninguém nunca viu[42]. Devido a tamanhas dificuldades, alguns jurisconsultos chegaram a negar a necessidade ou a possibilidade de a *empresa* ser considerada uma categoria jurídica[43]. Dentre esses, declarou Waldírio Bulgarelli, em artigo publicado em 1985, que seria de boa técnica deixar a *empresa* fora do âmbito do direito por se tratar de conceito econômico[44]. O coro foi acompanhado por Rubens Requião, para quem *empresa* seria um conceito contaminado de perplexidades e incompreensões, consistindo uma notória indefinição jurídica[45]. O mesmo Requião asseverou que o conceito jurídico de *empresa* se assentava no conceito econômico, embora nem todos os aspectos econômicos interessassem ao direito. O fenômeno produtivo em si e a transformação técnica da matéria-prima em produto manufaturado pronto para o consumo são, dentre outros, fenômenos que escapam evidentemente ao interesse e regulação jurídica, sendo própria da cogitação dos economistas[46].

---

[40] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 183.
[41] REQUIÃO, Rubens. A Cogestão. A Função Social da Empresa e o Estado de Direito. *Revista Forense*, v. 262, p. 35-36, abr./jun. 1978.
[42] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 23.
[43] Ibidem.
[44] BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 19.
[45] REQUIÃO, Rubens. A Co-Gestão. A Função Social da Empresa e o Estado de Direito. *Revista Forense*, v. 262, p. 31, abr./jun. 1978.
[46] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 51.

Apesar das resistências encontradas ao longo do caminho pelos doutrinadores clássicos e por fazer a *empresa* parte da realidade atual, o direito não pode ignorá-la ou deixar de regulá-la e, inobstante não haja um conceito jurídico geral e uniforme de *empresa*, as teorias econômicas foram recepcionadas com mais de um significado. Nas palavras de Eduardo Secchi Munhoz, assim como fez o Rei Midas, o direito, ao tocar a *empresa*, tornou-a jurídica e não fez seu, como se afirmou, o conceito econômico, mas valorou-o, adaptando-o às categorias jurídicas. Foi a partir do conceito de *empresarialidade* que esse fenômeno socioeconômico foi apreendido pelo direito, aí congregando conceitos jurídicos interligados de *empresário, estabelecimento* e *atividade*[47].

Como destacado por Márcia Mallmann Lippert, o Código Civil de 2002 não definiu *empresa*, seguindo a mesma orientação da matriz italiana, ficando a cargo da doutrina a sua conceituação pela soma dos conceitos de empresário e de estabelecimento, ou seja, *empresa* é aquilo que o empresário ou a sociedade empresária faz[48].

Outro ponto que merece friso é que o conceito jurídico de *empresa*, dentro de uma acepção contemporânea, não pode ser dissociado de sua função social, tema que encerrará o presente capítulo. O jurídico não se separa do social, enquanto campos dos interesses comuns do povo, dos bens e dos valores coletivos[49], sendo lados de uma mesma moeda.

Além disso, e conforme já pincelado em outro trecho, *empresa* também é a atividade de organização dos fatores de produção pelo empresário, devendo estar presentes os aspectos de profissionalidade e lucro[50]. De toda forma, é possível que a expressão “atividade econômica” utilizada pelo legislador no artigo 966 do *códex* tenha sido empregada como sinônimo de “resultado econômico ou fim lucrativo”. Esse posicionamento encontra guarida em Marcia LIPPERT, para quem o exercício habitual

---

[47] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 180-181.
[48] LIPPERT, Marcia Mallmann. *Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121-122.
[49] Ibidem, p. 48.
[50] Esses aspectos são um consenso entre os doutrinadores: Waldírio Bulgarelli, Rubens Requião, Fran Martins, Fábio Ulhoa Coelho, dentre tantos outros, mencionam o lucro e a profisisonalidade como elementos caracterizadores da atividade de *empresa.*

de uma atividade por meio da organização dos elementos da produção para a circulação de bens ou de serviços sem o objetivo da lucratividade não se classifica como empresa[51].

É preciso, contudo, ter cuidado, pois, apesar de ser o lucro um aspecto intrínseco à atividade empresarial, ele não pode ser isoladamente considerado, pois há atividades lucrativas sem a caracterização de *empresa*. Por outras palavras, em toda *empresa* há o elemento lucro, mas nem sempre que há lucro pode-se falar em *empresa.* Veja-se que lucro é o resultado positivo, obtido da subtração de todas as parcelas do custo (despesas e encargos) e da receita obtida na atividade desenvolvida, a qual pode ser também *simples*, cuja categoria mais tarde se abordará.

Também merece reserva a colocação de que *empresa* engloba todos os setores da atividade econômica[52], pois – na mesma linha do que se defende sobre o lucro – a chamada atividade *simples* também tem cunho econômico. Em outras palavras, não é toda atividade econômica produtiva no âmbito do direito privado que pode ser classificada de *empresarial*: a atividade *simples* também tem cunho econômico e visa ao lucro.

O uso indiscriminado do termo *empresa*, tanto no Código Civil como em outras leis infraconstitucionais, gera dúvidas no que concerne ao seu real significado. Apenas à guisa de exemplo temos a Lei 8934/94, que em seu artigo 60 e parágrafos trata da inatividade da *empresa* mercantil, usando o termo como sinônimo de sociedade empresária. Também na doutrina pátria, especialmente em artigos com data anterior ao Código Civil de 2002, há juristas que definem *empresa* como sujeito de direito, vide Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, para quem a "empresa" teria existência própria, independente da vontade do empresário, em decorrência da sua relevância social como fator de progresso econômico e de criação de emprego[53].

Essa acepção de *empresa* como instituição, chamada pelos doutrinadores italianos de teoria institucional da *empresa*, sofreu duras críticas, sobretudo de

---

[51] LIPPERT, Marcia Mallmann. *Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.
[52] FERRONATTO, Adria Paula. A Empresa no Novo Código Civil: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais*, v. 843, p. 19, jan. 2006.
[53] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro. *Ajuris*, n. 37, p. 59, jul. 1986.

Bulgarelli, porquanto a *empresa* considerada como uma instituição deveria apresentar, como elemento comum a todos os tipos, uma organização de pessoas e bens ou, no mínimo, de trabalho, de atividade humana dirigida para a obtenção de um fim comum. Para esse autor, ou as pequenas empresas que prescindem de um grupo de trabalhadores e de uma efetiva organização do trabalho não são consideradas empresas, ou a concepção institucional não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico da *empresa*[54].

Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury também apontou em seu trabalho uma dicotomia entre o que chamou de sociedade institucional e empresas "personificadas", que não teriam natureza societária. Para a autora, é nítida a dissociação entre empresa e empresário no âmbito das grandes empresas e grupos econômicos, *os quais apresentam natureza institucional* e não societária[55].

Amadurecida hoje a questão, tal discussão parece já estar superada, não havendo mais espaço para se questionar que *empresa* é atividade exercida por pessoas, físicas ou jurídicas, as quais, por sua vez, não se confundem com os membros que delas participam.

Não discrepa deste entendimento a doutrina italiana, como diz Pietro Perlingieri, "*l'attività di impresa deve realizzare l'organizzazione anche di uno soltanto dei fattori di prodizione* [...][56]".

No mesmo tom, Miguel Reale, em seus comentários ao Projeto do Código Civil, afirmou de forma categórica que *empresa* não é entidade, mas sim a atividade emprenhada na produção, circulação e distribuição de riqueza[57]. Atividade essa praticada pela figura do *empresário*.

1.2 **Empresário: o sujeito que exerce a empresa**

[54] BUGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 78.
[55] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47.
[56] PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile.* Napoli: Scientifiche Italiane,1997, p. 663.
[57] REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, n. 808, fev. 2003, p. 6.

Empresário é a pessoa, física ou jurídica, que exerce *empresa.* Eis justamente o que se depreende do artigo 966 do Código Civil, que abre o Livro II dedicado ao direito de empresa, considerando *empresário* quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Tal disposição legal brasileira adotou a mesma opção legislativa da maioria dos países de tradição romanística, em especial o Código italiano de 1942[58]. Pietro Perlingieri, ao abordar a norma do artigo 2082 de seu códice, aduz sobre o empresário que:

> *Imprenditore è qui esercita professionalmente un'attività econômica organizzata al fine della produzione o dello scambio di bene o servizi; per 'attività' s'intende uma serie coordinata di atti legati da um disego unitário Che è quello produttivo di nouva ricchezza*[59].

Toda atividade empresarial pressupõe o *empresário*, individual ou coletivo, como sujeito de direitos e obrigações e titular da empresa, sendo o detentor do poder de iniciativa e decisão, cabendo-lhe determinar o ritmo e o destino da atividade. Na obra de Lucas Abreu Barroso, vê-se a qualidade de *empresário* como um estado de existência latente, que, para ser atribuída, precisa ser exercida em conformidade com os aspectos subsumidos na sua concepção. Ou seja, a definição de *empresário*, muito mais do que propriamente a definição de um sujeito, trata de delimitar sua atuação em conformidade com determinados elementos exigíveis[60].

Empresário é ainda o sujeito que organiza o estabelecimento empresarial, tido como elemento essencial da atividade de *empresa,* pois, sob o prisma contemporâneo jurídico formal, a existência do *empresário* está associada a uma entidade objetiva (objeto) por ele organizada[61]. O Código Civil conceitua estabelecimento como o complexo de bens organizado para o exercício da *empresa*[62], considerando ainda esse complexo como universalidade de direito, podendo ser objeto de direitos e obrigações

---

[58] BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução Crítica ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 295.
[59] PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile.* Napoli: Scientifiche Italiane,1997, p. 663.
[60] BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução Crítica ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 297.
[61] PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile.* Napoli: Scientifiche Italiane,1997, p. 683-684.
[62] Artigo 1142 do Código Civil: Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

de forma unitária[63]. São vários os bens, corpóreos e incorpóreos, que podem compor um estabelecimento, variando sempre conforme o porte e o ramo da atividade exercida, desde marcas e patentes (bens imateriais)[64], a frotas, imóveis, maquinaria, estoque, enfim, todos os bens que o *empresário* organize num conjunto para a exploração de seu negócio[65]. Esses bens possuem, naturalmente, um valor patrimonial individual. Contudo, quando considerado um conjunto unitário de bens articulado em função da *empresa*, agrega-se aí um sobrevalor, denominado *goodwill of a trade,* ou *goodwill.* No direito pátrio, utiliza-se a expressão fundo de comércio para expressar esse sobrevalor, que nasce, justamente, da capacidade organizacional do empresário[66].

Fábio Konder Comparato defende ainda que do estabelecimento fazem parte, além dos demais bens, o complexo de relações jurídicas que tem por centro o *empresário.* Tais relações são organizadas por uma força em movimento, que é a atividade do *empresário*, tendo o poder de desmembrar-se da sua pessoa e adquirir, por si mesma, um valor econômico[67].

Assim, *empresário* é sujeito que organiza e pratica a atividade *empresa,* cujo objeto é o estabelecimento, que integra o patrimônio da sociedade[68]. Sobre esse patrimônio de que é titular, o *empresário* exerce poder de controle, o qual está intrinsecamente ligado à questão dos grupos societários, tanto de fato como de direito.

Não se deve, sob nenhuma hipótese, confundir os termos *empresário* e *sócio*, uma vez que, tecnicamente, empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.

---

[63] Artigo 1143 do Código Civil: Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos e constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

[64] Além dos bens materiais, são vários os bens de natureza imaterial incluídos no rol dos que compõem o estabelecimento. COELHO, Fábio Ulhoa, em seu livro *Curso de Direito Comercial*,. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 96, cita também, a tecnologia, *know-how*, o ponto empresarial. Há ainda autores que incluem a lucratividade, a credibilidade (bom nome) e a clientela como bens intangíveis que compõem o estabelecimento empresarial. Vide José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36-37.

[65] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185. Nesse trecho, a autora ressalta que "azienda, negócio empresarial, fundo de empresa e estabelecimento empresarial são expressões sinônimas".

[66] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 98.

[67] COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo, n. 104, Malheiros, p. 119-120.

[68] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 99.

Também não cabe a confusão de que a figura do *empresário* substituiu a do antigo *comerciante*. Essas duas figuras não são a mesma coisa, pois o *empresário* representa uma criação nova, por meio da qual foi possível afastar a distinção entre agentes da produção de bens e serviços ou entre civil e comercial. Embora haja quem identifique o empresário como o antigo comerciante, no sentido de ambos serem titulares de uma atividade intermediária, o empresário exerce uma atividade extra, indo além do comerciante, pois, afora a especulação, ele é agente de produção[69].

A identificação do *empresário* com o *comerciante* também mereceu duras críticas de Adria Paula Ferronato, para quem essa analogia está impregnada de um apego histórico e escamoteia as profundas transformações ocorridas na estrutura normativa, disto decorrendo manifesto prejuízo para a compreensão do atual significado do direito de empresa[70].

Para o Código Civil em vigor, *empresário* é o titular, sujeito de direito, que investe capital, coordena e exerce a atividade, seja pessoa física ou jurídica, sendo importante assinalar que, em seu conceito de *empresário* a lei civil não inseriu o elemento risco[71]. Alguns autores, dentre os quais Waldírio Bulgarelli, adotam em seu conceito de *empresário* a figura daquele que assume o risco do negócio, copiando, assim, a primitiva concepção talhada por Vivante, na Itália[72]. Márcia Lippert acompanha o jurista e assinala que, além de organizar os fatores de produção, empresário é aquele que assume o risco do empreendimento[73]. A assunção de riscos ocorre tanto no que concerne às vantagens quanto aos prejuízos[74]. Com efeito, o risco é inerente à atividade empresária e desta não se pode desassociar.

O empresário pessoa física, embora ainda com previsão legal, está em total desuso por caracterizar a pessoa natural que age em seu próprio nome e com seus

---

[69] LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139.
[70] FERRONATTO, Adria Paula. A Empresa no Novo Código Civil: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais,* v. 843, p. 12, jan. 2006.
[71] LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.
[72] Bulgarelli, Waldírio. *Direito Comercial.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 319.
[73] Ibidem, p. 138.
[74] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 8, p. 35.

bens pessoais[75], pois pela chamada teoria da unidade patrimonial, a cada pessoa corresponde um patrimônio[76]. Esse empresário individual, embora deva registrar-se no órgão competente, não goza de personalidade jurídica autônoma, possuindo um número de CNPJ para fins meramente fiscais. Seu patrimônio pessoal responde diretamente, sem benefício de ordem, por todos os atos empresariais que praticar e por todas as obrigações sociais, o que afasta sua incidência devido ao grande risco intrínseco que carrega.

Por esse motivo, a figura central a qual se destina o direito de empresa é, sem sombra de dúvidas, a pessoa jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes. É essa que, na prática, exerce as atividades econômicas de alguma relevância, mesmo as de menor porte[77], embora o direito positivo brasileiro ainda traga no bojo da disciplina normativa da atividade empresarial o foco na figura da pessoa física, o que se nota, inclusive, em várias passagens do Código Civil de 2002 e da lei de falências, que data de 2005, tratando-se de um descompasso entre o texto legal e a realidade[78].

---

[75] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30-31. Sobre a figura do empresário individual, leciona Fábio Ulhoa Coelho, em seu livro *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. III, p. 465 a 468: "É possível porém, a exploração de atividade econômica por uma pessoa física. Normalmente, a atividade será de modesta dimensão, com pouquíssimos ou nenhum empregado, faturamento diminuto, pequena importância para a economia local. Se não for informal – traço, aliás, comum na hipótese – o empresário pessoa física terá registro na Junta Comercial e nos cadastros de contribuintes como firma individual. Note-se que esta é apenas uma espécie de nome empresarial e não representa nenhum mecanismo de personalização ou separação patrimonial. O empresário individual, ao providenciar os registros obrigatórios por lei, não está constituindo um novo sujeito de direito, com autonomia jurídica, mas simplesmente regularizando a exploração da atividade econômica. Há uma grande confusão conceitual nesse campo, principalmente porque, sob a perspectiva do direito tributário, muitas vezes encontram-se sob o mesmo regime de obrigações instrumentais o empresário individual e algumas sociedades. É necessário, contudo, ressaltar que a firma individual não é sujeito de direito, mas categoria de nome empresarial. O sujeito – isto é, o credor, devedor, contratante, demandante, demandado, falido, etc – será sempre a pessoa física do empresário individual, identificado pela firma que levou a registro. É erro técnico grosseiro dizer, por exemplo, de foi decretada a falência da firma individual ou propor ação judicial contra a firma individual e pretender distinguir bens da firma. Como não se trata de sujeito de direito, mas simples categoria registrária, a firma não contrata, não pode falir, demandar ou ser demandada, titularizar domínio ou posse sobre coisas, nem exercer qualquer atributo próprio das pessoas ou dos entes personalizados. [...]
O patrimônio do empresário individual é um só, englobando tanto os bens envolvidos com a exploração da atividade econômica (o estabelecimento empresarial) como os não envolvidos (residência, casa de campo, títulos de investimento, automóvel, etc). Todos os bens compõem a garantia dos credores e são arrecadados na falência."

[76] LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

[77] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 63.

[78] Ibidem, p. 63.

Assim, por restar claro que, hodiernamente, as atividades econômicas de maior relevância e significado são exercidas por entes coletivos, este estudo terá foco nas pessoas jurídicas, isto é, nas sociedades que desenvolvem a atividade de empresa e, mais recentemente, a EIRELI, que se desenha pela Lei 12441/2012 como uma modalidade de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, motivo pelo qual, a partir desse momento, ao tratar-se de sociedades, entender-se-á a EIRELI como conceitualmente incluída.

1.2.1 Sociedades: as pessoas jurídicas empresárias

Enganam-se aqueles que pensam que o conceito de sociedade nasceu na era moderna, mas o que havia em tempos longínquos não guardava relação com as estruturações societárias contemporâneas[79].

Contudo, foi apenas a partir das transformações ocorridas no curso do século XVIII, com o aparecimento do liberalismo na economia como consequência da revolução industrial inglesa e com a vitória da revolução francesa, que surgiram as novas acepções comerciais que levaram à promulgação do já mencionado Código Comercial francês de 1808, que em seu LIVRO I – Do Comércio em Geral tratou das sociedades comerciais e da separação de bens[80]. Já do século XIX em diante, solidificaram-se as sociedades como o ente comercial por excelência, "comerciantes coletivos", ligados entre si por um contrato social[81], daí brotando o conceito de pessoa jurídica distinta dos sócios.

---

[79] Já nos longínquos 1400 a.C, no Código de Manu, os indianos previam a sociedade em seu artigo 204, quando vários homens se reuniam, cada um com o seu trabalho, para distribuírem o resultado entre si. Tudo leva a crer que o embrião da sociedade como pessoa jurídica nasceu ainda no direito romano com a *societas vectigalium*, que era um ente distinto e admitia a divisão do patrimônio social em benefício da respectiva administração. Esse modelo societário foi aperfeiçoado pelos canônicos, no afã de tornar possível a detenção dos meios de produção pelas sés católicas. Logo após, na época das grandes navegações, os comerciantes das cidades portuárias do Mediterrâneo e do Atlântico Norte, visando a um veículo jurídico que lhes permitisse assumir maiores riscos e financiamentos, formularam a noção de "comunhão de interesses para um benefício recíproco", ou, *gesammte Hand für einen Sondergut.*

[80] BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 35-36.

[81] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43. Sobre o ato constitutivo da sociedade e sua natureza explica BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11: "Procede-se à constituição de uma sociedade através de um instrumento público ou particular, firmado por todos os sócios, no qual se declaram as condições básicas da entidade

As pessoas jurídicas que interessam a este estudo são as sociedades, artigo 44,II, CC, notadamente as sociedades empresárias. Embora não seja objeto precípuo desta empreitada buscar uma conceituação para a pessoa jurídica, cabe aqui um breve debruçar sobre a questão, porque o tema é de grande importância para a atividade empresarial.

Há quem suporte que a definição do que vem a ser ontologicamente uma *pessoa jurídica* diz mais ao direito civil ou à filosofia do direito do que propriamente ao direito comercial (ou empresarial)[82], mas esse tratamento supersimplista não pode prosperar ante a grande relevância que o conceito assume dentro da realidade empresarial hodierna em todo o mundo.

Quanto à natureza da pessoa jurídica, os juristas dividem-se em dois grandes grupos: um que a considera um ente real ao qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a personalidade[83] e outro, de maior aceitação, que melhor se coaduna à posição desta tese, que afirma que a pessoa jurídica é uma criação do direito, como um instrumento para atender à consecução de objetivos práticos[84].

A pessoa jurídica goza de proteção atinente aos direitos de personalidade, conforme prevê o artigo 52 da lei civil. Contudo, essa proteção não se confunde com aquela concedida à pessoa natural, pois a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção ou dor, estando por isso desprovida de honra

---

inclusive nome, domicílio, capital social, cotas de cada sócio, objeto social, forma de administração, prazo de existência e processo de liquidação. Esse ato constitutivo deverá ser arquivado no registro do comércio".
O Código Civil Brasileiro disciplina o registro dos empresários, aí incluindo-se as sociedades, nos artigos 967 e 968.

82 TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil.* Estudos na Perspectiva Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 86.

83 Nesse grupo, estão juristas como Del Vecchio, Michel Virally, Lamartine Oliveira, dentre outros.

84 Sobre esses dois grandes grupos, vale o aprofundamento trazido por COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa,* v. II. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8: "Começo pela natureza: muitas foram as soluções tentadas pelos teóricos para organizar o argumento da questão ontológica da pessoa jurídica. Essas soluções dividem-se, fundamentalmente, em duas. De um lado, as teorias pré-normativistas, que consideram a pessoa jurídica seres de existência anterior e independente da ordem jurídica. Para os seus adeptos, a disciplina legal da pessoa jurídica é mero reconhecimento de algo preexistente, que a ordem positiva não teria como ignorar. Segundo entendem, além do ser humano, também elas se apresentam ao direito como realidades incontestáveis, como os reais sujeitos das ações dotadas de significado jurídico. De outro lado, encontram-se as teorias normativas sustentando o oposto, isto é, as pessoas jurídicas como criação do direito. Fora da previsão legal correspondente, não se encontram em nenhum lugar. No primeiro grupo estão a teoria 'orgânica' e a da 'realidade objetiva'; no segundo, a da 'ficção' e a da 'realidade jurídica'".

subjetiva e imune à injuria. É certo que a pessoa jurídica partilha com a pessoa humana da subjetividade, ou seja, ambas são sujeitos de direito e podem reunir em torno de si situações jurídicas, mas as similitudes cessam por aí, não se podendo emprestar a pessoa jurídica determinados direitos de personalidade que somente cabem à pessoa humana, como a integridade psicofísica, por exemplo. Mesmo em casos envolvendo a honra e a imagem, há de se separar a honra subjetiva, atinente ao ser-humano, da honra objetiva de que goza a pessoa jurídica, que atinge tão somente a esfera patrimonial, referindo-se a prejuízos que se refletem no crédito, no lucro e na eficiência[85]. Esse entendimento de que a pessoa jurídica pode ser atingida em sua honra objetiva é partilhada pelo STJ e reflete-se na súmula 227 dessa Corte, cumprindo importante papel em situações envolvendo direito de concorrência, livre iniciativa e ainda outros casos em que há prejuízos dificilmente estimáveis relacionados à patrimonialidade e ao lucro da pessoa jurídica[86].

Dentre os efeitos da personalização, têm-se três aspectos salutares a se considerar. Em primeiro lugar, a titularidade obrigacional, pela qual a pessoa jurídica empresária assume vínculos, contratuais ou extracontratuais, originados na exploração da atividade econômica. Fornecedores, consumidores, empregados, fisco etc. são exemplos de raios de atuação obrigacional da pessoa jurídica empresária, cabendo frisar que os sócios não participam dessas relações[87], embora haja sempre uma pessoa natural na representação da sociedade. Por outras palavras, a sociedade manifestará a vontade de se vincular por contrato, ou praticará atos que geram obrigações extracontratuais, sempre por meio de uma pessoa natural (representante legal,

---

[85] TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53; 54; 55. Nesse mesmo trecho, o autor, Danilo Doneda, cita o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, no RESP./STJ: 60033-2, que merece transcrição: "Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima, etc., causadores de dor, humilhação vexame; a honra subjetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva,. à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, possível de ficar abalada por atos que afetem seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua."

[86] Ibidem, p. 55.

[87] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 14.

empregado, procurador, preposto etc.). Isso, porém, não significa qualquer tipo de envolvimento da pessoa física agente nos atos da sociedade, como sujeito de direito, na relação obrigacional, pelo menos em princípio. Quem participa da relação é a pessoa jurídica da sociedade, como credora ou devedora[88].

A personalização da sociedade empresária também lhe confere titularidade processual, que importa em sua legitimidade para demandar e ser demanda em juízo. Nos processos relacionados às suas obrigações, a parte legítima para mover ou responder a ação é a própria pessoa jurídica da sociedade e não os seus sócios. Por conta deste efeito da personalização é que a ação judicial que recai sobre a sociedade e os sócios sequer recebem citação[89].

O terceiro aspecto caracterizador da personalização e, talvez, o mais relevante, é a autonomia patrimonial conferida à sociedade empresária. Partindo-se dessa acepção da pessoa jurídica como mera criação da lei, a sua noção resulta primordialmente de uma afetação patrimonial, ou seja, da segregação de determinadas quantidades dos patrimônios individuais de certas pessoas, com vistas a atribuir ao novo monte patrimonial recém-constituído uma personalização, dando-lhe capacidade e perenidade[90]. A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem, o que também se aplica à sociedade empresária, tendo ela personalidade jurídica distinta da de seus sócios, sendo pessoas inconfundíveis e independentes entre si[91]. Com efeito, o principal resultado prático disso é a autonomia patrimonial das sociedades e isto já desde o Código Comercial Brasileiro de 1850, em que havia a previsão apenas do tipo societário da *sociedade em nome coletivo.* Nessa, e ainda hoje é assim, a responsabilidade dos sócios é ilimitada, porém subsidiária, ou seja, os credores tinham de seguir um itinerário cronológico de primeiro cobrar da sociedade para depois, caso

---

[88] Ibidem, p. 14.

[89] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 8, p. 151.

[90] TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Estudos na Perspectiva Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 87.

[91] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112. Esse trecho do livro do professor Fabio Ulhoa é muito importante, pois ele ressalta a importância de não se confundir terminologicamente os termos empresa, sociedade, empresário e sócios. Sobre o tema, explica: "A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada *empresa* e os seus sócios são chamados *empresários.* Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade".

não houvesse bens suficientes, poder cobrar dos sócios na justa medida do que faltasse[92].

Acerca do patrimônio separado da pessoa jurídica, vale destacar trecho de Milena Donato Oliva, para quem a expressão patrimônio autônomo é utilizada para se referir ao patrimônio da pessoa jurídica, que traduz núcleo patrimonial independente dos patrimônios de seus sócios, uma vez que pertencente ao sujeito de direito oriundo da técnica da personificação. Nessa esteira, o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com a universalidade patrimonial atinente a cada um de seus sócios, independentemente do tipo de responsabilidade pelos negócios sociais a que esses se submetam[93].

Na concepção da maioria da doutrina, que acertadamente se coloca, é da personalização da sociedade empresária que emerge a separação dos patrimônios desta e de seus sócios. Os bens que integram o estabelecimento empresarial, além de outros atribuídos à pessoa jurídica empresária, são de propriedade dela e não dos seus membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre esses os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com sua parcela ideal. Tratam-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade[94].

A questão da segregação patrimonial é salutar para o bom desenvolvimento desta tese. Com efeito, independentemente do tipo, toda sociedade goza de autonomia patrimonial e responde com seu próprio patrimônio pelas obrigações sociais. Eis a responsabilidade patrimonial, isto é, se a sociedade é solvente e possui bens em seu patrimônio suficientes para o integral cumprimento de todas as suas obrigações, o

---

[92] TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil.* Estudos na Perspectiva Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92-93.
[93] OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 218.
[94] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 15.

patrimônio particular dos sócios fica totalmente inatingível por dívidas sociais. Mesmo em casos de falência, somente após o completo exaurimento do capital social e do patrimônio da sociedade é que se poderá cogitar de alguma responsabilidade por parte dos sócios[95].

Vale também afirmar que, em todo e qualquer tipo de sociedade, a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária[96], embora possa, por previsão legal ou contratual, ser solidária entre os membros que compõem a sociedade[97]. Isso significa dizer que os sócios podem e devem exigir que previamente seja exaurido o capital e o patrimônio social, para só depois, se a regra permitir, verem-se atingidos em seus bens particulares[98]. Como afirmou Thereza Nahas, a situação de subsidiariedade criada pelo legislador permite que o sócio, uma vez chamado a responder pela obrigação, exerça o benefício de excussão (*exceptio excussionis*), que possibilita que ele indique bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembaraçados, quantos bastem para pagar o débito (art. 596, § 1° do CPC)[99].

A regra é, portanto, de subsidiariedade, admitindo a lei uma única exceção ao responsabilizar solidariamente com a sociedade aquele sócio que contrata pela sociedade em comum[100]. Contudo, essa responsabilidade subsidiária dos sócios pode ser ilimitada ou limitada, de acordo com o tipo societário em questão. É o tipo societário que dirá, caso o patrimônio social não seja suficiente para o pagamento dos credores da sociedade, se o saldo do passivo poderá ser reclamado dos sócios de forma ilimitada ou se há um limite, além do qual o respectivo saldo será a perda que os

---

[95] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.
[96] Ibidem, p. 116.
[97] Sobre isso, esclareceu Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 116, que, quando a lei qualifica a responsabilidade do sócio de solidária, ela se refere às relações entre eles, o que significa dizer que, se um sócio descumpre sua obrigação, essa pode ser exigida dos demais, em solidariedade.
[98] Artigo 1024 do Código Civil: Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.
[99] NAHAS, Thereza. *Desconsideração da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007, p. 55.
[100] Artigo 990 do Código Civil: Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1024, aquele que contratou pela sociedade. - A sociedade em comum não possui personalidade jurídica, embora possa ser detentora de patrimônio próprio. Em caso de responsabilização desta sociedade, pode o sócio que por ela contratou, ser demandado de forma solidária, ainda que haja outros bens sociais a serem executados. Neste caso excepcional, ele é solidário à sociedade em comum por aquela dívida social e não pode invocar o benefício da subsidiariedade.

credores deverão suportar[101]. Aliás, esclarecendo o óbvio, a sociedade, quando estiver respondendo por obrigação sua, terá sempre responsabilidade ilimitada, pois o direito brasileiro não conhece nenhuma hipótese de limitação da responsabilidade pessoal. A limitação, portanto, destina-se tão somente aos sócios, cuja responsabilização poderá restringir-se a um certo montante, conforme o tipo societário. Como esclareceu José Edwaldo Tavares Borba, as sociedades, elas próprias, respondem sempre ilimitadamente pelas obrigações assumidas, envolvendo, naturalmente, todo o seu patrimônio nos negócios que realizam e, para atender a seus débitos, poderão ser levadas a despender até o último centavo. Quando se fala em sociedade de responsabilidade limitada, a alusão é, na verdade, a sociedade com sócios de responsabilidade limitada. O sócio é que responde limitada ou ilimitadamente pelas obrigações sociais. A sociedade, tal como o comerciante individual, responde sempre ilimitadamente, não lhe sendo dado excluir qualquer bem do giro de seus negócios[102].

Posto isso, algumas premissas sobre os tipos societários existentes no ordenamento pátrio valem a pena serem rememoradas antes do mergulho no tema dos grupos de sociedades empresárias, propriamente ditos.

Primeiro, cabe esclarecer que nem toda sociedade é empresária, pois o direito reservou às atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística, em que há pessoalidade no atendimento, a modalidade da sociedade simples[103]. A definição de sociedade simples, como categoria, é feita basicamente por exclusão, pois, em contraposição à sociedade empresária, a sociedade simples é aquela que tem atividade econômica, visa ao lucro, mas não a explora de forma empresarial[104]. Classificar a

---

[101] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.
[102] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48-49.
[103] Vide artigo 967, parágrafo único do Código Civil.
[104] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 447. Para buscar esclarecer o tema, cabe interpretar a parte final do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, que assim dispõe: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, *salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa* (grifo nosso). Adria Paula Ferronatto, em sua obra *A Empresa no Novo Código Civil*: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais,* v. 843, p. 29, jan. 2006, esclarece que "a expressão *elemento de empresa* deve ser caracterizada como o exercício de atividade própria de empresário, que é um exercício profissional, de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços".
Com efeito, algumas atividades possuem estatutos próprios, como os médicos, por exemplo, onde a disciplina da medicina possui caráter científico, fazendo com que o seu exercício fique à margem da empresarialidade. Contudo, se uma sociedade de médicos, além de prestar os serviços que lhe são

sociedade como simples ou empresária cabe aos sócios, no momento de sua constituição, mas se equivocar pode trazer consequências desagradáveis, em especial de caráter tributário, conforme se depreende, à guisa de exemplo, do seguinte julgado, que traz o caso de um centro de diagnóstico e pesquisa do Espírito Santo, o qual enquadrou-se como sociedade simples limitada, quando, em verdade, exercia atividade de natureza empresarial:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA. EXISTÊNCIA DE NATUREZA EMPRESARIAL. Responsabilidade limitada dos sócios. Impossibilidade de recolher o ISSQN pelo valor fixo. Precedentes. Acórdão fundado no exame de elementos contratuais e probatórios. Aplicação das súmulas 5 e 7/STJ. Multa, afastamento. Inexistência de finalidade protelatória em segundos embargos de declaração. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. RESP. 906.999 – ES. Ministro Relator José Delgado. Data do julgamento: 04/09/2007[105].

As sociedades simples estão fora do âmbito de incidência do presente estudo, uma vez que seu menor porte e sua pouca expressão econômica as tornam inadequadas à formação de um grupo econômico, de direito ou de fato.

Outro ponto salutar reside no fato de que nem toda sociedade possui personalidade jurídica. Há aquelas que não a possuem por força de lei, como a sociedade em conta de participação, regulada nos artigos 991 a 996 do Código Civil. Nesse tipo societário, prevalece o caráter de um contrato associativo, de participação ou de parceria provisória, cujo registro não confere personalidade jurídica à sociedade. Na verdade, apenas uma modalidade de sócio, que é o sócio ostensivo, assume responsabilidades em nome próprio perante terceiros, nada havendo que se demandar dos demais, sócios participantes. Em suma, juridicamente, a sociedade em conta de participação inexiste para terceiros[106].

---

próprios, extrapola essas atividades com outros serviços ou ainda torna-se tão grande e tão vultuosa que perde totalmente a pessoalidade em seu atendimento médico, permitindo que o paciente seja atendido por qualquer médico daquela vasta equipe, essa sociedade será tida como empresária, pois haverá nesse caso uma atividade organizada com perfil empresarial.

[105] Em igual sentido vide igualmente: RESP-ES. 334.554; RESP-ES. 458.005.

[106] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 8, p. 178-179. Mônica Gusmão, em sua obra *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 100-101, diz que a sociedade em conta de participação é atípica, por tratar-se de um verdadeiro contrato, verbal ou escrito, de participação entre os sócios ostensivo e participante. Diferentemente dos demais tipos societários, em que a lei determina cláusulas essenciais para o conteúdo do contrato de constituição, na sociedade em conta de participação é a vontade dos contratantes que prevalece para estabelecer as regras do contrato. A sociedade em conta de

Também as consideradas sociedades em comum são despersonificadas, seja porque nunca tiveram personalidade jurídica por ausência de registro, seja porque a perderam em face de alguma irregularidade perpetrada. Esse passo é merecedor de cautela, pois o legislador do Código Civil de 2002 colocou no mesmo conceito de sociedade não personificada duas situações distintas, que remontam à própria aquisição da personalidade. A doutrina clássica que aqui melhor se coaduna, capitaneada por Fran Martins e Rubens Requião, aponta essa diferenciação, ao chamar de *sociedade de fato* aquela que funciona sem o cumprimento das solenidades legais de constituição, registro e publicidade[107], e as sociedades afetadas pelo descumprimento de alguma formalidade legal são chamadas de *irregulares*.

Veja-se que a primeira obrigação da sociedade empresária é a de registrar-se no órgão competente, que é a Junta Comercial[108]. Desse ato é que nasce a sociedade para o direito, conforme se depreende da parte inicial do artigo 45 da lei civil, pela qual a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro[109]. Pois bem, com efeito, a distinção entre sociedade *irregular* e *de fato*, independentemente do autor clássico que se adote, não tem relevância no que se refere às consequências geradas, pois em ambos os casos desemboca-se na falta de personalidade jurídica. Por esse motivo, predominou o entendimento de que não se justifica conceituar diferentemente estes dois tipos[110].

---

participação é oculta para terceiros, que contratam somente com o sócio ostensivo. A autora admite ainda que essa sociedade não tem natureza societária e sim contratual, pois há, segundo ela, apenas uma vontade interna traduzida num contrato de participação.
Ainda sobre sociedade em conta de participação, arremata Fábio Ulhoa Coelho, em *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 479, que: "*Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a* conta de participação *uma espécie destas. (..) A* conta de participação*, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou* sociedade" (grifo do autor).

[107] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 380-381. v.1. Fábio Ulhoa Coelho, em seu livro *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 394, destaca que a doutrina clássica diferenciou as sociedades de fato e irregulares adotando diferentes critérios. Por exemplo, Carvalho de Mendonça defendia que se não fossem cumpridas todas as formalidades legais de constituição e registro a sociedade seria irregular e que, de fato, era a sociedade nula em razão de graves vícios. Waldemar Ferreira, por sua vez, considerava *de fato* a sociedade oralmente contratada e *irregular* a que possuísse contrato escrito, mas sem registro.

[108] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 67: "As sociedades empresárias, independentemente do objeto a que se dedicam, devem se registrar na Junta Comercial do Estado em que estão sediadas".

[109] Artigo 985 do Código Civil: A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos. (art. 45 e 1150 CC).

[110] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 395.

Assim, boa parte dos doutrinadores, dentre os quais Fábio Ulhoa Coelho e José Edwaldo Tavares Borba, dentre outros, defendem que estas expressões devem ser entendidas como sinônimas, pois servem para designar qualquer sociedade comercial a que falte, quer o instrumento escrito, quer o arquivamento desse instrumento[111].

Contudo, em que pese a robusta doutrina defender a desimportância dessa diferenciação, na linha do que optou o Código Civil de 2002, tem-se na prática uma situação diversa, que merece ser levada em consideração. É bem verdade que a consequência não se modifica e, tanto para um quanto para outro caso, haverá uma sociedade sem personalidade jurídica, acarretando aos sócios responsabilidade ilimitada e sem subsidiariedade para aquele que contratou pela sociedade. Ocorre que, enquanto a demonstração da *sociedade de fato* (considerando-se essa aquela que nunca se registrou e trabalha de maneira informal) é bem mais fácil de ser feita, no que tange à sociedade *irregular* a situação pode ser outra, o que vem a repercutir radicalmente nas consequências jurídicas para o caso concreto.

A lei civil não obriga, para a mantença de regularidade, apenas o registro do ato constitutivo da sociedade empresária[112], mas o faz também no que concerne a todas as mudanças posteriores pelas quais a sociedade passar[113], tratando-se, no primeiro caso, de regularidade originária e, no segundo, de regularidade superveniente. Isso significa dizer que não só o contrato social que cria a sociedade, mas todos os atos posteriores de alteração devem estar arquivados na Junta Comercial, sob pena de eventual *irregularidade* da sociedade. Eis o que se depreende do parágrafo único do artigo 999 do Código Civil, que assim dispõe:

> **Artigo 999 CC**. As modificações do contrato social que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.
>
> **Parágrafo Único**. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente (grifo nosso).

---

[111] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45.

[112] Artigo 967 do Código Civil: É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

[113] Sobre o tema, GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-98, ratifica como irregular as sociedades que não têm os seus atos constitutivos inscritos no órgão competente (irregularidade originária) *ou deixam de promover as alterações contratuais necessárias e obrigatórias (irregularidade superveniente)* - grifo do autor.

Esse entendimento reverbera no Enunciado 383 do CJF, que assim dispõe:

> **E n. 383 do CJF**: A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando sobre a matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduz à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986).

Isso significa dizer que uma sociedade pode nascer regular, porque cumpriu corretamente a obrigação de registro e publicidade de seu contrato social (ato constitutivo), e tornar-se *irregular*, pelo descumprimento de alguma *formalidade posterior* de registro, arquivamento ou publicidade. Nas palavras de Eduardo Goulart Pimenta, as sociedades irregulares são aquelas que, constituídas validamente pela elaboração e competente registro de seu contrato social, posteriormente apresentaram alteração em sua estrutura sem a necessária modificação junto aos órgãos oficiais de registro. As sociedades irregulares adquirem esse perfil quando a situação *interna corporis* é alterada sem que tal mudança seja levada ao meio juridicamente eleito – registro – para lhe conferir publicidade e valor perante terceiros[114].

Assim é que, as consequências jurídicas no que tange à responsabilização podem ser muito diversas para a sociedade *regular* e para a *irregular*, como se alude do seguinte exemplo, tendo-se por base a regra geral da responsabilidade limitada:

A sociedade empresária Transportes Vienenses Ltda. registrou-se regularmente em 2010, na Junta Comercial do estado sede onde atua. Quatro anos depois, enfrenta sérios problemas de caixa e algumas execuções por parte de fornecedores. Considerando-se que essa sociedade está regular e não foi perpetrada qualquer fraude ou abuso, a sociedade responderá até o limite de seu patrimônio, e o que não suportar resultará em perdas para os credores. Ainda, havendo indícios de fraude ou abuso, os credores poderão valer-se do remédio da desconsideração da personalidade jurídica dessa sociedade. Eis o que se poderá enfrentar numa sociedade regular, com personalidade jurídica.

Agora, se restar demonstrado que essa sociedade, durante os quatro anos de sua existência, deixou de observar alguma formalidade legal de registro, arquivamento

---

[114] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12.

ou publicidade[115] que possa levar a perda de sua personalidade jurídica, aí as consequências serão totalmente diversas. Nesse caso, independentemente de fraude ou abuso, os sócios responderão ilimitadamente e, *destaca-se*, não há cabimento de aplicação da teoria desconsideração, pois a sociedade já estará desprovida de sua personalidade jurídica.

Há, com efeito, uma grande confusão entre sociedade *irregular*, em especial as ceifadas por irregularidades supervenientes à sua constituição, e aplicação da teoria da desconsideração. Veja-se que o próprio STJ, em sua súmula 435, deixou claro que se presume *dissolvida irregularmente* a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes[116]. Tal súmula é acertada e se coaduna com a obrigação legal de registrar, dentre outros, o ato societário que vise alterar o endereço de sede da sociedade[117], visto que é inadmissível a uma sociedade ter seu endereço desconhecido e inacessível a terceiros. E a sociedade dissolvida irregularmente deixa de existir, é despersonificada, ou seja, carece de personalidade jurídica.

Essa súmula confronta, inclusive, o Enunciado 282, da IV Jornada de Direito Civil, referente ao artigo 50 do Código Civil[118], segundo o qual *o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica*. Tal enunciado mostra-se dissonante por inúmeras razões, em especial pela confusão travada entre *irregularidade*, que provém de uma inobservância formal de registro, e *abuso de direito*, que pertine a pressuposto da desconsideração na teoria maior. Este enunciado é uma prova cabal da celeuma existente, envolvendo doutrina e jurisprudência, no desenrolar do tema. Veja-se também esses julgados do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em que prevalece o mesmo equívoco:

---

[115] Deixar de arquivar alterações contratuais de endereço, sócios, objeto social, capital, enfim, qualquer mudança que deveria ser traduzida numa alteração contratual, mas deixar de sê-lo por desídia dos sócios.

[116] Súmula publicada em 14/04/2010.

[117] Artigo 997, II, CC c/c art. 999, § único.

[118] Artigo 50 do Código Civil: Em casos de abuso de 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.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. Indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Necessidade da efetiva comprovação do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, sendo certo que a mera não localização da executada e a possibilidade de mudança de endereço, ou o simples encerramento de suas atividades, por si só, não autorizam o provimento ora pleiteado. Entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a Súmula 435 do STJ diz que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente; todavia, a inteligência que se deve ter desse enunciado é de que a não localização da empresa no endereço fiscal é indício de sua dissolução irregular, mas, por si só e independente de qualquer outro elemento, é insuficiente para o pronto redirecionamento da execução fiscal, que depende de prévia apuração das razões pelas quais tal fato ocorreu, bem como da comprovação do elemento subjetivo na conduta ilícita do sócio”, e, quanto a aplicação de plano do disposto no artigo 135 do CTN, àquela Corte deliberou que "como a declaração de dissolução irregular importa no reconhecimento de uma infração, é inadmissível essa conclusão sem prévio procedimento de sua apuração. A prova do ato infracional compete a quem alega a sua ocorrência, no caso, ao credor (Fazenda Pública) que requer o redirecionamento. A inversão do ônus probandi só deve ser feita nos casos em que a lei a admite expressamente e, ainda assim, em hipóteses excepcionais". Aplicação ainda do enunciado nº 282 do Conselho de Justiça Federal, no sentido de que “o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta a caracterizar abuso da personalidade jurídica”. Decisão agravada que não se evidencia teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos. Aplicação do entendimento consolidado na Súmula 58 desta Corte. Recurso a que se nega seguimento. AI/RJ 0005925-84.2014.8.19.0000. Décima Sexta Câmara Cível. Des. Relator Carlos José Martins Gomes. Julgamento: 11/02/2014.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. OCULTAÇÃO DA EMPRESA EXECUTADA. MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS DE TENTATIVA DE CAUSAR PREJUÍZOS A TERCEIROS E DE FRAUDAR A EXECUÇÃO. Para se deferir a desconsideração da personalidade jurídica de empresa executada, deve o exequente demonstrar a existência de prática de ato com objetivo de causar prejuízo a terceiros ou de fraudar a execução. No caso em tela, segundo constou da decisão recorrida, a citação não foi efetivada pelo Oficial de Justiça, por não estar completo o endereço da diligência, e não por ter a empresa citanda mudado de endereço. Precedentes do STJ e do TJERJ. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado. AI/RJ 0051441-64.2013.8.19.0000. Décima Sexta Câmara Cível. Des. Relator Lindolpho Morais Marinho. Julgamento: 04/10/2013.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Execução de sentença. Incidência da Teoria Maior da *disregard doctrine*. **Presença de um dos pressupostos do artigo 50 do novo Código Civil. Abandono do estabelecimento sem alteração contratual registrada e comunicação aos órgãos tributários.** Aplicação, por analogia, da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes das Turmas de Direito Privado da Corte Nacional. Decisão recorrida em confronto com a jurisprudência dominante no

> STJ. Agravo de instrumento provido pelo relator. AI/RJ 004692-52.2014.8.19.0000. Décima Câmara Cível. Des. Relator Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento: 03/02/2014. (grifo nosso).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação De Obrigação De Fazer. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Redirecionamento da Execução em face dos sócios. **Sociedade que não foi encontrada no endereço mencionado na última alteração contratual e constante dos Cadastros do DRF e Jucerja. Tentativa de busca e apreensão dos bens devidos infrutífera. Presunção de Encerramento Irregular das Atividades da Sociedade, o que faz com que se presuma o abuso da personalidade jurídica** e determine a aplicação do verbete Sumular 453, Do STJ: "Presume-se dissolvida Irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Recurso Provido. AI/RJ 0047814-52.2013.8.19.0000. Vigésima Segunda Câmara Cível. Des. Relator Odete Knaack de Souza. Julgamento: 06/11/2013" (grifo nosso).

De forma diversa, encontra acerto esta antiga decisão, proferida pela Corte de São Paulo:

> **SOCIEDADE COMERCIAL**. Responsabilidade Limitada. Alteração contratual não levada a registro. Circunstância que a torna em situação irregular, acarretando, consequentemente, solidariedade e responsabilidade ilimitada de todos os sócios – arrecadação de seus bens pessoais nos autos de falência, portanto, admissível. Basta inexistir registro de alteração contratual para que a sociedade limitada passe à condição de irregular, acarretando, consequentemente, a solidariedade e a responsabilidade ilimitada de todos os seus sócios, que podem ter seus bens pessoais arrecadados no processo de falência. AI/SP 107.241-1. Sétima Câmara Civil. Des. Relator Leite Cintra. Julgado em 1978.

A doutrina carece de maior enfrentamento sobre esse ponto e, como visto, encontram-se na jurisprudência maus exemplos de situações em que foi concedida desconsideração, quando se tratava de perda da personalidade jurídica. Por isso, não parece desarrazoado insistir na relevância de se desmembrar a *sociedade de fato* da *sociedade irregular* e essa, da sociedade personificada em que há fraude ou abuso. A *regularidade* refere-se a uma obrigação formal de registro, arquivamento e publicidade, que, quando não observada, acarreta a responsabilidade ilimitada dos sócios pela perda da personalidade jurídica. Esse expediente não guarda qualquer relação com a desconsideração da personalidade jurídica, devendo-se evitar tal contaminação.

As sociedades despersonificadas também ficarão à margem da análise da utilização abusiva dos grupos societários de fato, pois a responsabilização de seus

membros, conforme fartamente demonstrado, é prevista expressamente na lei, dispensando qualquer incidência da teoria de *disregard.*

Dentre as sociedades dotadas de personalidade jurídica, a lei civil em vigor prevê cinco tipos, das quais duas estão em franco desuso, que são as comandita simples ou por ações[119]. A antiga sociedade em nome coletivo[120], apesar de menor incidência, voltou a ser utilizada para determinados casos específicos, notadamente para aproveitamento de benefícios fiscais e planejamentos patrimoniais familiares. Quanto ao benefício fiscal, os lucros apurados por sociedades em nome coletivo e distribuídos aos sócios domiciliados em certos países eram considerados, pela legislação destes, como rendimentos não tributáveis[121]. Já no que pertine ao planejamento patrimonial, o artigo 1043[122] da lei civil torna as cotas dos sócios impenhoráveis neste tipo societário e impede sua liquidação antes de que seja liquidada a própria sociedade. Gabriel Assis de Almeida analisou essa nova modalidade de planejamento patrimonial, certificando que, pelo o artigo 1043 do CC, as cotas do sócio de uma sociedade em nome coletivo não podem ser penhoradas, pelos credores desse sócio, em virtude de dívidas pessoais por ele contraídas. Os credores particulares desse sócio serão obrigados a aguardar a dissolução e liquidação da sociedade em nome coletivo para só então penhorarem a parte dos haveres sociais que for atribuída ao sócio da referida sociedade em nome coletivo[123].

Com esse expediente, antes de lançar-se num negócio, a pessoa empreendedora pode constituir uma sociedade em nome coletivo, deixando ali a salvo seus bens particulares, com a integralização destes no capital social da sociedade. Após, o empreendedor constituirá, então, uma outra sociedade, provavelmente de responsabilidade limitada, para nesta realizar seu novo negócio. Assim, ainda que os

---

[119] A sociedade em comandita simples é regida pelo artigo 1045 a 1051 do Código Civil e caracteriza-se por ser de pessoas e contratual. Já a sociedade em comandita por ações é de capital e institucional e suas normas encontram-se nos artigos 1091 e 1092 do Código Civil. Sobre o tema, verifica-se COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2008, v; 2, p. 476-478.

[120] Esse tipo societário é regulado pelos artigos 1039 a 1044 e caracteriza-se por admitir como sócios apenas pessoas físicas, que assumem responsabilidade ilimitada, embora subsidiária, pelas obrigações societárias.

[121] Por esse motivo, durante muitos anos, a GILLETE DO BRASIL adotou essa forma societária.

[122] Artigo 1043 Código Civil: o credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor.

[123] ASSIS DE ALMEIDA, Gabriel. "A Lei 11638 e 2007 e as sociedades limitadas. In: *Direito Tributário, Societário e a Reforma da lei das SA.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 221-222.

negócios da limitada corram desfavoravelmente e esta venha a falir ou ser alvo de pedido de desconsideração da personalidade jurídica, os bens do sócio não poderão ser atingidos por constituírem-se em cotas de uma sociedade em nome coletivo, que, por sua vez, não podem ser penhoradas ou liquidadas[124].

Tal situação merece também reservas no tratamento. Com efeito, o remédio da desconsideração da personalidade jurídica aplica-se, na prática, mais às sociedades de responsabilidade limitada, entretanto a superação da personalidade jurídica não se confunde com a responsabilidade social[125]. No que se refere à utilização abusiva de uma sociedade em nome coletivo, caracterizada a situação antijurídica, ou seja, verificando-se que a sociedade em nome coletivo foi utilizada para causar danos aos credores particulares dos sócios, deve ser aplicada a teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica, pois a blindagem patrimonial tratada no artigo 1043 não autoriza supor que os sócios podem se valer desse tipo societário com o propósito deliberado de utilizar a sociedade para acobertar situações repudiadas pelo direito[126]. Por essa razão, embora não se encontre rotineiramente sociedades em nome coletivo, sua eventual utilização abusiva deve ser coibida, pois se trata de ardil factível que, sem dúvida, merece resposta do ordenamento.

Ao fim e ao cabo, para o estudo que ora se pretende, as sociedades de maior interesse são as empresárias e personificadas e, dentre essas, as de responsabilidade limitada, notadamente as LTDAs, SAs e as EIRELIs. A característica comum desses três tipos societários é, justamente, a limitação da responsabilidade das pessoas, físicas ou jurídicas, que delas tomam parte. Pode se dizer que a limitação da

---

[124] Idem. Diz o autor neste trecho: “Se os negócios da sociedade limitada correrem desfavoravelmente, e esta vir a falir, os credores dessa sociedade, após esgotado o patrimônio da sociedade limitada, certamente tentarão, via desconsideração da personalidade jurídica ou outro instrumento de efeito equivalente, penhorar os bens pessoais dos sócios da sociedade limitada. No entanto, esses bens do empreendedor consistirão apenas numa cota da sociedade em nome coletivo. Quota essa que, por força do artigo 1043 do NCC é impenhorável. Assim, nada mais restará aos credores do sócio em questão do que aguardar uma eventual dissolução e liquidação dessa sociedade em nome coletivo, da qual o empreendedor é sócio e, por sua vez, titular de uma quota”.

[125] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine.* Tese (Doutorado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro 2003. Aduz o autor: “A superação da personalidade jurídica não se confunde com a responsabilidade social, pois a primeira é aplicada sem restrições do tipo societário (embora na prática destine-se às sociedades limitadas e anônimas...”.

[126] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 180.

responsabilidade é um passo além da autonomia patrimonial, pois a limitação garante, *prima facie,* que os bens pessoais dos sócios estejam a salvo de dívidas sociais, caracterizando um menor risco societário do que aquele encontrado nas sociedades de responsabilidade ilimitada, embora essas também gozem de autonomia patrimonial.

A sociedade limitada (LTDA) é o tipo mais utilizado no Brasil e pode ter por sócios pessoas físicas e jurídicas[127]. No que tange à responsabilidade dos que dela tomam parte, os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade porque sua responsabilidade limita-se ao capital social que, uma vez integralizado, isenta os sócios de quaisquer outras obrigações perante credores da sociedade, que somente podem demandar os sócios pela quantia faltante na integralização do capital social[128]. Em verdade, o limite da responsabilidade subsidiária dos sócios na sociedade limitada pode ser "zero". Vale dizer: se todo o capital social já estiver integralizado, os credores da sociedade não poderão alcançar o patrimônio particular de qualquer sócio com responsabilidade limitada. Deverão, em decorrência, suportar o prejuízo[129].

Já na sociedade anônima (SA)[130], a limitação da responsabilidade significa que os acionistas ou subscritores respondem apenas pelo valor de emissão das ações subscritas. Essas sociedades, sempre empresárias, dedicam-se a atividades de maior porte, podem ser transnacionais e possuem grande poder econômico.

A recém-criada EIRELI merece nota à parte[131]. Embora a discussão não fosse nova no direito pátrio[132], o instituto nasceu crivado de imprecisões jurídicas, o que anuviou um pouco a evolução jurídica que representa. Em brevíssima análise, o primeiro ponto que merece ressalva é a própria nomenclatura, pois EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA traz em si uma celeuma

---

[127] Vide artigos 1052 a 1087 do Código Civil.
[128] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 230.
[129] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.
[130] As sociedades anônimas são reguladas pela Lei 64/04, de 1976, têm natureza sempre empresarial e são chamadas institucionais, por terem sua constituição e regulação disciplinada em um estatuto social, Além disso, é a sociedade de capital por excelência, onde os acionistas podem ser substituídos por mera transferência de ações.
[131] Lei 12441/2012.
[132] O primeiro projeto de lei a respeito do tema data de 1987, com a tentativa de compatibilização da sociedade por quotas de responsabilidade limitada à realidade emergente, ou seja, admitindo-se a unipessoalidade. O texto do projeto previa em seu artigo 1°: Além das sociedades a que se referem os art. 395, 311, 315 e 317 do Código Comercial, poderão constituir-se sociedades por quotas de responsabilidade limitada, integradas por uma ou mais pessoas. Para aprofundar o tema, vide MARSHALL, Carla C. *A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

terminológica que permite a confusão entre atividade e entidade, aqui já alvo de críticas, visto que não se coaduna à hermenêutica dos legisladores pátrios e da doutrina brasileira referente à expressão *empresa*. Em segundo lugar, o enquadramento da EIRELI como "nova modalidade" de pessoa jurídica de direito privado também causa estranheza. Por que, afinal, não entendê-la como uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, como pretendia o projeto de lei datado de 1987, inserida no Inciso II do artigo 44 do CC? É desarrazoado criar uma nova pessoa jurídica de direito privado, distinta das sociedades, quando em verdade a EIRELI nada mais é do que uma sociedade *sui generis* de responsabilidade limitada, visto que composta por um único sócio[133].

Com efeito, a criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado para contemplar a EIRELI faz tábula rasa ao fato de que a sociedade unipessoal já existia no direito brasileiro, ao menos residualmente, pois com fulcro no princípio da preservação da empresa[134], o legislador do Código Civil permitiu a sociedade unipessoal por 180 dias para que fosse suprida a falta de pluralidade de sócios[135].

Além de outros pontos que aqui não serão abordados[136], cabe ainda destacar que a EIRELI pode ser utilizada para atividades não empresariais, ou seja, as atividades simples também podem ser desenvolvidas sob o manto de uma EIRELI, registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Sem dúvida que se trata de um cataclisma terminológico a desconstruir toda uma fina hermenêutica para o termo

---

[133] Após a publicação da Lei 12441/2012, o artigo 44 do Código Civil passou a ter a seguinte redação, com a inclusão de um novo inciso VI. Artigo 44 do Código Civil. São pessoas jurídicas de direito privado:
I- as associações;
II- as sociedades;
III- as fundações;
IV- as organizações religiosas;
V- os partidos políticos;
VI- as empresas individuais de responsabilidade limitada. (EIRELI) (grifo do autor).

[134] Aqui também deve ser entendido o termo empresa como sinônimo de atividade. Manutenção da atividade empresarial.

[135] Artigo 1033 do Código Civil: Dissolve-se a Sociedade quando ocorrer:
[...]
IV- a falta de pluralidade de sócios, não reconstituído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

[136] Sobre o tema EIRELI, vide artigo POTTER, Nelly. EIRELI – Análise Crítica e Algumas Reflexões. *Revista Forense*, São Paulo, n. 418, jan. 2014. Nesse artigo, há críticas também sobre a limitação da responsabilidade, que, apesar de ser o cerne da Lei 12441/2012, não consta expressamente do texto e, no que concerne à figura do sócio, que a lei não esclarece se pode ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, tratando-se de lacunas a serem supridas pela doutrina e pela jurisprudência.

empresa, pois "*Empresa de Atividade Simples"* é o cume da torre de babel, mas, infelizmente, o legislador não pareceu preocupar-se com tais preciosismos... Essas EIRELIs catatônicas, de toda forma, uma vez que praticam atividade simples, ficarão à margem do presente estudo.

Colocado então esse filtro, conclui-se que são justamente as sociedades empresárias, protegidas pelo manto da separação patrimonial, que advém de sua limitação de responsabilidade e, amparadas pela regularidade cadastral por manterem seus atos constitutivos e alterações em dia no órgão de registro na Junta Comercial, que poderão potencialmente integrar um grupo societário, de direito ou de fato, ou seja, um grupo econômico constituído por sociedades formalmente independentes entre si. E, nesse cenário, em caráter excepcional, poderá haver a utilização abusiva desse instituto, a ensejar sua desconsideração.

Antes ainda de adentrar no tema do grupos, cabe uma abordagem sobre o que vem a ser a função social da empresa, princípio norteador da atividade, cuja compreensão será salutar para o desenvolvimento desta tese.

1.3 **Do individualismo à função social**

A palavra *functio* em latim deriva do verbo *fungor,* que significa cumprir um dever ou desempenhar uma tarefa. Na obra coletiva de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, rememoraram-se as concepções filosófico-teológicas tradicionais, como cristianismo e jusnaturalismo, que delinearam o primeiro esboço do conceito de função social, reconhecendo uma índole solidária à sociedade privada, como no pensamento de São Tomás de Aquino, para quem os bens disponíveis na terra pertenciam a todos, sendo destinados apenas provisoriamente à apreensão individual[137].

A Revolução Francesa, entretanto, vivenciada no início do século XIX, com seu ideário de liberdade e igualdade, anulou esta visão social da propriedade, conferindo-lhe um caráter absoluto, irrestrito e incondicional. O jusnaturalista John Locke, que via

[137] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.) *Função Social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

na propriedade um direito natural, deu azo a que, no auge do liberalismo, os institutos jurídicos, como a propriedade, a família, o testamento, o negócio-jurídico, e tantos outros, fossem encarados, tão somente, pelo viés individualista[138]. Em sua obra, *Dois Tratados sobre o Governo,* o autor deixou isso bem claro na seguinte passagem:

> Quando [Deus] deu o mundo em comum para toda a humanidade, Deus ordenou também que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição assim o exigia. Deus e sua razão ordenaram-lhe que dominasse a terra, isto é, que a melhorasse para benefício da vida, e que, dessa forma, depusesse sobre ela algo que lhe pertencesse, o seu trabalho. Aquele que, em obediência a essa ordem de Deus, dominou, arou e semeou qualquer parte dela, acrescentou-lhe com isso algo que era de sua *propriedade*, ao que os demais não tinham qualquer título, nem poderiam tomar-lhe sem causar-lhe injúria (grifo do autor)[139].

O termo função social foi um legado importado da Sociologia para o Direito, por inspiração no filósofo Auguste Comte que, em seus trabalhos desenvolvidos ao longo do século XIX, defendeu uma profunda mudança intelectual no ser-humano, formulando o conceito de função social como dever de agir. Para esse sociólogo, cada pessoa deveria trabalhar em função da ordem social, agindo sempre em benefício da sociedade[140]. Suas ideias, retratadas na obra *Discurso Preliminar sobre o Espírito Positivo*, difundem a noção de que só a filosofia positiva pode realizar esse nobre projeto de associação universal, na medida em que o homem não se desenvolve isoladamente, mas coletivamente[141].

Pouco tempo depois, já no início do século XX, surge, no campo do direito, o conceito de função social com estudos desenvolvidos pelos juristas Karl Renner e Leon Duguit. O primeiro, que foi inclusive presidente da Áustria de 1945 a 1950, escreveu sua monografia, em 1904, tratando da função social dos institutos jurídicos sob uma ótica eminentemente marxista. Segundo Karl Renner a função social do direito corresponderia à função econômica, como se a função social fosse um reflexo da

---

138 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-4.
139 LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo. Livro II.* Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 413.
140 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 34, abr. 2003.
141 COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar sobre o Espírito Positivo.* Tradução de Renato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica para e-BooksBrasil.com: Ridendo Castigat Mores, em www.jahr.org, consultado em 25 de julho de 2015, às 10:15.

função econômica[142]. Seus estudos trouxeram uma visão pela qual o capitalismo, mesmo em seu primeiro estágio (o cooperativismo), tinha a unidade do capital como epicentro, bem como a propriedade dos meios de produção. Mesmo sem nenhuma nova lei emanada do Estado esta estrutura organizacional foi sofrendo uma gradual transformação até que a propriedade pudesse assumir uma nova função social (modelo marxista), sem necessidade de outra normativa, mas apenas à luz de uma consciência coletiva pela qual fosse revisto o direito de dominação sobre os bens[143].

Já a noção de função social formulada por Leon Duguit aproximou-se mais da conceituação atual do instituto, pois esse autor encontrava na solidariedade a explicação de todos os fenômenos da convivência. Ele percebia, nitidamente, que o ser humano não é autossuficiente e que a interdependência é inevitável à convivência[144], o que se aproxima do prisma quântico, a seguir abordado[145]. Duguit viu na solidariedade a razão de união das nações, a promover a comunhão política, racial, linguística e até

---

142 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 31-50, abr. 2003. Esse autor explicou muito bem a relevância que teve o jurista austríaco Karl Renner. Defensor do socialismo, ele exerceu cargos públicos de deputado, presidente do Parlamento e presidente da República da Áustria. Apesar de todo respeito que merecem suas obras, o conceito de Renner sobre função social não se coaduna com a visão contemporânea do instituto, uma vez que não mais se admite a confusão entre função econômica e função social. Nesse prisma, temos que uma propriedade improdutiva exerce uma função econômica de reserva de valor, enquanto por outro lado deixa de exercer uma função social, comprovando-se assim que a analogia pretendida por Renner não merece acolhida. A mesma incongruência foi percebida pelos autores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo, na análise da função social da empresa: pela visão de Renner bastaria à empresa ser um centro produtor de riquezas, congregando capital e trabalho, para cumprir sua função social. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

143 RENNER, Karl. *The Institutions of Private Law and Their Social Functions.* Ontario, Canada: Penguin Books Canada Ltd, 1969, p. 34-35. Tradução livre da autora. Os trechos originais assim dispõem: "We see that even at the first stage of capitalism, that of cooperation, the old microcosm is replaced by a new one which derives its unity from capital, which here is the aggregate of the technical means of production, that is, objects of ownership. These new organizations bring about a gradual transformation of man and matter, without any norm imposed by the state.

[…]

We see that the right of ownership thus assumes a new social function. Without any change in the norm, below the threshold of collective consciousness, a *de facto* right is added to the personnal absolute-domination over a corporate thing".

144 A interdependência inevitável citada por Leon Duguit traduz o conceito de todo relacional. Para a física quântica, o holismo relacional é a chave ou o salto criativo que dá origem a realidades sociais novas, pelo que cada ser é o "eu-individual" em seu centro, mas ao mesmo tempo é o "eu-coletivo", como parte de uma entidade mais ampla.

145 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 35, abr. 2003. Esse jurista descreveu o direito subjetivo como um conceito metafísico, que tem por base a vontade humana. Para ele, uma vez que a vontade humana não pode ser analisada objetivamente, a função social deveria sobrepor-se ao direito subjetivo. É dele também a ideia de que a função social é um dever, consolidando-se o entendimento de que a propriedade não teria uma função social, porque ela seria a própria função social: propriedade-função.

mesmo religiosa, pois para ele nenhuma nação poderia resistir sem essa solidariedade nacional[146]. A obra de Duguit defendia que o sistema individualista era precário, no que de fato tinha razão, entretanto os excessos de sua teoria renderam-lhe muitas críticas, dentre as quais se destacam a falta de diferenciação entre a definição de um direito e a subordinação de um bem, como os de uso pessoal, por exemplo, e a dificuldade de se determinar o conteúdo dos deveres positivos[147].

Não obstante as diferenças intrínsecas destacadas entre os dois doutrinadores, Karl Renner e Leon Duguit, ambos serviram de influência ao novo pensamento do século XX, que teve como expoentes a Constituição Mexicana de 1917 e, em especial, a Constituição de Weimar, datada de 1919, que reconheceu a ideia de uma ordem econômica e social atinentes aos institutos jurídicos, tais como a propriedade, a empresa e o contrato[148].

A evolução do instituto no Brasil pode ser delineada através da análise das Constituições. No século XIX, como reflexo do que ocorria na Europa[149], era garantido o direito absoluto e pleno da propriedade, nas Constituições de 1824 e 1891.

Em 1934, há uma ressalva no artigo 113, pelo qual a propriedade não podia ser exercida contra o interesse social ou coletivo. A Carta Magna de 1937 foi omissa no que se refere ao tema, o qual ressurgiu no artigo 147 da Constituição de 1946, que instituiu o condicionamento do exercício de propriedade ao bem-estar social.

A primeira vez que se utilizou no Brasil a expressão “função social da propriedade” foi com a Constituição de 1967, emendada em 1969.

---

[146] DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome II.* Dèuxieme Edition. Paris: Ancienne Librairie Tontenmoing & C Editeurs, 1923, p. 4 e 5. Assim escreveu o autor, no original: “Mais quel est le facteur essentiel qui a produit et qui maintient le lien national? On a mis em avant la communauté d’autorité politique, la communauté de race e de langue, la communauté de croyance religieuse. Ces differents facteurs ont certainement agi soit ensemble, soit séparément; mais aucun n’était assez puissant pour créer à lui seul la solidarité nationale. Lês faits le démontrent surabondamment.
Assurément, la réunion d’um certain nombre d’hommes ou de groupes sous une même puissance politique peut être un element de solidarité nationale”.

[147] Sobre as críticas à teoria de Duguit, vale a pena também a leitura de TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 36, abr. 2003. Esse autor destaca as considerações trazidas pelos igualmente juristas Georges Ripert e Gaston Morin, que entendiam que o conceito de função social era falho, uma vez que os bens de uso pessoal do indivíduo, como sua casa, suas roupas e demais objetos, não teriam função social.

[148] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.), op. cit., p. 8.

[149] As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 seguiam o que dispunham as legislações portuguesa e francesa sobre o tema da propriedade, garantindo-lhe o caráter absoluto.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 incluiu a propriedade e sua função social nos direitos e garantias fundamentais, bem como dentre os princípios da ordem econômica. Com efeito, o direito de propriedade se colocou no centro da evolução institucional de todos os direitos modernos, como asseverou Ugo MATTEI[150].

Pedro Oliveira da Costa, em sua dissertação de mestrado, tratou da transmutação do individualismo à solidariedade, pelo que se delineou um quadro inspirado por novos conceitos que modificaram os paradigmas, permeando-os por valores sociais. Nessa leitura, as grandes figuras do direito privado foram revisitadas, entranhadas por princípios constitucionais que determinaram que a dignidade da pessoa humana deveria ser respeitada acima de todas as coisas; que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais deveriam ser buscadas a todo custo e que o desenvolvimento econômico deveria ter por finalidade última assegurar a todos uma existência digna[151].

A mudança paradigmática ocorrida com o transcorrer do tempo, transmudando o direito individualista e egoístico para uma postura funcionalizada, nos ordenamentos romano-germânicos de uma forma geral, em muito se aproxima do que ocorreu no campo da física, notadamente na evolução dos conceitos mecânicos para os conceitos quânticos.

Em primeira análise, nada mais distante entre si do que as ciências da física e do direito. Na prática, contudo, a física influencia e sempre influenciou sobremaneira as percepções da realidade e dos valores sociais, mostrando-se, assim, valiosa e enriquecedora a análise do tema sob um prisma metajurídico.

O precursor da ciência mecânica, Isaac Newton, acreditava e defendia que os fundamentos de sua obra podiam ser aplicados aos problemas da filosofia moral. Nessa mesma época, a revolução ideológica do século XVII deu origem à filosofia moderna, à sociologia e aos princípios clássicos do direito. Alguns pensadores, como Thomas

---

[150] MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. *RTDC,* Rio de Janeiro, v. 6, p. 99, abr./jun. 2001.

[151] COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. Dissertação (Mestrado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 23.

Hobbes[152], John Stuart Mill e John Locke inspiraram-se intensamente na física mecânica e com base nela desenvolveram seus estudos sobre Estado e sociedade[153].

Além desses, Adam Smith tomou emprestada a nova ciência mecânica de Newton para seu modelo de economia de mercado livre e da divisão do trabalho. Da mesma fonte inspiradora provém a teoria da evolução mecanicista de Darwin e o modelo científico de Freud, que apresentava o ego como um sistema hidráulico. O próprio pai da sociologia, Auguste Comte, primeiramente chamou a nova ciência de "física social".

Como se vê, as leis fundamentais da realidade física categorizadas por Newton serviram de inspiração para que filósofos e sociólogos se debruçassem em questões básicas da vida social.

A ciência mecânica de Newton dava ênfase ao imutável e ao certo. Para esse cientista, as coordenadas espaço-tempo eram absolutas, inseridas num universo inflexível. Os átomos newtonianos eram impenetráveis e assim não poderiam entrar uns nos outros, não mantendo qualquer relação interna entre si. Nesse mundo da física clássica, a realidade era sempre, em última instância, reduzida aos átomos, cada um compreendendo uma porção separada da realidade, ligando-se aos outros apenas exteriormente, mediante a ação de força ou energia[154]. O atomismo criou em suas bases um modelo de relações baseadas no conflito e no confronto: uma parte contra a outra.

Não por acaso os pensadores políticos dessa época compararam os átomos e as forças que entre eles agiam com o comportamento e as interações dos indivíduos na sociedade. Dessa lógica, surgiram ideários, como a guerra de todos os homens contra todos os homens, a teoria da escolha racional, pela qual os indivíduos sempre preferirão agir na defesa de seus interesses, e ainda a base para a democracia adversativa na era moderna. A física mecanicista tornou-se pedra angular de toda uma

---

[152] Hobbes publicou o Leviatã em 1651, alguns anos antes da publicação dos princípios de Newton, porém as ideias mecanicistas da época já haviam sido largamente difundidas nas obras de Galileu e Kepler.

[153] John Locke certa vez descreveu-se como mero servente do incomparável *sir* Newton.

[154] Em outras palavras, o conceito de relação entre quaisquer entidades mecânicas é sempre o de uma conexão externa mediada por uma força ou sinal exterior. Os átomos newtonianos não podem entrar uns nos outros; são impenetráveis. Não têm relação interna. Estes átomos impenetráveis se atropelam, giram no espaço e colidem-se, interagindo entre si apenas por forças externas de atração ou repulsão.

visão de mundo, como paradigma da cultura industrial e tecnológica compatível com o florescimento do individualismo ocidental e da democracia liberal. Nesse prisma, as instituições sociais, a economia e os Estados eram vistos como separados e ligados externamente por elos de poder e influência. Nesta esteira, observou João Bosco Leopoldino da Fonseca, que o Código Civil francês, inspiração para tantos, concebeu-se como resultante de uma razão humana imutável, como uma obra perfeita e acabada, podendo ser visto como uma espécie de cristalização da perfeição jurídica[155].

Também os indivíduos tinham a percepção de si próprios como ilhas isoladas, categorias estanques e separadas[156]. Estavam, assim, na qualidade de "unidades" da sociedade, onde suas relações externas eram reduzidas à soma de interesses particulares. Nessa linha de raciocínio mecanicista, a "sociedade" nada mais era do que a soma de seus membros individuais. A coletividade existia apenas quando havia cooperação entre as unidades separadas ou quando se somavam suas características, por necessidade ou por escolha. No mais, era o cada um por si[157].

A primazia do indivíduo fez, durante muitos séculos, parte do credo jurídico do ocidente. Em um quadro atomista da realidade social, o conceito de força externa assume a figura das relações de poder, que supostamente mantém as pessoas unidas. Partindo desse paradigma mecânico, o poder dominava a imaginação social e a máquina tornava-se o centro do universo. Era a máquina do Estado, a máquina do

---

[155] LEOPOLDINO DA FONSECA. João Bosco. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

[156] O atomismo remete-se ao culto do especialista, do indivíduo isolado que conhece fragmentos de informação, as ignora o todo do qual estes fragmentos são parte.

[157] Em resposta ao individualismo atomista, surgiram na mesma época os pensadores coletivistas, que seguiam a tradição de Parmênides, pela qual o todo é único e não divisível. Para esse pensador, o todo é real e as partes ilusórias. Toda individualidade não passa de ilusão. Esses pensadores modernos, que se inspiraram no ensinamento de Parmênides, enfatizavam a unidade ou o grupo, mas o preço a pagar era alto, uma vez que negava por completo a importância das partes. Daí, surgiram os modelos coletivistas de sociedade ou Estado, traduzidos, por exemplo, na realidade indivisível descrita por Jean-Jacques Rousseau. Na obra *O Contrato Social*, Rousseau falava da vontade geral do coletivo, a qual todos deviam submeter-se com extrema obediência. Da mesma forma, as Leis da História, de Marx e a realidade indivisível e superior de Hegel, ambas sustentando a crença no caráter próprio do coletivo.
O risco em todas as formas de coletivismo é patente, uma vez que a criatividade individual é engolida pelo "nós". É o que se vê na sociedade japonesa, nos movimentos comunistas, no nazismo, em alguns grupos religiosos e ainda outras teorias coletivas. Os aspectos da personalidade que geram conflito são duramente reprimidos e os indivíduos que não fazem parte do coletivo são tidos como perigosos. Não raras são as experiências de repressão e lavagem cerebral, ou mesmo banimento e extermínio daqueles que não se adequam aos moldes traçados.

Judiciário, a máquina administrativa. Todo o entendimento do mundo se fazia por um sistema de engrenagem, rígido e inflexível, binário ou dualista de certo ou errado[158].

Percebe-se por essa breve visão que, até bem pouco tempo, vivia-se em um mundo em que as escolhas eram adversativas e excludentes: ciência ou espiritualidade; espaço ou tempo; onda ou partícula; mental ou físico; público ou privado[159]; indivíduo ou sociedade.

Todas as situações eram tidas como engrenagens e peças de uma máquina, em que a função só era exercida com eficiência quando o encaixe fosse perfeito. Eis, inclusive, a lógica da subsunção[160], com o encaixe do tipo ao fato[161].

Contudo, novos padrões de relações sociais e políticas passaram a ocupar lugar de destaque na era moderna. Tal mudança não se deu apenas no âmago jurídico, mas tratou-se de uma visão de mundo mais ampla, na qual a humanidade se permitiu repensar seus conceitos sobre família, comunidade, Estado, empresa. Em todos os setores, emergiu o clamor por uma ênfase na unidade e na integração. Tanto na esfera privada quanto na seara pública, buscou-se um novo arcabouço, que permitisse compreender e realizar o potencial dos seres humanos enquanto seres sociais. A noção mecanicista pela qual a sociedade consistia em unidades isoladas, com cada um

---

[158] O mecanicismo se molda na máquina, numa realidade em que o universo é formado por partes fixas em funcionamento e suas leis são rigorosamente determinadas. Ao lado disso no mecanicismo prevalece o ponto de vista único, em uma estrutura absoluta de espaço e tempo em que só há uma maneira de ver as coisas. Na física de Newton, só existe uma realidade por vez. É o "ou/ou" da escolha absoluta: Ou uma afirmação é certa ou é errada, ou é falso ou é verdadeiro, ou é bom ou é mau. Só há uma verdade, uma maneira de agir.

[159] Sobre a ferrenha separação de público e privado, dignas de nota são as palavras de Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa: "As conquistas iluministas foram cercadas de garantias jurídicas, institucionais e discursos legitimadores. Conferiu-se ao Estado a atribuição de zelar pela manutenção das liberdades alcançadas pelos indivíduos e impuseram-se a ele limitações bem articuladas para evitar o abuso de poder: ao Estado só é dado fazer o que a lei autoriza. Tudo aquilo que não é abrangido pela atuação estatal é o reino da sociedade civil, das relações e do domínio privado. Ao indivíduo é permitido fazer tudo que a lei não proíbe. Esse dualismo conferiu uma definição bem clara e precisa dos papéis do Estado e do não Estado a que corresponde a sociedade civil – cuja face econômica é o mercado e seus atores". BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22.

[160] Para Geraldo Ataliba, a subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 62.

[161] ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006, p. 138. Complementa a autora: "Nas relações sociais não raro sentir-se mais seguros em uma estrutura social rígida, um controle político firme, regras burocráticas e papéis sociais bem definidos, onde a força e o poder garantem o funcionamento do todo".

perseguindo seus interesses próprios, não conseguiu mais fazer frente à realidade da integração. A esta superação do capitalismo atomista João Bosco Leopoldino da Fonseca chamou de impulso os interesses vitais da comunidade como um todo em substituição à força de redução dos indivíduos a átomos componentes de uma sociedade, como seres isolados[162].

Assim, no intuito de aprofundar ainda mais o estudo de princípio tão relevante quanto à função social, com a amplitude que este merece, lança-se mão dos revolucionários conceitos da física quântica, a seguir expostos em apertada síntese.

Por uma visão quântica, percebe-se que até os mais particulares dos relacionamentos têm uma repercussão social, em menor ou maior grau[163]. Pequenos desvios no interior de uma sociedade se fazem sentir, por vezes, até no mundo inteiro. Assim é que quedas no mercado de ações em Londres refletem em Tóquio, processos de produção industrial nos Estados Unidos afetam o meio ambiente de todo o planeta e, mesmo em escalas privadas do comportamento, as ações dos indivíduos repercutem e influenciam em larga medida a sociedade como um todo[164].

O ser humano monadário, criado pelo individualismo moderno, cedeu lugar a uma realidade social compartilhada. Há, sem dúvida, uma verdadeira revolução em curso, visando transformar a perspectiva da realidade. É uma mudança radical que se

---

[162] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5. Nessa obra, o autor ainda destaca que, para alguns pensadores da época clássica, dentre os quais, Ripert, "O direito subjetivo é a lembrança de uma época em que a doutrina individualista era erguida como resistência à força política. O povo, que se apoderou do poder político não tolera mais os poderes privados. Os direitos individuais devem, portanto, desaparecer. Com eles, aliás, desaparecerá talvez o direito privado todo, inteiro. Todo homem, ocupando um lugar no mecanismo social, será considerado como exercente de uma função social e todas as relações entre os homens serão relações de direito público. No dia em que esta doutrina tiver triunfado completamente, o direito civil não se terá somente transformado, como queria Duguit: ele terá desaparecido".

[163] ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006, p. 21. Nesse trecho, complementa a autora que esse ideário, que chamou de padrões coletivos de pensamento, sentimento e ação, que se estende desde o mundo mais particular do relacionamento íntimo até o cada vez mais global das relações econômicas, políticas e de poder.

[164] Danah Zohar, que é física quântica, fala com maestria sobre o efeito dos comportamentos individuais na sociedade: "Se o meu casamento acabar em divórcio, aumenta a possibilidade de que outros casais façam o mesmo. Desestabiliza todo um nexo de relações sociais mais abrangentes. Ao mesmo tempo, as escolhas e as decisões que os outros estão tomando, os índices de criminalidade, de mobilidade, de aborto, de divórcio, de frequência às igrejas, etc., tudo isso tem uma influência sutil – e às vezes direta – sobre as escolhas e decisões que eu hei de tomar. Com a comunicação moderna e o processamento de dados computadorizados, estou permanentemente informada das tendências em minha sociedade e aumentam as possibilidades de que eu as acompanhe", ZOHAR, Danah, *Sociedade Quântica.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006, p. 29.

anuncia. Como observou Eduardo Tomasevicius Filho, o ser humano não é autossuficiente, motivo pelo qual a atividade particular de cada um deve harmonizar-se com as atividades dos demais[165].

A ideia mais revolucionária da física quântica encontra-se na afirmação de que a luz tem, ao mesmo tempo, propriedades tanto de onda quanto de partícula[166]. Esse foi o marco histórico em que se mudou de uma perspectiva da verdade única (ou uma coisa ou outra) para a perspectiva da verdade complementar (tanto, quanto).[167]

Essa nova realidade, tal qual se apresenta, entrelaça-se ainda ao princípio quântico do contextualismo, pelo qual a rigidez do mundo mecânico é substituída por um diálogo criativo constante dos elementos com o meio ambiente e com o contexto geral da situação experimentada: é o contexto que ajuda a realidade a realizar-se. Portanto, numa realidade quântica, considera-se sempre o conjunto da situação e nunca as partes isoladas[168].

Nesse aspecto não se pode negar que o direito, enquanto ciência social, e naturalmente também o direito societário passam por uma transformação quântica. Os interesses dos empresários não precisam mais ser enquadrados entre lucro ou responsabilidade social; meio ambiente ou industrialização; livre iniciativa ou regulação do Estado. Essa era terminou. Os seres humanos perceberam, por fim, que o mundo é tal qual eles o fazem, e nessa lógica emerge a apreensão de que a realidade na qual se vive pode ser mudada e aprimorada, em prol das próprias pessoas que nele coabitam.

A revisão dos modelos clássicos das estruturas institucionais, das relações sociais e políticas, parte da premissa de que os seres humanos não são máquinas, tampouco as empresas são máquinas. Elas são sistemas vivos, complexos e aptos a lidar com as múltiplas facetas do mundo. Nessa visão, a empresa, deve ser encarada

---

[165] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 46, abr. 2003.

[166] Durante anos a fio, os físicos clássicos estudaram a luz e discutiram se seus componentes básicos eram ondas *ou* partículas. Os físicos quânticos puseram fim a essa discussão ao comprovarem que a luz tem, simultaneamente, ambas as características.

[167] Importante destacar que nenhum aspecto da luz, nem as propriedades de onda, nem as de partícula, é mais importante ou prevalece sobre o outro. Ambos se complementam e são necessários à definição da luz, daí o princípio físico da complementariedade. É certo que só se pode ver um dos aspectos de cada vez, ou a luz se mostra como onda, ou como partícula, mas isso não torna um componente mais real ou relevante que o outro.

[168] ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Bestseller, 2006, p. 47.

como um *lócus,* e dos mais importantes, de realização das potencialidades individuais e da justiça social. A atividade empresarial não é uma ilha isolada de experiência, tampouco quem a exerce é um ente desprovido de humanidade, em que só o objetivo do lucro se faz presente. A amplitude conceitual em que a empresa hoje se insere na dimensão global origina-se em um processo histórico que tende à unificação e à ampliação do mundo presente, em que diversos empreendimentos equilibradamente coexistirão, numa perfeita harmonia entre atividade interna e ação externa.

Aos empresários não é mais razoável achar que situações particulares de cada um dos seus empregados ou que os reflexos de sua atuação no meio ambiente sejam temas desassociados de sua própria atividade. Mesmo um detalhe muito pequeno pode influenciar toda a estrutura empresarial[169]. A relação societária compreende também as relações sociais de seus membros, sejam sócios ou colaboradores, diretos ou indiretos. Pelo princípio quântico da conexão acredita-se que todas as coisas aparentemente diferentes estão articuladas entre si, num processo de integração. Analogicamente, pode-se desenvolver o princípio da conexão societária, pelo qual a atividade empresarial liga-se, inevitavelmente, ao contexto social no qual está inserida.

Seguindo esse paralelo, entre as bases da física quântica, da função social e da responsabilidade social, merece também destaque a lei quântica chamada de princípio das superposições. Houve época histórica em que os pensadores defendiam a chegada de uma era em que todos os interesses individuais e os poderes privados desapareceriam e seriam substituídos por completo por relações de direito público, nas quais os homens exerceriam invariavelmente uma função social, profetizando-se o fim da soberania do direito individual[170]. Essa era não veio tal qual esperavam, pois o desaparecimento do direito privado (ou do direito civil) não ocorreu, havendo, hodiernamente, a coexistência simultânea de múltiplas realidades, públicas e privadas, que se superpõem e se comunicam no caso concreto.

---

[169] Se o funcionário de uma sociedade empresária enfrenta problemas particulares, o filho está doente ou uma separação conjugal está em curso, não há dúvida de que estes refletirão em seu trabalho. Sua atenção será desviada e mesmo sua frequência poderá ser afetada. As questões privadas dos funcionários, tais como moradia, condições de transporte, alimentação, estudo, higiene, lazer e tantos outros aspectos, atingem diretamente o desempenho profissional dos funcionários e, por conseguinte, o desempenho do ente societário no mercado.

[170] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4-5.

É por meio dessa curiosíssima realidade das superposições quânticas que se verifica que a existência de estados virtuais mostra a possibilidade de se experimentar mais de uma realidade ao mesmo tempo[171]. A possibilidade das cláusulas abertas, da ponderação dos princípios e da análise do caso concreto em prevalência à tradicional subsunção, a busca da distribuição de justiça em lugar da mera aplicação fria da lei, traduz na linguagem jurídica o princípio quântico das superposições, pelo qual as realidades são múltiplas e se sobrepõem. A realidade jurídica, tal qual se apresenta, será pública e privada ao mesmo tempo, contendo possibilidade de prevalência de um ou de outro, de acordo com a contextualização do caso em análise[172].

O reino das relações, antes newtonianas, onde os átomos não podiam entrar uns nos outros e não mantinham qualquer relação interna, cedeu lugar ao processo mediante o qual as coisas tendem a superpor-se e a combinar-se. A realidade de cada um é absorvida pela do outro e com ela se entrelaça: ao mesmo tempo, há a individualidade e o coletivo. Na visão quântica os sistemas aparentemente separados se relacionam internamente, um entra no outro e ambos evoluem juntos e o novo, que se forma, não é a simples soma das partes, mas é uma outra realidade[173].

Surge, assim, o chamado “todo relacional”, no qual, imagina-se, as obrigações de cunho social (legais ou éticas) estão inseridas. A identidade e os interesses individuais de cada um, ou de cada instituição, podem ser preservados e, ao mesmo tempo, integrar-se a um novo contexto, maior do que si mesmo[174]. Por essa visão quântica, assim como os tijolos de uma casa, juntos formam a construção, mas nem por isso deixam de ser tijolos se isoladamente considerados, a empresa é atividade economicamente organizada com finalidade de lucro e, ao mesmo tempo, sobrepondo-se a isso, a empresa é atividade de crescimento e realização dos indivíduos, é mecanismo de realização da justiça social, é entidade de promoção dos direitos humanos e da defesa do meio ambiente. Afinal, a empresa não é uma partícula

---

[171] ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006, p. 55.
[172] Nesse caso, mais dois princípios quânticos são importantes: o primeiro, já citado, do contextualismo. A norma jurídica não é mais um tipo abstrato, mas antes de mais nada precisa estar inserida no contexto de uma realidade social para realizar-se. O segundo princípio é o da indeterminação, pelo qual toda realidade é possível, até que a realidade se concretize, ou seja, até que a norma tenha que ser efetivamente aplicada, estaremos no campo das probabilidades.
[173] ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006, p. 55.
[174] Ibidem, p. 59-60.

autônoma, solta e desprovida de contexto. A empresa está inserida numa coletividade, numa relação social, numa ordem econômica e jurídica.

Neste breve cotejo, buscou-se demonstrar que esses conceitos da física quântica, se refletidos para o campo do direito, retratam a alteração qualitativa do sistema jurídico, na medida em que a norma deixou de ser letra fria voltada à consagração do juridicamente correto, para transformar-se num instrumento de realização do bem-estar social e da justiça. Por essa ótica, arrisca-se afirmar que a função social, tanto da empresa quanto de outros institutos jurídicos, está inserida num contexto mais amplo, coadunando-se a um novo modelo de sociedade contemporânea.

1.4 **Função social da empresa: princípio norteador da atividade**

A função social da empresa se faz presente, expressa ou implicitamente, em várias leis infraconstitucionais, dentre as quais:

a) Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor. No artigo 4°, Inciso III, essa lei trata da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo com a necessidade de desenvolvimento econômico, viabilizando a realização dos princípios da ordem econômica. Além disso, a tutela do consumidor é assegurada através de ações próprias, como se depreende da leitura dos artigos 91, 101 e outros;

b) Lei 12529/2011. SUPERCADE. Dentre outros princípios, essa lei ressalta, em seu artigo primeiro, o ditame constitucional da função social da propriedade, o que retrata o aspecto dinâmico da propriedade dos bens de produção na atividade econômica;

c) Lei 6.404/76. Sociedades por Ações. Tal lei destaca-se por sua precedência à Constituição de 1988 no que se refere à função social da empresa. Em seus artigos 116, parágrafo único e 154, esta norma estipula, expressamente, que o controlador deve usar seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social;

d) Lei 9.605/98. Proteção ao meio ambiente. Embora essa lei não mencione expressamente a função da propriedade ou da empresa, serve de instrumento

em caso de seu descumprimento, conforme disposto no Inciso VI, do artigo 170 da Constituição Federal;

e) Lei 10.257/2001. Estatuto da Cidade. Essa lei estabelece diretrizes gerais de política urbana e disciplina, em seu artigo 39, de que forma a propriedade urbana cumpre sua função social. Uma vez que este artigo relaciona a função social da propriedade com o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto ao desenvolvimento das atividades econômicas, dentre outras coisas, implicitamente cuida também da função social da empresa. Esse entendimento parece coadunar-se com o que dispõe o artigo 2° do mesmo diploma legal, Inciso VIII[175].

f) Lei 11.101/2005. Recuperação de Empresas. O artigo 47 trata da função social da empresa e da importância da manutenção da fonte produtora, em uma expressa alusão ao princípio da preservação da empresa.

O Código Civil, por sua vez, foi silente no que se refere à função social da empresa, atribuindo-a expressamente à propriedade e ao contrato. Tal omissão levou ao projeto de lei do deputado Ricardo Fiúza, que pretende inserir um §2° ao artigo 966, pelo qual o exercício da atividade de empresário deverá observar os limites impostos pelo seu fim econômico e social. Em que pese o esforço do legislador em sanar essa lacuna, a doutrina já consolidou entendimento no sentido de que, embora o novo Código Civil não mencione a função social da empresa, isso não significa que essa não exista. Tal preceito foi aprovado pelo Enunciado 53, na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal[176].

Contudo, há de se ressaltar que a função social da empresa não se esgota no cumprimento de leis infraconstitucionais específicas, motivo pelo qual sua melhor abordagem se dá à luz da Constituição Federal.

---

[175] Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, artigo 2°: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência.

[176] Enunciado 53 CJF: Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

A primeira frase deste trabalho afirma: *empresa* é *propriedade.* Esse entendimento contemporâneo emergiu do sentido de propriedade adotado a partir da Constituição de 88, conforme destacou Jefferson Carus Guedes, em seu estudo sobre a função social das propriedades[177], ressaltando que a Carta Magna de 1988 adotou o conceito amplo da propriedade, aplicando-o a toda a patrimonialidade. Eros Grau destacou que a propriedade do texto constitucional, presente nos artigos 5°, caput e Inciso XXII, e no artigo 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens[178]. Fábio Konder Comparato, ao tratar da funcionalidade das empresas no regime vigente, observou ainda que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo do que o tradicional do direito civil, pois incluem-se na proteção constitucional da propriedade bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, no preciso sentido técnico do termo, como as pensões devidas pelo Estado, ou as contas bancárias de depósito[179].

Logo, os termos *empresa* e propriedade se aproximaram ontologicamente, porque *empresa* passou a significar também, em termos jurídicos, o aspecto dinâmico da propriedade ou a propriedade dos bens de produção. O sentido clássico de propriedade ligado a bens móveis e imóveis cedeu lugar às riquezas mobiliárias, *res mobilis*, daí poder falar-se em propriedade quanto ao direito ao salário ou em matéria de participações societárias[180].

Fábio Konder Comparato define como principal classificação na atualidade aquela que separa os bens quanto de consumo ou de produção, estando a atividade de empresa intrínseca à propriedade desses últimos, que podem ser móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo, os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela

---

[177] GUEDES, Jefferson Carús. Função Social das Propriedades: da Funcionalidade Primitiva ao Conceito Atual de Função Social. In: ALVIM, Arruda (Coord.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 343-360.
[178] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* (Interpretação e Crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 248.
[179] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, out. 1996, p. 43-44.
[180] Ibidem.

criação de valor. Quanto às mercadorias, essas apenas se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam a uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo[181].

Daí depreender-se que a função social da empresa é inerente à propriedade dos bens de produção, ou seja, daqueles que se entrelaçam com a atividade produtiva do proprietário, não se confundindo com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios. Por outras palavras, em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização de interesses coletivos[182].

Das observações tecidas por Eros Grau, extrai-se que a moderna legislação econômica considerou a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, respeitando este tratamento normativo, unicamente, aos bens de produção, uma vez que o ciclo de propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição[183]. Tal aspecto da propriedade dos bens de produção é o que hodiernamente habituou-se denominar de “aspecto dinâmico da propriedade”. Em verdade, uma vez que os bens de produção são postos em dinamismo no capitalismo pelo regime de empresa, é sobre a propriedade dos bens de produção que se realiza a função social da empresa[184].

Ocorre que a função social da empresa não se esgota nos bens de produção; há ainda, de sumo relevo, o poder de controle empresarial, o qual não pode ser qualificado como um *ius in re*, mas há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional da propriedade. Nessa esteira, o exercício do poder de controle pelo empresário, embora

---

[181] Idem, p. 72. Conclui ainda o autor que a classificação dos bens em produtivos ou de consumo não se funda em sua natureza ou consistência, mas em sua destinação. A função exercida por determinado bem no ciclo econômico é que lhe conferirá ou não caráter social, independentemente de sua estrutura interna.
[182] Ibidem, p. 76.
[183] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 240.
[184] Ibidem, p. 237-238.

não seja sinônimo de propriedade, funda-se na propriedade do capital[185] e, mais ainda, além disso, funda-se no próprio poder de controle, mesmo que dissociado do capital. Por outras palavras, valendo-se dos estudos de Frederico Viegas, em face da existência do poder de controle e da dissolução entre esse e a propriedade, é que se pode afirmar que a função social da empresa é um princípio mais amplo do que a mera função social da propriedade dos bens de produção, estendendo-se igualmente ao controle. Sob essa perspectiva, a ênfase da função social desloca-se, ou alarga-se, da propriedade dos bens de produção e da titularidade das participações societárias para o poder de organização e controle[186].

Assim, do mesmo modo que empresa e propriedade são lados de uma mesma moeda, empresa e função social são indissociáveis na realidade contemporânea[187]. Isso significa dizer que não há mais como segregar da função da empresa o seu viés social ou, nas palavras de Paulo Roberto Colombo Arnoldi, a empresa, tal qual concebida hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado[188]. Se por longas décadas a empresa foi vista como atividade que tinha por escopo a criação de um centro autônomo de interesses, voltado apenas para as pessoas que compunham o ente societário[189], ou ainda como um microcosmo capitalista, cuja essência espiritual era o lucro[190], tem-se hodiernamente uma compreensão totalmente diferenciada, em que a empresa está no centro da sociedade moderna[191], como atividade promocional do Estado[192].

O desempenho da atividade de empresa guarda umbilical relação com o contrato, esse entendido como o instrumento por excelência a governar as relações jurídicas, empresariais e civis ou, como muito bem expôs Ugo Mattei, o instrumento príncipe das relações externas que atuam no mercado. Para esse autor, a propriedade

---

185 COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 77.
186 VIEGAS, Frederico (Org.). *Direito Civil Contemporâneo.* Brasília: Obcursos, 2009, p. 16-17.
187 Este trabalho já fez essa menção ao tratar do conceito jurídico de *empresa.*
188 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11. jul./set, 2002, p. 157.
189 BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 22 e 23.
190 LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 55, out./dez. 1992.
191 Ibidem, p. 56.
192 BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 24.

está numa posição intermediária, entre o contrato e a empresa, desempenhando um papel tanto na organização interna da empresa, pelo empresário-proprietário, quanto nas relações externas contratuais em que propriedades são transferidas a terceiros[193].

É justamente nesse movimento de constitucionalização do direito privado, no qual preponderam os valores sociais, que a função social do contrato, da empresa e da propriedade se imbricam, pois na empresa estão presentes os contratos (teoria contratualista), desde a sua formação até todas as formas de circulação de bens e mercadorias, além das relações empregatícias, que são próprias do ambiente empresarial, e também a propriedade, por meio do conjunto de bens organizado (estabelecimento). Na releitura do perfil da empresa, entrelaçam-se três perfis, sendo um subjetivo, relativo ao empresário, outro objetivo, referente ao patrimônio e ao estabelecimento e, ainda, um terceiro, de ordem funcional, relacionado à forma pela qual a atividade é exercida[194].

Com efeito, a empresarialidade é a expressão maior da livre iniciativa, exercendo-se, via de regra, através de contínua e incessante celebração de contratos (*leasing*, *factoring*, contratos de consumo, prestação de serviços etc.), solidificando o estreito liame entre *empresa* e *contrato*, motivo pelo qual a evolução de um necessariamente repercute no outro, moldando-se, reciprocamente. Trata-se de uma ligação siamesa entre ambos os institutos[195].

Com efeito, empresa, contrato e propriedade formam um tripé balisar do Estado contemporâneo, a santíssima trindade do direito atual. Foi com esse entendimento que Jussara Suzi Nasser Ferreira descreveu a função social como um princípio constitucional de limitação a esses institutos clássicos do direito, redimensionando o conceito de sujeito de direito para as suas muitas titularidades consideradas a partir de bases principiológicas indispensáveis à eficácia social da dimensão da funcionalização,

---

193 MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. *RTDC,* Rio de Janeiro, v. 6, p. 101, abr./jun. 2001.

194 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 94-95.

195 COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado UERJ, 2003, p. 44-45.

introduzindo postura metodológica que conduz para esta compreensão trina, do contrato, da empresa e da propriedade[196].

Trata-se, em verdade, de uma mudança estrutural do instituto. No caso da empresa, além de manter o núcleo da individualidade inerente à atividade empresarial, essa passou a assumir um papel promocional do interesse coletivo. Anderson Schreiber destacou tal mudança, ao observar que, em contraposição ao direito subjetivo da propriedade, consolidaram-se elementos capazes de alterar a matriz desse instituto jurídico, decompondo-o em dois elementos: um de natureza estrutural e outro teleológico ou funcional, equivalentes à estrutura e à função[197]. Pietro Perlingieri abordou o tema, destacando que esses dois aspectos (estrutura e função) devem no hodierno direito basear as indagações acerca dos institutos jurídicos, no sentido de como é (a estrutura) e para que serve (função)[198]. Perlingieri afirma ainda que a função condiciona a estrutura[199]. Ainda, por outras palavras, não existe mais instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade, sendo a funcionalização inerente ao direito (não havendo direito sem um fim), pois a função demarca limites, sendo em si mesma um princípio, um meio e um fim[200].

Nesse viés, ocorreu uma nova visão conceitual a respeito do conceito de direito subjetivo, de forma diversa do que era apreendido no Estado liberal. Com efeito, a visão do Estado social pôs em cheque o conceito liberal do direito subjetivo, levando a situações de impasse que não se coadunam com a noção de deveres que decorrem da função social. A questão muda de enfoque quando se percebe que a função social implica no resgate da intersubjetividade e da responsabilidade de cada um para que todos possam exercer livremente os seus iguais direitos, não existindo, assim, uma antinomia insuperável entre uma noção de direito subjetivo que contenha deveres e

---

196 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 88.
197 SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *RTDC,* v. 6, p. 161, abr./jun 2001.
198 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94.
199 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 903.
200 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 79 e 81.

responsabilidades, além de prerrogativas e faculdades[201]. Como observou Frederico Viegas, a partir do momento em que o direito subjetivo deixa de ser visto como absoluto e arbitrário, desaparece a contradição entre propriedade privada e função social, já que a existência de um âmbito de prerrogativas e liberdades não é incompatível com a existência de deveres e obrigações que limitem a extensão dos poderes do proprietário[202].

Eduardo Tomasecivius Filho também tratou de analisar a estrutura conceitual da função social, contrapondo o dever jurídico ao direito subjetivo. Para ele, o conceito de dever é mais fácil de ser compreendido, pois representa um vínculo objetivo criado pelo direito em face do indivíduo. Já em relação ao conceito de direito subjetivo há uma complexidade que precisa ser considerada, vez que este representa o poder de formação jurídica para criar, modificar ou extinguir certas relações jurídicas. Para Tomasevicius Filho foi justamente as relações entre poderes, direitos e deveres que foram redimensionadas pela funcionalização[203].

Ao contrário de significar uma ameaça à propriedade privada ou ao sistema capitalista, a função social legitima a propriedade do capital e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos, nos quais o direito econômico presente na Constituição – situado no meio termo entre o abstencionismo liberal e o dirigismo estatal – serve como mecanismo para o Estado intervir no sistema econômico para corrigir as distorções peculiares do capitalismo[204].

Anderson Schreiber explicou que funcionalizar a propriedade ao atendimento de interesses sociais não significa propor o aniquilamento dos direitos individuais ou negar a propriedade privada, mas apenas impõe o exercício de um direito, atendendo também aos interesses sociais, mantendo dessa forma a propriedade privada, porém afastando a definição individualista do poder absoluto do proprietário para buscar conformá-lo e

---

[201] VIEGAS, Frederico (organizador). *Direito Civil Contemporâneo.* Brasília: Obcursos, 2009, p. 13; 18.
[202] Ibidem, p. 19.
[203] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, abr. 2003, p. 49-51.
[204] GASPARINI, Melissa Ferreira. A Ordem Econômica Constitucional e a Efetivação do Princípio da Livre Concorrência. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 5, n. 8, p. 141, p. 138-57, 2002.

legitimá-lo ao interesse social, que é a razão e o fundamento de sua proteção jurídica[205].

Entender que a função social e o intuito de lucro são conceitos incompatíveis e necessariamente excludentes, com o raciocínio segundo o qual não se pode afastar das sociedades o escopo lucrativo e que esse, por sua vez, nega aplicabilidade ao princípio da função social da empresa, é uma pérola do individualismo que destoa completamente da nova ordem constitucional[206].

Assim, não é errado associar empresa a uma atividade que vise ao lucro, mas esse não é um fim em si mesmo, e além dos interesses internos, atinentes a sócios, associados, empregados e colaboradores, a empresa exerce hoje inafastável papel de interesse público, ligado à política econômica e social do Estado. A inter-relação crescente de interesses públicos e privados na atividade empresarial já não precisa ser sublinhada. Mesmo em sistemas econômicos que consagram o princípio da apropriação privada dos meios de produção, como ocorre no sistema pátrio, as grandes empresas devem se inserir no plano nacional de desenvolvimento, como agentes da realização da política econômica e social do Estado[207].

O enlevo de que hoje se reveste a função social da empresa é posicionamento fartamente aceito por parcela esmagadora da doutrina e da jurisprudência, embora ainda haja autores que, na contramão da evolução, posicionem-se para lhe diminuir a importância. Os defensores dessa linha enxergam que a projeção da função social da empresa está, tão somente, em deveres de abstenção fixados no artigo 116 da LSA, daí não se extraindo quaisquer deveres positivos de agir. Sustentam ainda, a despeito do valor constitucional que inspira o conceito de função social, que esse só pode se materializar por intermédio de leis em sentido formal, não sendo exigível sem uma mediação normativa específica[208]. Sem dúvida, esse entendimento não se coaduna

---

[205] SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *RTDC*, v. 6, p. 163, abr./jun 2001.

[206] COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. Dissertação (Mestrado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 31-33.

[207] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.

[208] Sobre esse posicionamento, consultar: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 299.

com a axiologia civil-constitucional, pois, além de permear a atividade empresarial, a função social está intrinsecamente ligada a outros valores constitucionais.

Eduardo Tomasecivius Filho, ao abordar a função social da empresa, também o faz de forma um tanto quanto restritiva no que concerne à abrangência do instituto, defendendo que essa só é legalmente exigível no cumprimento das atividades que constituem os seus elementos, ou seja, a função social se restringe à atividade econômica organizada produtora de bens com o intuito de lucro. Sustenta, nesta linha, que os limites objetivos para a exigência da função social estão definidos no objeto social da atividade desenvolvida pelo empresário ou pela sociedade empresária, porque ali está delimitada a sua função econômica[209]. Essa passagem não parece retratar o pensamento contemporâneo sobre a matéria e, de toda forma, não merece acolhida pela latente celeuma entre a função econômica e a função social da empresa. Organizar produtos e bens com o fim de lucro é a finalidade econômica (igualmente louvável), mas ao lado dessa está a função social, que exige a prática da atividade em observância a determinados parâmetros e princípios.

Portanto, uma conclusão importante a ratificar é que a função da empresa extrapolou os limites clássicos da atividade comercial (produção, circulação, lucro), intrincando-se com um inafastável dever de cunho social. Onde antes predominavam objetivismo e liberalismo, quando a função da atividade, então chamada de comercial, era gerar lucro, organizar o capital e o trabalho[210], sendo um fim em si mesma, hoje essa função se ampliou ganhando um viés social e promocional inafastável do que ontologicamente se espera da empresa. Por outras palavras, se antes o fim da empresa era, tão somente, ser uma organização produtora de lucros[211], atualmente a esse objetivo final somam-se outros, de cunho social, em que se exige, especialmente das grandes corporações, uma atuação direta em interesses locais, regionais e até nacionais[212]. Vê-se, pois, que essa função social de que se trata não é apenas no

---

[209] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 52-53, abr. 2003.
[210] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.*25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 14-15.
[211] A Lei 6404/76 traz inclusive a possibilidade de uma Sociedade anônima ser dissolvida caso não atinja esse fim, de gerar lucros.
[212] BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. "Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa." In VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 239.

sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas deve ser entendida na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido[213].

A pessoa jurídica que exerce empresa serve como instrumento para a atividade promocional do Estado, numa atuação que se distingue daquela função repressiva do Estado, fundada apenas na sanção negativa, na qual se objetiva a omissão ou a não realização de uma conduta tida por contrária aos interesses da coletividade. No direito promocional, revela-se uma sanção ativa, ou seja, o incentivo estatal para a prática de determinada conduta cuja realização é de interesse da coletividade[214].

E mais: a própria personificação societária correspondente a uma sanção positiva do Estado, no sentido de traduzir-se em um benefício assegurado pelo direito, decorrente de um interesse do Estado de realizar atividade econômica pela forma associativa. Benefício esse que deverá favorecer tanto os sócios quanto a comunidade onde a atividade é exercida, além do Estado mesmo, que se beneficiará dos resultados alcançados[215].

Nesse passo emerge a controvertida discussão sobre o papel público da empresa ou, dito em outras palavras, a assunção de deveres públicos por entidades privadas, mormente grandes sociedades empresariais. Nesta seara, os autores se dividem, havendo aqueles, como Fábio Konder Comparato, desanimados sobre a matéria, por considerar que não há disposições legais que possam fazer valer ao empresariado a exigência de respeito aos interesses nacionais no exercício da exploração empresarial, tratando-se, apenas, de um programa de boas intenções para fins de autopropaganda do governo[216]. Sobre seu posicionamento, argumenta Comparato que os deveres sociais do controlador de empresas, estabelecido em tese em algumas normas do direito positivo, somente poderão ser desempenhados com clareza e cobrados com efetividade, quando os objetivos sociais a serem atingidos

---

[213] COMPARATO, Fábio Konder.“Estado, Empresa e Função Social.In *RT*, n. 732, p. 41, out. 1996.
[214] BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 25.
[215] Ibidem, p. 27.
[216] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 78.

forem impostos no quadro de uma planificação vinculante para o Estado e diretiva da atividade econômica privada[217].

Já em sentido oposto posiciona-se Alfredo Lamy Filho, para quem o dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste de pôr-se em consonância com os interesses da sociedade a que deve servir e da qual também se serve[218]. Imbuído do prisma quântico do todo relacional, da interligação entre atos e atitudes aparentemente independentes entre si, afirma Lamy que as decisões adotadas pela empresa têm repercussão muito além de seu objeto estatutário restrito, projetando-se na vida das pessoas e da coletividade. Por tal motivo, segundo ele, o poder empresarial deve participar do interesse público[219].

Especialmente quando se fala em grandes conglomerados, a empresa representa grande força socioeconômica e financeira com imensa capacidade de influenciar, de maneira decisiva, o local em que se encontra[220]. Sobre esse poder de barganha das grandes instituições frente ao Estado, Paulo Roberto Arnoldi ponderou que, com esse poder que hoje lhe é inerente, seria justo a empresa arcar com um papel social predeterminado pela comunidade. A empresa moderna cada vez mais obtém para si funções antes inerentes ao Estado, que perde parcela considerável de sua soberania frente aos possíveis benefícios trazidos pela empresa, que detém um poder constantemente intensificado frente à administração superior do país[221].

De fato, não é de hoje que se sabe da inoperância do Estado e de sua incapacidade em prover todas as necessidades da população[222]. Não se trata da pretensão de se substituir o Estado pela empresa. Há, sem dúvida, um papel de gestor e de controlador que é função pública inderrogável, ainda que a atuação em searas

---

[217] Idem, p. 79.
[218] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 58, out./dez. 1992.
[219] Ibidem, p. 58.
[220] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 159, jul./set, 2002.
[221] Ibidem, p. 159.
[222] No mesmo sentido ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; Taís Cristina de Camargo Michelin. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 11, p. 217, jul./set. 2002: "Atualmente, o empresariado sabe que o Poder Público, em todas as esferas, mau tem recursos para financiar sua pesada máquina administrativa".

eminentemente de interesse público, como saúde, educação e segurança, possa ser passada às mãos de particulares. Por outro lado, salta aos olhos o poder que a empresa exerce na realidade contemporânea[223], razão mais do que suficiente para que sua força econômico-financeira seja direcionada à melhoria da qualidade de vida da sociedade em que se encontra inserida.

Não que seja esvaziada de sentido a mencionada crítica que fez Fábio Konder Comparato ao afirmar que, no regime capitalista, não se pode exigir ou esperar da empresa a supressão de carências sociais sem o controle do Poder Público[224], mas, por outro lado, como destacou Daniela Vasconcellos Gomes, a empresa, embora permaneça com sua essência de produção e circulação de riquezas, deve comprometer suas atividades com a busca de maior justiça social em nosso país[225]. É inegavelmente controverso o sentido e alcance da função social da empresa no que tange a obrigações públicas, que caberiam precipuamente ao Estado.

Contudo, a despeito dessa discussão, parece não haver dúvidas de que a função social legalmente exigível começa no seio da própria sociedade empresária. Eis o chamado condicionamento do exercício da empresa à esfera endógena ou interna, posto que relacionada aos agentes da empresa.[226] Aí destacam-se as relações com os funcionários, no respeito aos seus direitos trabalhistas.[227] Por conta disso, a empresa deve, por lei, respeitar salários, seguros, fundos de garantia, jornada de trabalho, licenças, aposentadorias e vários outros pontos, hoje indiscutíveis.

Igualmente endógenos e coercitivamente exigíveis são os direitos dos sócios, em especial minoritários, que contam com disposições legais criadas com a finalidade de ampará-los. Exemplo disso são os artigos 1.008 do Código Civil e 109 da Lei de

---

[223] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; Taís Cristina de Camargo Michelin. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 247, jul./set. 2002: "A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder".

[224] COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo, Malheiros, n. 104, p. 45.

[225] GOMES, Daniela Vasconcellos. Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, p. 55, set./out. 2006.

[226] No mesmo sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 109.

[227] Os direitos dos trabalhadores estão garantidos pela Constituição da República em seus artigos 7° e 170, além disso a Consolidação das Leis do Trabalho regula as relações individuais e coletivas do trabalho.

Sociedade por Ações[228]. Aqui estão incluídos, da mesma forma, os interesses dos sócios em relação ao administrador e ainda do controlador em relação aos sócios minoritários[229].

Os direitos exógenos, por sua vez, estão relacionados aos interesses externos à empresa, em que se encontram as relações com os consumidores[230], que são protegidos por deveres de abstenção e de ação atinentes à atividade empresarial[231]; a garantia aos concorrentes e fornecedores, aos quais aludem o artigo 170, Inciso IV[232] da Constituição Federal e a Lei 8.884/1994; a defesa do meio ambiente[233]; e, por fim, a garantia aos direitos da coletividade, dentre os quais destaca-se o inciso VII[234] do artigo 170 CRFB e a Lei 10.257/2001, chamada de Estatuto da Cidade, pela qual se busca ordenar o crescimento das cidades de forma sustentável. Por fim, inclui-se no rol dos exógenos o direito do Estado de receber seus tributos pela atividade empresarial desenvolvida e o corolário da manutenção da empresa, ou manutenção da fonte produtiva, que visa conservar a atividade geradora de empregos e tributos e propulsora do desenvolvimento. Nas explicações de Viviane Perez, o princípio da preservação da

---

[228] Código Civil. Artigo 1.008 - É nula estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.
Lei 6.404/1976. Artigo 109 - Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de:
I - participar dos lucros sociais;
II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;
III - fiscalizar, na forma prevista nesta lei, a gestão dos negócios sociais;
IV - preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;
V - retirar-se da sociedade nos casos previstos em lei;
[...]

[229] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 110.

[230] A defesa do consumidor é feita pela lei 8.078/1990, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além de contar com previsão constitucional, no inciso V, do artigo 170.

[231] No mesmo sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 111: "A atividade empresarial deve ser exercida de modo a não causar dano ao consumidor, não apenas por deveres de abstenção, mas também de ação, a exemplo dos deveres positivos anexos da boa-fé objetiva de informação, de proteção e de lealdade".

[232] Constituição Federal. Artigo 170- A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
IV - livre concorrência;

[233] A lei infraconstitucional que trata da matéria é a 9.605/1998, além da previsão constitucional, no artigo 170, Inciso VI.

[234] Artigo 170 CRFB. Inciso VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

empresa tem sua maior incidência nos possíveis casos de dissolução de sociedade, seja por retirada ou falecimento de sócio, seja em razão de processo falimentar[235].

Nenhum desses dispositivos constitui novidade, embora todos representem salutar regulação estatal sobre a atividade de empresa. Não há de se questionar que a empresa, ao observar os ditames legais acima elencados, cumpre significativa parcela de sua função social, uma vez que, além de gerar lucros, atende aos interesses daqueles a ela ligados, de forma direta ou indireta. Contudo, não para por aí e, tampouco, os deveres positivos e negativos do empresário podem ser tratados de forma isolada. Ultrapassando sua redoma, a empresa passa a preocupar-se com os impactos causados por sua atividade a todas as partes envolvidas, direta ou indiretamente. Daí tem-se os chamados *stakeholders,* que são todos os agentes sociais e econômicos cujos interesses afetam ou são afetados pela empresa. Nesse passo é que a empresa se torna, ela mesma, um agente social corresponsável pelo desenvolvimento da coletividade[236].

Como núcleo central da produção e da circulação de riquezas, na empresa convergem os interesses dos empresários e empregados, dos investidores e dos consumidores, dos administradores e prestadores de serviços e, ainda, da comunidade que lhe vive à sombra. A empresa hoje é mantenedora de empregos e formadora de mão de obra, partícipe e promotora do desenvolvimento econômico e tecnológico[237].

Assim, embora grande parte dos deveres inerentes à função social da empresa decorra de lei infraconstitucional expressa, "*grande parte*'' não é o todo e, por outro lado, é impossível ao legislador prever todas as situações concretas para estipular deveres negativos e positivos ao controlador ou detentor dos bens de produção, até mesmo porque o papel desempenhado pela empresa na sociedade contemporânea é,

---

[235] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206-207.

[236] GOMES, Daniela Vasconcellos. Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, p. 57, set./out. 2006, ressalta em seu texto que a responsabilidade social da empresa em relação aos *stakeholders* pode ser percebida em dois âmbitos distintos: interno (acionistas, investidores, administradores e funcionários) e externo (terceiros, credores, fornecedores, consumidores, concorrentes, comunidade, governo e meio ambiente).

[237] COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. Dissertação (Mestrado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 50- 51.

de certa maneira, ainda desconhecido em sua extensão, embora não se possa mais negar a sua natureza de instituição social. Entretanto, eis o ponto, é instituição social não só porque proporciona bens e serviços aos consumidores ou porque também fornece boa parte de suas receitas ao Estado, na forma de tributação[238], mas sim por conta de ter sido intrínseca e irremediavelmente contaminada pelo princípio da socialidade dos institutos jurídicos, que é inerente à construção de uma sociedade mais justa e solidária[239]. Sobre empresa como instituição social, Paulo Roberto Arnoldi salientou que hoje a empresa deve estar voltada para fora, isto é, para a sua equipe de colaboradores, para a sociedade que consome os seus produtos, pois se trata de uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, é agente ativo e impulsionador da civilização contemporânea[240].

Conclui-se, pois, que a função social da empresa torna-se exigível no seio da coletividade em que atua, com base nos preceitos constitucionais, notadamente quando tal função estiver correlacionada à atividade-fim da entidade ou ao meio utilizado para a sua consecução[241]. Por outras palavras, pode-se exigir da empresa, coercitivamente, a responsabilidade por todas as repercussões de sua atividade dentro do seio social e da coletividade na qual está inserida, ainda que não se tenha um dispositivo legal específico no caso concreto, pois a exigência nasce da aplicação direta das normas cunhadas na Constituição da República[242]. Toma-se, por hipótese, um exemplo que traduz bem a questão:

Um hotel pretende instalar-se em dada localidade, na qual a população é composta eminentemente de pescadores. Será, portanto, obrigação dessa sociedade empresária, legalmente exigível à luz do princípio da função social da empresa, utilizar-

---

[238] GOMES, Daniela Vasconcellos. Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, p. 54, set./out., 2006.

[239] O professor Miguel Reale menciona o princípio da socialidade inserido no Código Civil como o imperativo pelo qual o social predominará sobre o individual. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, 808, p. 14, fev. 2003.

[240] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; Taís Cristina de Camargo Michelin. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 188, jul./set, 2002.

[241]O mecanismo jurídico adequado a ser utilizado para todos estes casos em que a função social está patente, mas não há previsão legal, é a ação civil pública[241].

[242] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10-12. Pela hermenêutica civil-constitucional, a norma constitucional pode ser aplicada diretamente, sozinha, quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração. A Constituição pode ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.

se da mão de obra existente, de maneira a adequá-la ao objeto social proposto, através da criação de uma cooperativa que lhe forneça peixes, por exemplo. Talvez não seja possível utilizar as pessoas que ali residem para o exercício-fim da entidade, que é ser unidade hoteleira. Imagina-se que pelo perfil simples, sem maiores estudos ou especializações, os pescadores e sua comunidade não atendam como funcionários da atividade de hotel, mas sua adequação à empresa ali instalada é dever legal decorrente da função social, em observância à consecução de objetivos da República (erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, art. 3° CRFB) e dos ditames que fundam a ordem econômica (redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, art. 170, VII e VIII CRFB).

Assim, essa atuação hoteleira não pode criar um oásis de riqueza e prosperidade em meio a uma ilha de pobreza, sendo preciso criar mecanismos para, no caso concreto, integrar a coletividade à atividade empresarial, gerando uma realidade transformadora.

Sobre esse exemplo, cabe lembrar as palavras de Eduardo Tomasevicius Filho em relação à redução das desigualdades sociais. O autor destaca o importante papel que a empresa desempenha em determinadas regiões pobres, devendo gerar empregos e movimentar a economia local. Quando não o faz de maneira a atender a essa necessidade social, está descumprindo a sua função social[243].

Ainda nesse aspecto, a inclusão por meio da atividade empresarial deve servir para que o indivíduo possa ser reconhecido como valor e não como mero instrumento da atividade econômica[244]. E não apenas ser reconhecido, mas reconhecer-se como tal, com mais autoestima, tornando-se, em suma mais digno, mais cidadão por meio da inclusão social. A livre iniciativa e a função social nesta visão, ao contrário de serem conceitos antagônicos, complementam-se[245], pois, ao mesmo tempo que o lucro estimula o investimento e a atividade econômica, a função social legitima-a e a torna até mais rentável por meio de um critério de justiça distributiva.

---

[243] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 44, abr. 2003.
[244] VIEGAS, Frederico (Org.). *Direito Civil Contemporâneo.* Brasília: Obcursos, 2009, p. 25.
[245] Ibidem, p. 20.

Esse ideal pode parecer romântico e inalcançável para alguns, mas a prática mostra o contrário. Toma-se o exemplo da Avenida Brasil, no Rio de Janeiro, onde tantos empreendimentos fecham as portas por falta de segurança para funcionarem. Por vezes investimentos milionários não conseguem se manter e amargam prejuízos das mais diversas ordens. Essa, como tantas outras localidades, são redutos em que o poder público pouco atua, é omisso e, porque não dizer, ausente. Alguns empreendimentos empresariais, contudo, conseguem manter-se no local há anos, contando até com algum grau de tranquilidade. Isso se dá porque esses empreendedores optaram por criar aberturas, possibilidades de inclusão da população local por meio do trabalho, direto ou indireto. Eis o "segredo" que, ao fim e ao cabo, reverte-se em favor da própria atividade empresarial ali desenvolvida.

Similar fenômeno da inclusão pelo trabalho já se viu no passado com a inserção das mulheres no mercado, possibilitando sua emancipação e liberdade do subjugo masculino exercido pelos pais e maridos. Foi pelo trabalho que a mulher pode se livrar das correntes da dependência financeira, ocupar seu espaço, dignificar-se como pessoa e como cidadã. A empresa é, nesse aspecto, mecanismo de inclusão, independentemente de sexo, raças, credo. É, sem dúvida, poderosa ferramenta de erradicação das desigualdades sociais, conforme preceituou o legislador constitucional.

Com esse tipo de atitude (de inclusão), o empresariado está promovendo os princípios fundamentais da República, previstos nos artigos 1° e 3° da CRFB, dentre os quais erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. Além disso, muito mais do que as "*bolsas tudo*" conferidas pelo Estado a título de esmola[246], a inclusão por meio do estudo e do trabalho é o que realmente consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego servem de fundamento para o Estado Democrático de Direito e, neste aspecto, a função social da empresa é salutar à consecução desse fim. Por outras palavras, a própria Constituição da República considerou esses fundamentos como elementos estruturantes da ordem pública constitucional e a função

[246] Em sua brutal incapacidade e inoperância para criar oportunidades reais de emprego, frentes de trabalho, escolas decentes, ensino de qualidade, o Estado opta por uma ajuda permanente (que deveria ser provisória, até que a pessoa por si pudesse atingir a capacidade de se auto-sustentar), sem, contudo, tirar o indivíduo do pior estado de pobreza que pode existir, que é a pobreza de espírito.

social da empresa é um meio de realizá-los e de exigir o comprometimento da atividade empresarial com o projeto de uma sociedade mais igualitária e menos desequilibrada, no sentido de proporcionar a ampliação de oportunidades a todos os cidadãos[247].

O Estado pode fomentar esse tipo de atitude por meio de compensações e incentivos à atividade empresarial, pois o sistema tributário se coloca como um poderoso elemento de intervenção no domínio econômico, mediante ações que induzam e estimulem os agentes a comportarem-se da maneira mais desejável[248].

Como colocado na obra de Frederico VIEGAS, especialmente no Brasil, onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia, a função social da empresa implica num padrão mínimo de distribuição da riqueza e dos benefícios da atividade econômica[249].

Ora, na chamada "era da empresa", representada pelo desenvolvimento tecnológico, pela produção em massa, pelo processo de urbanização, pela competição acirrada e pelas crescentes exigências sociais[250], há de se esperar que os deveres inerentes à função social da empresa não se esgotem em leis ordinárias[251]. Diga-se assim que, cumprir amplamente a função social da empresa, compreende atender a todos os aspectos endógenos e exógenos a que a sociedade empresária esteja ligada, incluindo-se nos exógenos os interesses da coletividade que pertinem ao objeto social desenvolvido, independentemente da existência de uma lei infraconstitucional específica a respeito, mas com base na aplicação direta dos ditames da CRFB. Logo, a função social da empresa se manifesta através de um conjunto de ações que envolvem o poder-dever da instituição em exercer as suas atividades internas em harmonia com o interesse público e o da coletividade na qual se estabeleceu. Ou, ainda, o conteúdo da função social da empresa está no dever de um exercício justo da atividade empresarial[252].

---

[247] VIEGAS, Frederico (Org.). *Direito Civil Contemporâneo.* Brasília: Obcursos, 2009, p. 21; 22; 28; 29.
[248] NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 297.
[249] VIEGAS, Frederico (Org.). Direito Civil Contemporâneo. Brasília: Obcursos, 2009, p. 29.
[250] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 55, out./dez. 1992.
[251] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 44, abr. 2003.
[252] Ibidem, p. 44.

Eis um ponto agora de suma relevância, pois não se pode falar em um cumprimento “parcial” da função social da empresa, porque os deveres não são estanques e não podem ser considerados de maneira isolada. Trata-se de um rol complexo de obrigações, inclusive difusas, individuais e coletivas, que o empresário precisa observar, seja de forma ativa (pagando tributos, respeitando normas trabalhistas, utilizando-se de mão de obra local etc.), seja de forma passiva (abstendo-se de poluir o meio ambiente etc.). Não basta cumprir alguns e inobservar outros... Assim, se a empresa paga aos empregados, mas não recolhe suas contribuições sociais; se gera empregos, mas detona as florestas; se paga tributos, mas cria um bolsão de pobreza na coletividade em que se instala; enfim, em nenhum desses casos houve o cumprimento pleno da função social da empresa.

Com efeito, tratando-se a empresa como um universo integrado pelos recursos financeiros de que dispõe e pela quantidade de pessoas que dele dependem e que se mobilizam a seu serviço direto, vê-se que o círculo de integrantes dessas decisões empresariais não se esgota aí, pois a atividade traz repercussões aos produtores de insumos, às empresas concorrentes ou complementares, aos consumidores que se habituaram aos seus produtos, aos investidores que se associaram à empresa, havendo, assim, um transbordamento da atuação que se projeta, irremediavelmente, para os campos social e familiar[253].

Assim, da mesma forma como não se pode negar a ligação entre todos esses setores em que a empresa atua, impacta e gera consequências, também não é razoável querer tratar de forma isolada os deveres atinentes à função social da empresa. Por isso, é obrigação inerente à empresa contemporânea cumprir a função social em todos os seus raios de atuação, em sua completude. Esse é um cenário ideal inafastável, embora na prática ainda longe de concretude.

Pedro Oliveira da Costa chama a atenção para que não se confunda função social com assistencialismo, fazendo alusão à “mística dos serviços assistenciais”, o que, na verdade, entra mais na questão de responsabilidade social do que função social, propriamente dita. Com efeito, a função social não está em planos de saúde e

[253] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 58, out./dez. 1992.

odontológicos para os funcionários, ou em creches e manutenção de monumentos públicos (embora esses sejam bem-vindos), mas reside na solidariedade como dever de natureza jurídica emanado da Constituição, com o sentido de fazer cumprir os ditames elencados nos artigos 3 e 170 da CRFB, para erradicação da pobreza, busca do pleno emprego, preservação do meio ambiente, respeito aos direitos dos trabalhadores, correto recolhimento de impostos, redução das desigualdades sociais[254].

É de Maria Theresa Werneck Mello o alerta de que os princípios constitucionais da ordem econômica obrigam a companhia (ou a sociedade empresária) ao atendimento de vários outros interesses além do dos acionistas (sócios)[255]. Nessa linha, complementa-se, o exercício da livre iniciativa não se pode dar com abuso do poder econômico, uma vez que quem exerce a liberdade de iniciativa torna-se verdadeiro titular do poder-dever de fazer cumprir a função social dos bens de produção e da propriedade[256]. Assim, embora a Constituição de 88 tenha conotação capitalista, legitimando a liberdade de iniciativa econômica privada, não prescinde do exercício empresarial em conformidade com a justiça social[257].

Por outras palavras, com igual sentimento, Jussara Suzi Assis Nasser Ferreira asseverou que o artigo 170 da Constituição Federal congregou titularidades plurais e elegeu a empresa como organização jurídica receptora de imensa carga de valores sociais, colocando-a como núcleo dos dispositivos aplicáveis à ordem econômica e, atrelando, o acatamento da função social da empresa com o cumprimento de todos os princípios contidos no citado dispositivo, regulando e condicionando a atividade empresarial à observância desses mandamentos constitucionais, uma vez que a empresa deve atender não só aos interesses individuais, mas também aos de todos os

---

[254] COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. Dissertação (Mestrado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 61-81.

[255] MELLO, Maria Theresa Werneck. *O Acordo de Acionistas de Comando sob a Ótica do Princípio da Função Social do Contrato e sua relação com a Função Social da Empresa.* Dissertação (Mestrado em 2006) – Programa de Pós-graduação em Direito Civil, UERJ, Rio de Janeiro, 2006, p. 155.

[256] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 43, abr. 2003.

[257] COELHO, Inocêncio Mártires. A Defesa da Livre Concorrência na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 6, p. 73, 1994.

envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, que equivalem aos interesses sociais[258].

Ora, não poderia ser diferente o entendimento contemporâneo concernente à atividade de empresa, pois, afinal, a expansão da economia trouxe novos encargos e funções a que deve se submeter o empresariado. Em um mundo globalizado, como o de hoje, a concentração de riqueza torna-se mais evidente e o processo de globalização, embora traga benefícios em alguns aspectos, é por excelência especulativo e gera com frequência desemprego e recessão[259]. À luz dos princípios constitucionais, o instituto da empresa, assim como qualquer outro instituto jurídico, somente compre a sua função social se e quando observa os princípios constitucionais que o informam[260].

Por tais motivos e, também, por ser um ente social cuja existência o Estado protege para o exercício de sua atividade promocional, não pode a empresa servir-se de meio para abusos ou fraudes. Nessa esteira é que se pode traçar a primeira linha mestra deste trabalho:

Utilizar-se de um grupo societário de fato para fraudar ou gerar dano à coletividade atinge frontalmente todos os raios de atuação da função social da empresa, pois, na promiscuidade da atividade, tributos podem deixar de ser recolhidos, direitos trabalhistas acabam por inobservados, consumidores e fornecedores são desrespeitados, acionistas minoritários são lesados e, por fim, a coletividade, a ordem econômica e a saúde do mercado acabam atingidos por essa prática. Em suma, todos aqueles envolvidos na órbita direta ou indireta da empresa são ceifados em certo grau, maior ou menor.

Não a esmo, aliás, é que a função social está inserida dentre os princípios gerais da atividade econômica, pois o que está em causa nas organizações empresariais é a legitimidade do poder de controle fundado na propriedade[261], e esse poder deixa de ser legítimo se utilizado de forma a desvirtuar o fim a que se propõe. Ora, se os atos

---

[258] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 97.
[259] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; Taís Cristina de Camargo Michelin, op. cit., p. 245.
[260] PEREZ, Viviane. *Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito.* Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Uerj, 2006, p. 70.
[261] COMPARATO, Fábio Konder."Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 78.

praticados pelo empresário são orientados a um fim contrário ao direito[262], há um desvio no instituto, fazendo com que caia por terra a proteção legal de que era merecedor.

Dignidade, justiça social e uma ordem econômica saudável, que é o que preconiza o artigo 170 da Carta, não podem ser alcançados quando a atividade empresarial é desenvolvida de forma a lesar o mercado, tratando-se, nesse caso, de abuso de poder no exercício da livre iniciativa[263], ou, exercício abusivo de empresa. Eis, sem dúvida, uma das formas latentes mais perigosas de inobservância da função social da empresa, posto que atinge, praticamente, todos os seus complexos e extensos raios de atuação. Com efeito, em sendo a ordem econômica um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado[264], princípios esses dentre os quais está a função social da propriedade em seu Inciso III, a utilização abusiva desta ferramenta há de ferir, de morte, o que determina a Constituição e os fins por ela almejados.

Assim, a utilização abusiva de grupos societários de fato enlaça-se, inevitavelmente e de forma intrínseca, com o descumprimento da função social da empresa.

1.4.1 Responsabilidade social

Já no que tange à seara da ética, na chamada responsabilidade social, o que se pode depreender é que a empresa do século XXI chama cada vez mais para si atribuições antes inerentes apenas ao poder público, demonstrando sua utilidade em contribuir para a justiça social e o bem comum, mesmo em ações não relacionadas à sua atividade fim, visando à melhoria real da qualidade de vida das pessoas e ao crescimento sustentável da economia do planeta.

---

[262] FERRONATTO, Adria Paula. A Empresa no Novo Código Civil: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais,* v. 843, p. 26, jan. 2006. Nesse trecho, alude a autora ao fim a que se destina a atividade empresarial.

[263] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 43, abr. 2003.

[264] GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

Com efeito, as constituições modernas, além de sua função legitimadora, política, jurídica e ideológica, possuem ainda uma função sublimar para o Direito atual, que é a função transformadora[265]. Nesse sentido, o princípio fundamental da eticidade, vislumbrado por Miguel Reale e priorizado em cláusulas gerais, traz a participação de valores éticos ao ordenamento jurídico[266], sendo esse o modo pelo qual se apresenta a responsabilidade social, como uma norma de denotação ética e moral, mas nem por isso estranha ao direito.

A tomada de um padrão moral empresarial desponta como decorrência da busca do equilíbrio entre o livre mercado e os interesses sociais[267]. A bem da verdade, quanto melhor socialmente estiver a população, maior será o mercado consumidor, e, como não há consumo onde não há recursos, cuidar da justiça social, da melhora da qualidade de vida, propiciando a circulação de riquezas e uma distribuição de renda mais equânime, também serve para, lá na ponta final, elevar os lucros e resultados. Vê-se, pois, que, longe de significar ação isolada e altruística, o investimento social, em todos os níveis e setores, reverte-se para o incremento da própria atividade empresarial.

Nessa esteira, não são poucos os juristas a defender que, além do que se pode exigir coercitivamente por lei, a empresa possui ainda um dever ético para com a sociedade, uma cidadania empresarial, ou uma ética empresarial a ser seguida, que distingue o aventureiro do empresário[268]. O cumprimento coercitivo de preceitos éticos e morais decorre de exigências do mercado e da coletividade, que são mecanismos de cobrança tão eficientes quanto a própria lei.

A função social voluntária, assim reconhecida como aquela que não guarda relação com as exigências e condutas impostas por lei, nada mais é do que o comprometimento do empresário com a adoção de um padrão ético de comportamento, contribuindo para o desenvolvimento econômico e para a melhoria da qualidade de vida de seus funcionários, da comunidade e da sociedade na qual está inserida. Nas

---

[265] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.
[266] REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, n. 808, p. 14, fev. 2003..
[267] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 96.
[268] LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 59, out./dez. 1992.

palavras de Paulo Roberto Arnoldi, é a empresa atuando como agente social no processo de desenvolvimento[269], e os próprios empresários parecem conscientes dessa mudança e buscam ampliar suas responsabilidades e redefinir seu papel e missão[270].

Cabe lembrar que cidadania empresarial e filantropia não se confundem. A ideia de responsabilidade social é muito mais abrangente do que esparsos e eventuais investimentos ou doações da empresa a entidades comprometidas com o social. A cidadania empresarial requer atuação constante com a coletividade, tratando-se de um permanente exercício, no qual a empresa está como agente social no processo de desenvolvimento[271].

A responsabilidade social das empresas divide-se em dois tipos: responsabilidade social interna, que consiste na preocupação com as condições de trabalho, qualidade de emprego, remunerações, higiene e saúde de seus funcionários; e responsabilidade social externa, que se desdobra na atuação da empresa na comunidade em que está inserida[272]. Sobre esses dois raios de incidência, Marcos Alberto Bitelli auferiu que as empresas, em especial as grandes, têm assumido funções assistenciais para com seus funcionários, formando fundos de previdências, planos de aposentadoria, fomentando a formação profissional de seus associados, albergando algumas das funções que, originalmente, seriam do Estado. De forma institucional, realizam projetos de valorização ou recuperação do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, promovendo ensino básico, creches, transporte de empregados e outras participações comunitárias[273].

As maiores críticas tecidas à responsabilidade social se dão quanto à sua efetividade e abrangência e, em especial, no que concerne à substituição do Estado em atribuições que lhe são próprias, pois o apoio empresarial de cunho social não pode

---

[269] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 222, jul./set. 2002.

[270] Ibidem, p. 159.

[271] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A Revolução do Empresariado. *Revista de Direito Privado*, ano 3, p. 222, jan./mar. 2002.

[272] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 47, abr. 2003.

[273] BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna."Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.).*Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238.

significar uma isenção de responsabilidade estatal[274], como já destacado quando da análise do tema à luz da função social.

É fato que realizações sociais de grande relevância só podem ser providenciadas por empresas cujo porte seja igualmente grande. Recentes estudos demonstram o número cada vez maior de macroempresas através do globo e calcula-se que um grupo de cem grandes empresas transnacionais seja responsável hoje pela metade do comércio mundial, sendo que as dez maiores corporações industriais possuem faturamento anual superior a um trilhão de dólares, número bem maior do que o PIB do Brasil[275]. Comparato, em seu ceticismo, observa que esta função social voluntária e altruística (responsabilidade social), se existir, seria um dever exclusivo das macroempresas[276]. Paulo Arnoldi e Taís Michelin também compartilham da opinião de que apenas empresas de dimensões consideráveis apresentam condições estruturais adequadas para o exercício de uma atividade de serviço ou assistência social no âmbito da coletividade[277].

Tais afirmações, contudo, não significam que empresas pequenas ou de médio porte não possam ter responsabilidade social. Elas o fazem na medida em que, além de atender às determinações normativas, conseguem oferecer algo além do legalmente exigível a seus funcionários, clientes e ambiente de atuação[278]. Pequenos gestos

---

[274] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 248, jul./set. 2002.

[275] Ibidem, p. 246.

[276] COMPARATO, Fábio Konder.Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 44, out. 1996. Cabe destacar o ceticismo com que o autor trata o tema da função social da empresa. No mesmo texto, afirma que: "Embora a lei cometa ao administrador de companhias o dever de exercer suas atribuições tendo em vista da função social da empresa (art. 154, caput), nenhum órgão administrativo, no exercício de suas responsabilidades sociais, está legalmente autorizado a praticar atos gratuitos não razoáveis, em benefício da comunidade em que atua a empresa".

[277] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo, op. cit., p. 248.

[278] Não escapa à pequena ou média empresa a possibilidade de proporcionar um plano de saúde adicional a seus funcionários, ou algum outro benefício que lhes melhore a qualidade de vida. Da mesma forma, aos clientes pode ser assegurado um tratamento diferenciado, além do meramente disposto em lei. Enquanto as megacorporações desempenham a responsabilidade social por excelência, desenvolvendo projetos de maneira voluntária, no intuito de promover uma melhora qualitativa da coletividade na qual está inserida, as empresas de médio e pequeno porte dependem de alguns subsídios específicos do Estado para exercer o mesmo papel. Tais incentivos normalmente se apresentam sob a forma de redução de impostos, sendo-lhes facultado, então, abater de parte da sua carga tributária as contribuições feitas a instituições filantrópicas. De outro modo essas empresas restariam à margem da responsabilidade social, posto que já têm consideráveis dificuldades para se manterem no mercado.

podem fazer uma grande diferença e são muitos os exemplos concretos que já podem ser encontrados: *pet shops* engajados em campanhas de adoção de animais; pequenas empresas que fazem mutirão em datas comemorativas para doações a orfanatos; utilização de produtos menos tóxicos em salões de cabeleireiros, controle de excedentes, campanhas de coletas de lixo, utilização de materiais recicláveis; enfim, o engajamento, a preocupação com o meio ambiente, com o aspecto interno e com o externo, parecem estar na ordem do dia das empresas. Não só o empregado trabalha melhor quando submetido a condições aprazíveis, sentindo-se seguro quanto a si e sua família[279], como a empresa passou a ser "cobrada" no seu ambiente de atuação, sendo certo que, segundo pesquisa da entidade norte-americana *Business for Social Responsibility,* 76% dos consumidores (nos Estados Unidos) preferem marcas e produtos envolvidos com algum projeto social[280]. O mesmo estudo demonstrou que 68% dos jovens americanos optam por trabalhar em uma empresa que tenha algum investimento social[281].

Por esses e outros motivos que a responsabilidade social pode ser classificada como um modelo de gestão, que consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte de empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade, sendo ainda uma forma de colaborar com o Estado na busca de justiça social. Eduardo Tomasevicius Filho destacou pesquisa realizada pela Comissão das Comunidades Europeias sobre a responsabilidade social das empresas europeias, em que essa emerge como a contribuição voluntária para uma sociedade mais justa e um ambiente mais limpo[282]. No Brasil, verifica-se a responsabilidade social como uma situação em que não há dever legal, mas onde a sociedade reclama certa atuação de

---

[279] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 249, jul./ set.2002.

[280] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A Revolução do Empresariado. *Revista de Direito Privado,* ano 3, p. 224, jan./mar. 2002.

[281] Ibidem, p. 224.

[282] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 62, abr. 2003.

atitudes mais cidadãs, o que pode consubstanciar-se em dedução de imposto de renda, como apregoa o § 4° do artigo 154 da LSA[283].

Essa questão já foi abordada sob interessante aspecto por Calixto Salomão Filho, em artigo de sua lavra publicado em obra coletiva, na qual o autor destacou outras várias medidas possíveis, *além do preço*, que podem trazer informações úteis ao consumidor, sendo uma delas o que se chamou de "eficiência social do produto". Essas informações referem-se a vários fatores, tais como: sua forma de produção (respeito a regras trabalhistas), respeito a normas de meio ambiente etc., que podem ser transformados em índices por meio de instituições idôneas para divulgação ao grande público consumidor[284].

O mercado consumidor tem o direito de saber e deve se inteirar dessas informações. Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma da postura consumeirista, para que o consumidor se pergunte: houve trabalho escravo na produção desse produto? Em sua industrialização houve dano ao meio ambiente? Essa atividade empresarial, de alguma forma, contribuiu para a melhora do planeta? Essas informações seriam capazes de criar um *screening* positivo para identificar os produtos de maior eficiência social. Esse *screening*, ou valorização das qualidades, tem se mostrado extremamente eficaz quando utilizado nos mercados, pois permite criar no consumidor uma cultura de respeito a valores sociais e ambientais[285].

Não se trata de uma mudança rápida, mas tem sido uma experiência eficaz quando colocada em prática. É preciso que se dê clareza e ampla divulgação a esses índices, não só por meio de balanços divulgados no mercado, mas especialmente por programas de *marketing*, anúncios e campanhas publicitárias, de forma que possam ser

---

[283] LSA. Art. 154. Art. 154. 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.
[...]
§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais

[284] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coords.). *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 311.

[285] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coords.). *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 311.

compreendidos pelo consumidor e utilizados como critérios de escolha[286]. Aliás, o governo Obama há bem pouco tempo fez isso, não para índices sociais, propriamente ditos, mas para fomentar o consumo de produtos fabricados nos Estados Unidos, para privilegiar a indústria interna e reaquecer a economia. Os produtos vinham com a estampa "*Made in USA"*, ao lado do que se fez campanha pública nacional para o consumo de produtos nacionais. Deu certo e os cidadãos americanos, patriotas que são, responderam maciçamente ao apelo.

Como aduziu Calixto Salomão Filho, a médio prazo, todos ou muitos dos que puderem substituir o preço por índice ou índices sociais relevantes farão essa escolha, ficando o preço baixo adstrito àquele usuário que não tem qualquer condição econômica para trocar o preço por melhoras sociais[287]. Por essa lógica, não seria errado supor que o aumento de consumo dos "produtos com consciência social" faria com que os produtos "ruins" fossem, por sua vez, naturalmente extirpados do mercado.

Dessa forma, a maior descoberta empresarial dessa nova era é a de que, embora não positivada nos Códigos ou Constituições, há uma ética empresarial a ser seguida, da qual os empresários não podem se furtar, sob pena de perderem o ritmo da história. Controvérsias à parte, levará um tempo até que a responsabilidade social, o comprometimento verdadeiro das empresas com a coletividade, seja uma realidade no Brasil. O que já se vivencia na Europa vem paulatinamente tomando corpo aqui, internamente, trazendo consciência aos administradores de que a responsabilidade social é uma importante ferramenta de gestão, um fator de sucesso para as sociedades[288], e boa parte dos empresários já tomou consciência do valor intangível que a responsabilidade social pode agregar aos seus negócios[289].

Como exemplo bem-sucedido aqui no Brasil, podem ser apresentados os casos concretos trazidos pela revista *Valor Setorial*, de novembro de 2014, que, em

---

[286] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coords.). *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 312-313.

[287] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coords.). *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 314.

[288] Ibidem, p. 223.

[289] Esses conceitos são intrínsecos à governança corporativa que visa a um compromisso permanente de reumanização da economia. In: LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 55-56, out./dez. 1992.

reportagem com o tema “Gestão que se faz em Via de Mão Dupla”, abordou a importância das empresas interagirem com as comunidades nas quais se estabelecem. O artigo destaca que, por trás de iniciativas de sucesso, estão três linhas básicas de conduta das companhias: mapeamento das demandas locais antes mesmo do início da atuação da companhia (proatividade), adequação da linguagem à realidade local e manejo adequado das informações colhias junto à comunidade. O coordenador do Centro de Estudos em Sustentabilidade da FGV/SP destacou que, atualmente, as demandas por sustentabilidade, numa gestão integrada das companhias com a comunidade, passaram a fazer parte dos negócios. A aproximação com a coletividade é vista como um fator estratégico para a atividade a ser desenvolvida, iniciando-se o processo de integração antes mesmo da instalação da unidade empresarial. A proposta dessas grandes empresas é atuar como agente catalisador do desenvolvimento social local, motivo pelo qual montam uma pauta de atuação a longo prazo e com natureza diversificada. Em especial companhias cujas atividades têm forte impacto ambiental, como as produtoras de papel e celulose, por exemplo, veem como salutar o estabelecimento de ações regulares com a comunidade no entorno de suas unidades, tanto para fins de informação e desmistificação das consequências da atividade quanto para a busca de soluções conjuntas para minorar os impactos existentes. A via de mão dupla, assim estabelecida pelos programas empresariais de responsabilidade social, não serve apenas para o uso de marketing ou para melhorar a imagem institucional. Indo, além disso ela denota, verdadeiramente, uma atitude das sociedades em mudar estruturalmente as comunidades nas quais se instalam, por meio de ações permanentes em vários setores. Há um real compromisso de melhorar a qualidade de vida das pessoas[290].

[290] Revista VALOR Sectorial. Edição novembro 2014. Valor Econômico S/A, p. 70-73. Dessa reportagem, merecem destaque os seguintes trechos: “Atuar como agente catalisador do desenvolvimento social local, como parte estratégica de relacionamento com a comunidade, é o eixo central das ações da mineradora Vale, que promove suas iniciativas de forma direta ou por meio da Fundação Vale. A atuação da mineradora nas comunidades ocorre desde a fase de licenciamento. O primeiro passo é a identificação das necessidades locais por meio da realização de estudos de cunho ambiental e socioeconômico para analisar os impactos de presença da Vale nos territórios. “Com base nessas informações, planejamos nossa atuação social junto à comunidade. O ‘trabalho é pautado pelo diálogo social, pela gestão de demandas e por um planejamento plurianual dos dispêndios sociais’, comenta Christiana Costa, gerente de relações com a comunidade da Vale. ‘O retorno esperado é a obtenção e manutenção da licença social para operar.’

Para a executiva, as ações só cumprem seu papel se tiverem o foco no longo prazo e forem de natureza diversificada. ‘A Vale está comprometida em deixar um legado positivo para as comunidades próximas às suas operações por meio da gestão de investimentos sociais estruturantes.’ Um exemplo é o Prêmio Reconhecer, que busca valorizar e estimular ações que promovam a inclusão social e contribuam para o desenvolvimento local. Este ano, a Vale premiou os dez melhores projetos do Espírito Santo. Outro projeto na cidade de Colatina premiou uma entidade local, cujo trabalho propicia a crianças cegas e com baixa visão a oportunidade de participar ativamente de atividades de arte-educação, esporte e atividades extracurriculares.

A planta de bauxita instalada pela Alcoa no Brasil, em Juriti (PA), já nasceu dentro do conceito de proatividade com o início do contrato com a comunidade bem antes do início da operação. ‘Já no contrato inicial com os moradores foi identificada a necessidade de demonstrar, por exemplo, os números das contribuições financeiras geradas pela empresa, como funciona o processo de lavra e beneficiamento da bauxita, além das ações de reflorestamento das áreas mineradas’, explica Vânia Akabane, diretora de recursos humanos e assuntos institucionais da Alcoa América Latina & Caribe.

[...]

Quatros anos após a instalação da unidade da Alcoa em Juriti, o canal de comunicação continua aberto e passou por reformulações fruto da experiência com a comunidade local. ‘Hoje, além de aprimorarmos a forma de apresentar indicadores financeiros, de geração de empregos e outros benefícios, também buscamos estabelecer uma memória coletiva sobre todas as realizações da companhia no município desde a sua instalação e como Juriti tem avançado junto com o crescimento da Alcoa na região’, explica Vânia.

A estratégia adotada pela Fibria, produtora de papel e celulose, atividade com impacto socioambiental relevante, é estabelecer ações regulares com a comunidade no entorno das unidades da empresa – em Três Lagoas (MS), Aracruz (ES) e Jacareí (SP), ‘Muitos acreditam que o odor, característico da atividade, faz mau à saúde, e também há a ideia equivocada de que a produção de celulose consome muita água’, explica Umberto Cinque, gerente-geral do meio ambiente industrial da Fibria.

O trabalho da comunicação, segundo ele, é provocar na comunidade um pensamento crítico, com base em fatos reais, e a partir daí buscar juntos soluções que minimizem o impacto. Em relação ao uso excessivo da água, a Fibria adotou a estratégia de estimular visitas à fábrica para que a população possa entender melhor os processos. ‘Mostramos que a maior parte da água usada na produção de celulose é reutilizada e, de tudo que consumimos, apenas 10% fica no processo. O restante, após tratado, volta para a natureza’, diz.

[...]

Um dos efeitos de um bom relacionamento com a sociedade localizada no entorno das unidades é a união das duas partes na busca por soluções. Na Fibria, por exemplo, as paradas técnicas programadas causam muitas vezes fuga de gases e o odor piora. Como a população passou a ser avisada com antecedência, lembra Cinque, ela começou a sugerir mudanças no cronograma.

[...]

Um exemplo de associação entre marcas de produtos e ações voltadas para a comunidade de forma estrutural e não associada apenas a novos lançamentos é a estratégia adotada pela Unilever. ‘Somos uma indústria, e a necessidade de ser sustentável e de ter uma boa comunicação com a comunidade nasce junto. Não tem sentido falar separadamente dos conceitos’, afirma Ligia Camargo, gerente de sustentabilidade da Unilever.

O plano da ação da empresa define grandes metas globais. Uma delas é, até 2020, melhorar a saúde e a higiene de mais de um bilhão de pessoas. Outra é reduzir à metade o impacto dos gases do efeito estufa durante o ciclo de vida dos seus produtos até 2020. As ações efetivas ocorrem embaixo do guarda-chuva da Unilever, todas postas em prática pelas suas marcas. A linguagem das ações pode se adaptar aos públicos diferentes, mas a mensagem precisa ser a mesma, garantindo a unidade das ações.

A Kibon, marca de sorvete, por exemplo, tem uma parceria com a Fundação Abrinq – Save the Children com o projeto Toda Criança Nasce para Ser Feliz. O objetivo é o fortalecimento de políticas públicas locais para a redução das mortalidades infantil, na infância e materna, por causa evitáveis, em cidades como Juquitiba e Peruíbe, em São Paulo.

Outra Iniciativa de aproximação com a comunidade desenhada pela Unilever reúne a Vim, marca de cloro em gel, e a Unicef. A campanha tem por objetivo ajudar a garantir acesso à água de qualidade e saneamento adequado às crianças e aos adolescentes em escolas de educação básica do semiárido

É de Paulo Roberto Arnoldi e Ademar Ribeiro o acertado adágio de que o respeito ao ambiente, a valorização do homem e o fomento à cultura estarão entre os principais fatores determinantes do sucesso mercadológico das empresas neste milênio.[291] Nessa esteira, a experiência já demonstrou, no Brasil e em outros países, que a atitude das empresas em relação à ecologia, à melhoria das condições de trabalho, ao tratamento igualitário às mulheres e às minorias raciais pode determinar investimentos e mesmo o preço de suas ações.[292] Trata-se do novo marketing do século XXI.

A empresa que leva em consideração os anseios da comunidade garante uma boa imagem no mercado e conquista a confiança das pessoas de suas relações[293]. Enganam-se os inocentes que pensam que a responsabilidade social é apenas um comprometimento humanitário da empresa com a comunidade[294]. Enganam-se ainda os pessimistas, que declaram ser ilusão o engajamento do sistema empresarial com a justiça social, sem a coerção estatal[295].

Enquanto a função social é um compromisso com a legalidade, a responsabilidade social o é com a eticidade e com o próprio mercado – e o mercado exige, tanto quanto a lei o faz. Uma vez que a sociedade não mais acolhe e legitima as empresas que visam exclusivamente ao lucro, a cidadania empresarial torna-se uma exigência ética à manutenção da empresa.

Tal equação de sucesso originou-se de um pensamento muito simples, o qual, aliás, demorou a ser reconhecido: melhorar internamente a empresa significa melhorar

---

brasileiro. O selo da Unicef é um reconhecimento internacional que as cidades podem conquistar pelo resultado dos seus esforços na melhoria da qualidade de vida de crianças e adolescentes.'O objetivo da parceria é atingir 450 mil crianças no semiárido que não têm água tratada nem esgoto até 2016', explica. A Unicef distribui o selo para as prefeituras que investem de forma adequada os recursos, o que ajuda os municípios a conseguirem mais recursos federais. Já a Unilever dá visibilidade ao projeto e abre o canal de doações. A empresa utiliza ações com a comunidade para extrair informações relevantes para a operação."

[291] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A Revolução do Empresariado. *Revista de Direito Privado*, ano 3, p. 223, jan./mar, 2002.

[292] Ibidem, p. 249.

[293] GOMES, Daniela Vasconcellos, Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, p. 60, set./out. 2006 p. 58.

[294] Ibidem, p. 60. Diz a autora neste trecho: "A motivação da empresa ao comprometer-se com atividades de interesse social deve ser autêntica, pois somente com um real compromisso com a comunidade é que a empresa é socialmente responsável."

[295] Nesta linha o autor que mais se destaca é Fábio Konder Comparato.

a produtividade e melhorá-la externamente traduz-se em qualidade de vida para as pessoas, o que, por fim, resultará num aumento de consumo e, por conseguinte, de lucro. Ou ainda: o aumento do bem-estar social e da igualdade promovido pela empresa trará um resultado positivo para a própria atividade econômica desenvolvida, uma vez que empresa e coletividade são componentes de uma mesma realidade. Ao final, todos saem ganhando[296].

Alguns autores, ao destacar essa via de mão dupla, enfatizaram que mesmo as empresas mais conservadoras veem na responsabilidade social uma forma de potencializar seu desenvolvimento e aumentar seu lucro[297]. Sem dúvida, é na empresa que se conciliam interesses aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. Eis a visão realista do mundo contemporâneo, pelo que não há mais como se distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram, se fundam e se compatibilizam na empresa[298].

Por essa razão, instituições como o Grupo GIFE – Grupo de Institutos, Fundações e Empresas e o ETHOS – Instituto de Empresas e Responsabilidade Social promovem campanhas para alertar e informar as empresas no que se refere à necessidade e à relevância de atuarem com responsabilidade social em relação a todos os públicos com que se relacionam, com a comunidade e com o meio ambiente[299]. Programas nas áreas de cultura, educação, lazer e saúde são igualmente incentivados e, no mesmo sentido, tende a caminhar a legislação, tramitando atualmente no Congresso Nacional, um projeto de lei das deputadas Marta Suplicy, Maria da Conceição Tavares e Sandra Starling, propondo que os balanços sociais das empresas no Brasil passem a descrever todas as informações sobre faturamento bruto, lucro operacional e, especialmente, investimentos sociais realizados.

---

[296] Nossa opinião: melhorando a nós mesmos, melhoramos também o mundo ao nosso redor. Da mesma forma, as mudanças positivas ocorridas em nosso entorno nos trazem benefícios.

[297] GOMES, Daniela Vasconcellos, Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, p. 60, set./out. 2006 p. 60. Na mesma página: "... resultados positivos como a valorização da marca e da imagem institucional, maior lealdade dos consumidores, e maior capacidade de recrutar e manter talentos em seus quadros funcionais são percebidos nas entidades comprometidas com o bem-estar social."

[298] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e Ademar Ribeiro. A Revolução do Empresariado. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, p. 220, jan./mar. 2002.

[299] Ibidem, p. 221.

1.4.2 O custo do social

Nesse passo, cabe a pergunta: o cumprimento da função social e, além dessa, o atendimento à responsabilidade social, tem um custo para a atividade empresarial?

A resposta é positiva se lida à luz do aspecto financeiro; logo, cumprir a função social e ser uma empresa cidadã pode significar gastar mais. Já pelo cunho mercadológico, a resposta é inversa – e eis o "pulo do gato" –, pois, na medida em que a atividade empresarial melhora a qualidade de vida, diminui as desigualdades, propicia a redução da marginalização e colabora para a proteção do meio ambiente e o crescimento sustentável das cidades, além de fomentar programas sociais diversos etc., está criando um cenário positivo para o fomento do mercado consumidor.

Embora seja verdadeira a afirmação de que já é elevadíssimo o custo econômico da atividade empresarial[300], a responsabilidade social pode também ser encarada como um mecanismo de compensação das externalidades negativas, ou mesmo como uma fórmula de autorregulação dos mercados, pois a credibilidade da empresa pode ser afetada de forma positiva ou negativa em face das responsabilidades por essa assumidas, uma vez que não há confiança sem responsabilidade[301]. Como a norma está longe de regular de maneira satisfatória as externalidades negativas oriundas da produção econômica (poluição hídrica, sonora, atmosférica, do solo, reciclagem de lixo, contaminação das águas etc.), a responsabilidade social é absorvida pelo empresariado como uma relação necessária com todos estes aspectos negativos que atingem sua atividade econômica, criando uma ética empresarial positiva[302].

---

[300] No Brasil, há elevadíssima carga tributária e um sistema trabalhista engessado que gera encargos dos mais variados, além da indústria das indenizações em sede consumeirista, que por vezes implica até na retirada de alguns produtos de mercado.

[301] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). *Responsabilidade Civil: Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa*. São Paulo, dos Tribunais, v. 3, p. 684, 2010.

[302] Ibidem, p. 687-694. O autor nessa passagem assim se posicionou: "Para a sociedade civil, esta seria uma oportunidade singular de acompanhar e melhor fiscalizar a empresa, contribuindo para as decisões e, portanto, para a supressão das externalidades negativas da produção. Para o empresário, seria a oportunidade de conhecer melhor o perfil de seus consumidores, ganhar maior credibilidade e respeito no mercado, além de dividir diretamente a responsabilidade pelos riscos, uma vez que a comunidade afetada estaria participando direta ou indiretamente do processo decisório da companhia".

Pode-se ao fim dizer que, encarado sob o prisma de um investimento feito pela empresa, o atendimento ao social (função social e responsabilidade social) proporciona um retorno positivo para a atividade em três distintos aspectos: primeiro, de mais lucro (o que sempre é desejável), pelo aumento do público consumidor; segundo, de clientes mais satisfeitos, face aos produtos/serviços mais "conscientes" ou politicamente corretos; e, terceiro, pela difusão de uma imagem de mercado positiva, confiável e comprometida com a coletividade e com o meio ambiente.

1.4.3 A empresa condicionada pelo direito e pela ética

Como visto, a concepção da atividade empresarial no novo milênio passa pelo atendimento de normas éticas, ao lado das normas de direito e este atendimento, apesar de não decorrer de lei, decorre de um mercado exigente e impositivo, quase ou tanto quanto o é a própria norma.

O mercado, por sua vez, está entre a falência social e a função social. Caberá aos empresários escolher entre o seu colapso ou seu soerguimento através dos ditames constitucionais da solidariedade e da igualdade substancial. Vale o alerta de Viviane Perez sobre a importância de se perquirir no texto constitucional os valores que o ordenamento deseja ver cumpridos e que condicionam o exercício dos direitos aos interesses maiores da sociedade[303]. São esses os interesses que definem a função social e que legitimam a atividade empresarial. Como aduz Pietro Perlingieri, a produção, a empresa e seu incremento não representam os fins, mas os meios para realizar interesses não avaliáveis patrimonialmente[304].

Para sua própria sobrevivência, a empresa precisa pôr em prática atividades diversas daquelas até pouco tempo consideradas suficientes para sua manutenção[305]

---

[303] PEREZ, Viviane. *Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito.* 2006. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em direito civil, UERJ, Rio de Janeiro 2006, p. 73-74 .

[304] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 939.

[305] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo;MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 246, jul./set, 2002. Dessa mesma página, extrai-se o seguinte trecho: "O ciclo produtivo vai se tornando insustentável a

e, como centro do mundo moderno, deve prestar contas à sociedade na medida em que sua missão como órgão intermediador entre o poder público e o Estado se amplia. Assim é que o cumprimento da função social legitima a atividade empresarial, não se admitindo mais a falta de compromisso da empresa com o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, Carlos Ghersi coloca os direitos fundamentais da sociedade como critério de legitimação da empresa[306].

Daí depreende-se o resumo de tudo que se buscou demonstrar: indissociável de sua função social, decorrente de lei, e de sua responsabilidade social, decorrente do comprometimento com a coletividade e das exigências do mercado, a empresa contemporânea se legitima, ao lado do Estado, como instituição essencial para o desenvolvimento nacional e para a promoção da pessoa humana. Baricentro, coração da sociedade contemporânea, célula fundamental do desenvolvimento[307], ou, nas palavras de Alfredo Lamy Filho, meio de vida, lugar de criação, de adaptação, de cooperação, mas também de confrontação, a empresa tornou-se, com a família, a instituição essencial da sociedade[308].

Conceito talvez pouco provável há cerca de dois séculos, o que representa um átimo em parâmetro temporal e histórico, o sucesso da atividade empresarial hodierna intrinca o lucro com o social e com o irrevogável papel de agente transformador, nos termos do artigo primeiro da Constituição da República, que propugna pela dignidade da pessoa humana e pelo valor da livre iniciativa. O lucro, por óbvio, ainda está presente, aliás, mais forte do que nunca, contudo não mais desassociado de outras metas, essas de cunho social (jurídicas e éticas), tanto no seio da própria corporação quanto para além de seus muros, para atingir a coletividade na qual está inserida.

---

medida que não mais existe um público consumidor (que está cada vez mais pobre). Se não há demanda, produzir para quê? E para quem? A busca incessante do lucro, por si só, não mais atende às necessidades econômico-sociais da atualidade".

306 GHERSI, Carlos A. Funciones y Responsabilidad de la Empresa em el Mercosur*. Revista dos Tribunais*, v. 723, p. 49, jan. 1996.

307 ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199.

308 LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização*. Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 57, out./dez. 1992.

2 **OS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO**

2.1 **O século XXI e o fenômeno da reorganização societária**

A análise traçada no segundo capítulo demonstrou com clareza como entidades unicelulares de produção e circulação de riquezas cresceram e se sofisticaram a ponto de se tornarem o motor central da economia moderna. A tecnologia transformou o planeta numa enorme aldeia global, onde acontecimentos do mundo inteiro chegam em tempo real, via satélite. Esse avanço projetou-se também no mundo jurídico, tanto em áreas, como os direitos humanos, ambiental etc., como em searas que regulam o comércio exterior, a comunicação de dados e as megacorporações[309]. Com o surgimento das grandes empresas, o poder dessas instituições cresceu de forma avassaladora, tanto frente ao Estado como no que tange ao seu papel social, redesenhando sua missão na contemporaneidade[310]. A sociedade mononuclear cedeu lugar a grupos e esquemas societários até pouco tempo impensados.

Há quem afirme que o nascedouro dos grupos societários se deu já no século XV, na organização da Casa de Médici, em Florença, como uma embrionária manifestação de grupo concentracionista. Todavia, foi no século XIX que se iniciou a "era dos grupos", como decorrência da imensa concentração de capital e de poder pelas sociedades por ações, que passaram a unir-se e adquiriram dimensão mundial[311].

Em verdade, o fenômeno concentracionista das empresas surgiu com a evolução do capitalismo a partir da segunda metade do século passado[312], tendo como ponto de partida a globalização originada nas condições favoráveis do pós-Segunda Guerra, quando pela primeira vez surgiu a noção de uma economia mundial em sentido estrito. Na década de 1970, intensificaram-se o consumo e a produção em massa, culminando com o fim da guerra fria no início da década de 1990, o que possibilitou o real

---

309 LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. Cadernos I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.
310 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 244, jul./set, 2002, p. 244.
311 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58.
312 BULGARELLI, *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 3-4.

surgimento de uma economia de proporções globais[313]. Para Comparato, a globalização de que hoje se trata tem seus primórdios na longínqua época dos descobrimentos lusitanos e espanhóis, por experiências daquilo que se denominou "economias-mundos" (*Weltwirtschaft*), em que organizações instalavam-se em espaços econômicos autossuficientes por largos trechos do planeta, aí desenvolvendo a natureza mercantil dos impérios modernos, como Portugal, Espanha, Inglaterra e França[314]. Contudo, foi realmente nos Estados Unidos que se estabeleceram as bases para a atual globalização, com a criação de um mercado único mundial[315], podendo se afirmar que, dentro de menos de vinte anos, as empresas americanas terão construído uma segunda economia americana fora das próprias fronteiras dos Estados Unidos[316].

Os dados econômico-financeiros da globalização são realmente impressionantes, constando que entre 1984 e 1993 o valor das exportações mundiais passou de 1,8 trilhão de dólares para 3,8 trilhões de dólares[317]. Já mais recentemente, estudo feito sobre as exportações mundiais no período de 2005 a 2013, mostra que houve aumento de quase 15% no comércio de bens, chegando-se à cifra de 12 trilhões de dólares[318]. Nesse cenário, vê-se que os grandes agentes da atual economia

---

313 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo;MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 245, jul./set. 2002.
314 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT n. 732,* out. 1996, p. 39.
315 Idem. Nesta passagem o autor ressalta que a aceleração do processo de mundialização da economia coincidiu com o esfacelamento da União Soviética.
316 LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 14.
317 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 39, out. 1996.
318 Disponível em: <www.cgimoveis.com.br/economia>. Acesso em: 25 abr. 2014.
O estudo em referência demonstrou ainda que:
O comércio mundial de bens chegou a quase US$ 12 trilhões no ano passado (2013), um crescimento de 14,8% em comparação com 2005. Já as exportações de serviços movimentaram mais de US$ 2,7 trilhões, um aumento de quase 10%. As informações constam do Livro de Estatísticas 2006-2007 divulgado pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (Unctad). As vendas externas de produtos dos países em desenvolvimento renderam US$ 4,4 trilhões, 17,5% a mais do que em 2005. O crescimento foi maior do que o das exportações das nações desenvolvidas, que ficaram em US$ 7 trilhões, um aumento de 12,6%. As exportações do Norte da África - que na publicação da Unctad inclui Argélia, Egito, Líbia, Marrocos, Sudão e Tunísia - chegaram a US$ 125 bilhões, um crescimento de 11,6%. A Argélia é a principal exportadora da região, seguida da Líbia, do Egito, do Marrocos e da Tunísia. Vendas dos países em desenvolvimento ficaram em US$ 4,4 trilhões em 2006, ou 17,5% a mais do que no ano anterior. Exportações do Brasil cresceram As vendas da Ásia Ocidental - que congrega o Bahrein, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Omã, Catar, Arábia Saudita, Síria, Turquia, Emirados Árabes Unidos e Iêmen – ficaram em US$ 520 bilhões, um aumento de 12,6% em comparação com 2005. A Arábia Saudita é a principal exportadora da região, seguida dos Emirados Árabes Unidos, da Turquia, do Kuwait e do Iraque.
Os embarques de bens da América do Sul renderam US$ 350,5 bilhões, 22% a mais do que em 2005. O

mundializada, através dos mercados nacionais e dos mercados comuns regionais, são as empresas multinacionais; essas, aliás, diretamente responsáveis por um terço de todo o investimento estrangeiro feito no mundo, estimando-se que apenas os negócios desenvolvidos entre matriz e subsidiárias montem a mais da metade do comércio exterior dos países componentes da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento), que agrupa os países mais ricos do mundo[319]. Em estudo sobre o cenário jurídico dos grupos societários, Paulo Fernando Campana Filho destacou a tendência à concentração empresarial, que produz entidades complexas e gigantescas, tanto sob a ótica jurídica como econômica, alastrando seu âmbito de atuação para além das fronteiras estatais e transformando-se em potências econômicas com faturamentos astronômicos[320].

Fábio Konder Comparato defende que a macroempresa é a única unidade adequada para a ocupação de largos espaços econômicos, tanto nos mercados nacionais como internacionais, pois as unidades empresariais de reduzida dimensão não dispõem de base física e financeira para suportar tais estruturas, sendo, portanto, o grupo societário e a rede empresarial os instrumentos por excelência de evolução da grande empresa na economia moderna[321]. Corroborando esse entendimento, Jorge Lobo salienta que a reunião de homens e capitais para formar sociedades é fato antigo, sendo também antigo o fenômeno de reestruturação de sociedades, com o objetivo de fortalecer sua competitividade. Com o aparecimento de novos métodos de associação entre empresas, essa tendência tornou-se usual e até necessária, senão imprescindível, em um mercado concorrido e de enorme demanda. A formação do grupo de sociedades constitui, assim, o privilegiado instrumento associativo para obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos de produção, submetendo a uma única direção sociedades juridicamente independentes[322].

Brasil, principal exportador da região, vendeu US$ 137,5 bilhões, um aumento de 16,2%. A Venezuela é a segunda maior exportadora sul-americana, seguida do Chile, da Argentina e da Colômbia.

[319] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 39-40, out. 1996.

[320] CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais*: Contribuição para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado. 2013. Tese (Doutorado em 2013) – USP, 2013, p. 16.

[321] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 38-39, out. 1996.

[322] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 27.

Nas últimas décadas, emergiram as mais variadas formas de associações entre empresas de toda a parte do globo, desde participações acionárias tradicionais a *joint ventures,* exploração de franquias, acordos de subcontratação, dentre incontáveis outras formas. Com um número cada vez maior de sociedades de porte colossal, já se estima que um grupo composto por cem grandes conglomerados empresariais transnacionais seja hoje responsável pela metade do comércio mundial. As dez maiores corporações industriais possuem um faturamento anual maior do que 1 trilhão de dólares, o que é superior ao PIB brasileiro, estando os Estados Unidos à frente desse processo de concentração[323].

Assim, como relata Jorge Lobo, a companhia, aí querendo referir-se à sociedade de forma geral, não apenas cresceu, mas transformou-se, tornando-se multinacional por meio de inúmeros investimentos para além de suas fronteiras. Nessa metamorfose, a companhia viu-se "arrancada de casa", com grande proporção de seu patrimônio espalhado pelo mundo, com vários empregados estrangeiros, com lucros em moeda estrangeira, obtidos em outra jurisdição fora de seu país de origem[324]. Em especial as sociedades americanas, embora as matrizes das companhias permanecessem nos Estados Unidos e tivessem o grande mercado americano na mão, elas organizaram-se como empresas mundiais[325].

Frisa-se que esse fenômeno da grande empresa, apesar de ter maior expoente nos Estados Unidos, domina o panorama da vida econômica hodierna, sendo a base da economia dos países tanto desenvolvidos[326] como dos que ainda estão em desenvolvimento. Isso se dá, em especial, porque, mesmo estando em diferentes fases, os países mostram traços e características semelhantes em suas economias, tais como computadores, supermercados, sistemas telefônicos, redes sociais, linhas de montagem de automóveis, laboratórios de produtos farmacêuticos etc[327].

---

323 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, p. 246, jul./set. 2002.
324 LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 17.
325 Ibidem, 17.
326 BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 10.
327 LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20.

Um dos pontos cruciais para este *boom* de estruturas societárias, organizados das mais diferentes formas, foi a autonomia jurídica conferida às sociedades empresárias e, em especial, a máxima da separação patrimonial como regra geral, ainda que se formem conglomerados. Essa concepção é compartilhada por Paulo Fernando Campana Filho, para quem a autonomia jurídica das sociedades e a limitação de responsabilidade dos sócios são aspectos fundamentais para o desenvolvimento do fenômeno grupal multinacional, já que, por limitar a responsabilidade dos acionistas ao montante do capital investido, isola o seu patrimônio pessoal dos riscos da atividade empresarial e, ainda, proporciona condições ao desenvolvimento de grandes empreendimentos e para a disseminação do modelo jurídico dos grupos[328].

Ora, como não poderia deixar de ser, esse flanco de infindáveis organizações societárias, além de gerar lucros maiores, crescimento e expansão, aumentando a produtividade e o domínio de mercado[329], pode, sem sombra de dúvidas, ocasionar fraudes e abusos das mais variadas formas. Sobre o tema merece menção, embora com certa reserva, a observação feita por Fábio Konder Comparato, que destaca a empresa multinacional como um grupo societário, em que o princípio da unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente autônomas, como ensina a experiência de todos os países, pode gerar três sortes de riscos de dano bem conhecidos: opressão dos sócios ou acionistas não controladores; fraude contra credores, tanto comerciais como trabalhistas, ou o próprio fisco; abuso do poder econômico nos mercados[330]. Tal realidade fática encontra-se, na grande maioria dos ordenamentos, à frente do que dispõem as normas jurídicas, que em ritmo descompassado ainda não regularam satisfatoriamente esse fenômeno.

2.1.1 Concentração: sentido amplo e estrito

---

[328] CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais*: Contribuição para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado. 2013. Tese (Doutorado em) – USP, São Paulo, 2013, p. 16.

[329] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 14.

[330] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732,p. 40, out. 1996.

Formalizando as diretivas ora traçadas, não se deve deixar de mencionar que a concentração empresarial, por meio da estrutura de grupos societários, não se confunde com a concentração em sentido estrito, que são os fenômenos de fusão, incorporação e cisão[331], ainda que nesta última possa se criar uma relação societária nova em que haja participação acionária de uma sociedade na outra.

Abordou esse tema Waldírio Bulgarelli, destacando a diferenciação entre os conceitos jurídicos e econômicos de fusão e, ao mesmo tempo, aludindo ao fenômeno concentracionista com uma concepção mais ampla e abrangente de todo o movimento de formação de unidades econômicas, incluindo, assim, tanto as operações de crescimento das empresas, sejam as de integração radical (grupos), sejam as de integração mais flexível (uniões), o que torna mais complexa e difícil a classificação do fenômeno pela apreensão das diversas formas adotadas, pelas quais as empresas podem conjugar seus esforços, atingindo uma unidade econômica, completa ou parcial[332].

Apenas para deixar claro, enquanto em sentido amplo tem-se a formação de grupos como uma das técnicas de concentrar sociedades[333], em sentido estrito, especialmente a fusão e a incorporação, são instrumentos de concentração que visam acrescer o tamanho e o poder das empresas individuais e coletivas, levando ao aumento das dimensões das unidades e à diminuição do seu número[334].

Os mecanismos de concentração de sociedades estrito senso, fusão e incorporação[335], justificam-se como instrumentos que propiciam o agrupamento do

---

[331] O artigo 229, *caput,* da lei 6404/76, conceitua a cisão, não havendo dispositivo correspondente no Código Civil. Diz o artigo da LSA:
Lei 6404/76. Artigo 229, *caput:* A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.
Didaticamente, como fito de definir e diferenciar a cisão, vale à pena trazer à baila os ensinamentos de Mônica GUSMÃO sobre o tema: "A cisão pode ser definida como um instrumento de reorganização societária. As socidedaes resultantes da recomposição são autônomas, com personalidade jurídica própria. A cisão difere da fusão e da incorporação por não implicar aglutinação de sociedades." (grifo da autora). *In* GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 411.

[332] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 61 e 62.

[333] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 30.

[334] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 61.

[335] O conceito de fusão acha-se descrito nos artigos 1119 do Código Civil e 228 da lei 6404/76, abaixo transcritos:

esforço pessoal e de capital, com o objetivo de aumentar o potencial econômico da atividade exercida, mostrando-se extremamente eficazes para a constituição de entes societários mais vigorosos e estáveis, econômica e financeiramente, e com mais aptidão para enfrentar as variantes do mercado[336].

No que tange à normativa dos atos de concentração em sentido estrito (incorporação, fusão e cisão), o novel Código trouxe dispositivos que regulam, especificamente, às sociedades que disciplina[337], a essas se aplicando a lei acionária apenas se houver omissão do CC, como nos casos de cisão. Apesar de ter suprido lacuna antes existente no Código Comercial, que era silente sobre a matéria, a abordagem feita pela lei civil, que basicamente compilou a Lei 6404/76, mereceu crítica de doutrinadores, como Mônica Gusmão, que considerou um retrocesso esse trecho do Código que, segundo ela, tratou em meia dúzia de artigos matéria relevante e complexa[338]. Já as sociedades por ações devem observar a Lei 6404/76 para atos de transformação, tendo sido esse tema objeto do Enunciado 70 do CJF, que assim dispôs:

> E. n.° 70 do CJF: "As disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedade anônimas. As disposições da lei 6404/76 sobre essa matéria aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omisso".

Fábio Ulhoa Coelho advertiu que todos os atos jurídicos capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou gerar domínio de mercado, estão sujeitos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tratando-se do exercício de uma função preventiva para proteção do livre mercado, conforme dispõe a Lei do Super

---

Código Civil. Artigo 1119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.
Lei 6404/76. Artigo 228, *caput*: A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.
A incorporação, encontra previsão legal nos artigos 1116 do Código Civil e 227 da lei 6404/76. Estes artigos assim dispõem*:*
Código Civil. Artigo 1116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.
Lei 6404/76. Artigo 227, *caput:* A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[336] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 168.

[337] Vide artigos 1113 a 1122 do Código Civil.

[338] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 217.

CADE 12529/2011[339]. José Carlos de Magalhães, também sobre o tema, esclareceu que o texto legal (analisado ainda com base no análogo artigo 54 da lei 8884/94), afinado com o texto constitucional e com a realidade atual, confere poderes ao CADE para apenas apreciar atos ou condutas de que tratam o citado artigo, exercendo, nesse passo, uma atividade *preventiva,* destinada a averiguar se a associação sob seu exame fere a lei, que, por sua vez, não pode ultrapassar os limites constitucionais da atividade legislativa, que se deve pautar pelos princípios fundamentais já referidos[340].

Por outras palavras, não cabe ao CADE diretamente autorizar ou não a prática de atos de concentração, pois a lei não pode vedar um ato de natureza econômica ou associativo de empresas se não resultar em abuso de poder econômico, sendo-lhe atinente, tão somente, prevenir infrações à ordem econômica se essas se verificarem no caso concreto, ou seja, se os atos praticados ferirem a livre concorrência e a livre iniciativa[341]. No mais, deve prevalecer o princípio da não intervenção do Estado na economia, como aduz o artigo 174, *caput,* da Constituição Federal[342]. José Carlos de Magalhães exauriu o assunto em ao asseverar que, se há liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, é lícita qualquer forma de concentração econômica resultante de uma associação entre empresas, desde que desta associação não resulte afronta ao princípio da livre iniciativa, nem resulte abuso de poder econômico[343].

A rigor, o prejuízo à concorrência pode decorrer de qualquer ato jurídico, sendo irrelevante a sua designação, natureza e conteúdo. Desde acordos de acionistas, contratos de locação de estabelecimento, transferência de tecnologia, licença de uso de marca e outros negócios empresariais podem ser veículo de lesão ao livre mercado.

---

[339] Lei 12529/2011. Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

[340] MAGALHÃES, Jose Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A Concentração de Empresas e a Competência do CADE. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n. 140, p. 109-21, p. 115, out./dez. 1998.

[341] Ibidem, p 115.

[342] Constituição Federal. Artigo 174, *caput.* Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativopara o setor privado.

[343] MAGALHÃES, Jose Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A Concentração de Empresas e a Competência do CADE. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n. 140, p. 109-21, p. 115, out./dez. 1998.

Quando presente, no negócio jurídico, o efeito, real ou virtual, de restrição ou limitação à concorrência, a análise pelo CADE é exigida como condição de aperfeiçoamento[344]. Cabe destacar que a constituição de um grupo de direito também está sujeita à verificação pelo CADE, sempre que do agrupamento resultar participação de vinte por cento ou mais de um mercado relevante ou ainda se qualquer das sociedades do grupo tiver um faturamento bruto anual de expressiva monta[345].

Na realidade, há um problema para se apreender, diante dos casos concretos: as mutáveis e infinitas formas sob as quais o fenômeno concentracionista se apresenta, sendo praticamente unânime a queixa dos autores em relação às dificuldades de se classificar o fenômeno[346]. O surgimento de conglomerados empresariais, que combinam diversos atos de concentração formando unidades econômicas cada vez mais amplas e complexas, faz emergir os grupos como uma forma de expressar estas redes societárias, notadamente sempre que se fizer presente algum tipo de controle econômico entre as sociedades[347], havendo assim, portanto, estrita ligação entre os atos concetracionistas estrito senso e seu aspecto macro, que é a formação dos grupos.

1.2 **Alguma experiência estrangeira**

Nessa esteira, justamente para que se possa futuramente tratar da desconsideração em grupos societários de fato, sua aplicabilidade e consequências, foi que, no segundo capítulo, buscou-se cercear o sujeito, definindo, com base em conceitos contemporâneos de direito empresarial e societário, bem como de direito civil, que sociedades poderiam constituir um grupo, seja de fato ou de direito, posto que, em cotejo com outras legislações estrangeiras, o enquadramento pode se diferenciar significativamente. À guisa de exemplo, nesse sentido, toma-se o ordenamento norte-americano, em que algumas sociedades legalmente constituídas ficam à margem da

---

344 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 491. v. II.
345 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225-226.
346 BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 117.
347 Ibidem, p. 14-15.

disregard doctrine, como é o caso das *partnerships,* das *joint stocks companies* e das *joint ventures,* em especial porque estas entidades, embora consideradas sociedades, não são dotadas de personalidade jurídica distinta de seus membros[348]. Naquele país, apenas as *business corporations*, que se aproximam da noção de sociedade anônima, estariam aptas a serem consideradas *legal entities* ou *legal persons,* para o fim de formação de um grupo de sociedades, pois são criadas por meio de um ato de incorporação *(incorporation)* que corresponde, no ordenamento pátrio, ao reconhecimento da personalidade jurídica[349].

Maurice Wormser, em sua obra datada do início do século XX, já dissertava sobre as *corporations* como entidades separadas de seus sócios, embora, em alguns casos, essa teoria da separação subjetiva merecesse ser desconsiderada, residindo o maior desafio na identificação dessas situações[350]. Esse jurista norte-americano também se debruçou sobre a desconsideração em grupos societários, verificando a hipótese de utilização de uma sociedade controlada como mero instrumento de outra, controladora, caso em que a distinção entre estas pessoas jurídicas deveria ser ignorada para que se fossem contempladas como uma única unidade. Wormser, contudo, deixou a ressalva, de que não bastava, para tanto, terem as duas companhias os mesmos acionistas, ou que uma fosse acionista da outra ou, ainda, que tivessem negócios em comum. Para que houvesse a desconsideração, seria necessário que a companhia controlada fosse, realmente, um "canal de negócios" de sua controladora[351].

---

[348] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 99-100.

[349] Ibidem, p. 100.

[350] WORMSER, Maurice. Piercing the Veil of Corporate Entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496, 1912. Tradução livre da autora. Os trechos do autor no original, assim estão redigidos:

"All writers on corporation law agree that in certain cases and at certain times a corporation is to be regarded as an entity quite separate and apart from the individual shareholders. Practically all writers agree, also, that in some cases this entity theory must be disregarded. Sometimes we look upon the corporation as a unit, at other times we look upon it as a collection of persons. When should the concept of corporate entity be adhered to, when should it be disregarded?" (p. 496).

Sobre o tema vale consultar também: POSNER, Richard. The Rights of Creditors of Affiliated Corporations. *In* Chicago Unbound. Journal Articles, University of Chicago Law School n. 43, rev. 499, 1975.

[351] Idem. "Closely related to the preceding group of cases are the already numerous and constantly increasing number of decisions which hold that where a corporation is so organized and' controlled and its affairs are so conducted as to make it a mere instrumentality or agent or adjunct of another corporation, its separate existence as a distinct corporate entity will be ignored, and the two corporations will be regarded in legal contemplation as one unit.

[…]

Também sobre grupos societários nos Estados Unidos, o professor da Universidade de Chicago, Richard Squire, desenvolveu estudos em que aponta a falácia existente nos grandes grupos de corporações, compostos por numerosas subsidiárias, na superação de barreiras na constatação da responsabilidade entre elas. O pressuposto de que as subsidiárias minimizam os riscos em vista do conglomerado existente deve ser visto com reservas[352].

Cabe destacar que, mesmo no direito norte-americano, em que prevalece a relatividade da personalidade jurídica e seu frequente afastamento, a redução dos efeitos da personalidade jurídica não é regra geral e sim exceção e faz-se necessária a utilização do grupo societário para fins contrários ou alheios aos consagrados pelo ordenamento[353]. Contudo, sobre a desconsideração, propriamente dita, tratar-se-á mais adiante.

Ainda nos Estados Unidos crescem enormemente em importância os conglomerados, que traduzem uma forma de diversificação conhecida como concentração diagonal, composta de aplicações financeiras em vários tipos de empresas e em áreas geográficas diversas[354]. Para Bulgarelli, essa espécie de consórcio, composto por várias corporações que exercitam atividades em outros países, possuem como traço comum uma unidade por interesses comuns e uma submissão a uma direção, tendo por elementos básicos:

a) uma sociedade-mãe que atua nos Estados Unidos (ou no país *mater*) como promotora e gestora de atividades que se desenvolvem em outro ou outros países;

b) a participação de todas numa espécie de fundo comum de recursos; e

---

It is not enough, however, that shareholders in two corporations are identical. It is not enough that one owns shares in the other. It is not enough that they have mutual interrelated dealings. In order to disregard the entity it must clearly appear that one corporation is but the 'business conduit' of the other." (grifo do autor) p. 502 e 503.

[352] SQUIRE, Richard. Strategic Liability in the Corporate Group. *The University of Chicago Law Review*, v. 78, n. 2, p. 605, 2011. Tradução livre da autora. O original assim dispõe:

"The typical large corporation divides itself into numerous subsidiaries but then overrides the liability barriers between them by having the subsidiaries and the parent company cross-guarantee each other major debts. The leading theorie posits that the subsidiaries make it easier for creditors to evaluate risk because they enable each creditor to lend against a discrete asset pool within the broader enterprise."

[353] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 101.

[354] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 6-7.

c) a adesão a uma estratégia global comum[355].

Um estudo feito na faculdade de direito de Yale, nos Estados Unidos, demonstrou que os conglomerados são uma forma organizacional composta por companhias que desenvolvem, produzem e distribuem produtos ou serviços, parecidos ou similares, em diferentes jurisdições, sendo, portanto, salutar o cuidado para não lesarem a concorrência e o livre mercado[356].

Doutrinadores americanos têm se debruçado sobre o conceito de capitalização inadequada nesses conglomerados societários, afirmando que há casos de o capital ser originalmente compatível com os prováveis riscos do negócio, vindo a ser posteriormente reduzidos, de maneira que o credor lesado não possa ser integralmente compensado, pela perda do valor do capital face aos riscos. Ou seja, em certos casos, entende-se que a sociedade ou o grupo societário deve ter a capitalização adequada à natureza e aos riscos do negócio[357]. Fábio Konder Comparato também destacou esse princípio como invocável nos precedentes das cortes norte-americanas para superar o princípio da separação patrimonial, quando o capital de uma companhia for manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade[358].

Sobre capitalização inadequada merece menção o estudo desenvolvido pelo jurista americano Robert J. McGaughey, para quem a capitalização inadequada de uma sociedade é uma modalidade de conduta imprópria, embora não haja uma normativa sobre quanto deve ser o capital social mínimo. McGaughey sustenta que uma companhia deve ter capital social suficiente para fazer frente, de forma razoável, às

---

[355] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 7.

[356] SPIVACK, Gordon B. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, p. 67-68, jan. 1970. Tradução livre da autora. Eis o trecho original:
"A conglomerate merger may involve two companies which are, among other things, engaged in purchasing, producing, or distributing the same or competitive products in the same area
[…]
The key factors in determining illegality in this area are: (1) the shares of the market held by the leading companies in the market; (2) whether those shares have been increasing, decreasing, or stable in the past several years; (3) the shares of the market held by the companies involved in the acquisition; and (4) the competitive vigor of the company whose independence is being eliminated by the acquisition".

[357] SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999, p. 69.

[358] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 451.

suas responsabilidades, tendo por parâmetro a natureza e a magnitude de seu empreendimento, os riscos e custos envolvidos na operação. A aferição da suficiência do capital social deve ser realizada já quando do início da atividade a ser desenvolvida[359]. Trata-se de um conceito etéreo, de cunho muito mais econômico do que jurídico e que, até o momento, não teve recepção na jurisprudência pátria.

Já na França, verifica-se, na economia, uma operação crescente e cada vez mais intensa por meio dos grupos de sociedades, o que faz despontar em relevância a preocupação no direito francês frente à reação contra os desvios perpetrados. O direito francês não apresenta um conjunto sistematizado de regras sobre os grupos de sociedades, sendo necessário, naquele país, recorrer-se à Lei das Sociedades Comerciais, que data de 1966, e outras leis esparsas, para lhes traçar o perfil. Parecido ao que há no Brasil, na França trabalham-se os conceitos de grupos de coordenação, quando as relações entre as sociedades repousam em um princípio de igualdade ou grupos de subordinação, quando é possível identificar vínculos de dependência entre as sociedades componentes do grupo[360]. Data de 1967/1968 a regulação francesa sobre os *"Groupements d'Interés Economiques",* ou G.I.E., como ficou conhecido naquele país o consórcio de duas ou mais pessoas jurídicas com fito de desenvolver atividade econômica comum, arcando cada uma com sua parte nas despesas. Apesar de atuarem sem capital próprio e sem contribuição para a formação de um fundo comum, essa modalidade adquire personalidade jurídica por meio de sua matrícula no Registro de Comércio[361].

---

[359] McGAUGHEY, Robert J. Disregarding the Corporate/LLC Veil. The most Litigated Issue in Corporate Law, p. 4, 2007. Disponível em: <law7555/com/publications/html>. Acesso em: 23 jul. 2015. Tradução livre da autora. O texto original assim dispõe: "Inadequate capitalization of a corporation is a form of improper conduct. Although there is no statutory minimum capitalization requirement in Oregon, a corporation must have sufficient capital to cover its reasonably anticipated liabilities, measured by the nature and magnitude of its undertaking, the risks attendant to the particular enterprise and normal operating costs associated with its business. Sufficiency of capital is measured at the time a corporation is formed and begins operations."

[360] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 117.

[361] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 66. Sobre o modelo francês também teceu comentários KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118. Assim dispôs a autora: "Os G.I.E. foram criados pela Ordenança n. 67-821, de 23 de setembro de 1967, como instrumentos para possibilitar o agrupamento de empresas. As empresas agrupadas renunciam a uma parte de sua liberdade econômica através da transmissão de certos poderes ao grupo do qual vêm a ser membros, conservando, assim, uma autonomia jurídica e

Tal regulação (Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique) foi substituída pelo artigo L-251-1 do Code de Commerce, com nova redação datada de setembro de 2000, que, em linhas gerais, dispõe que duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas podem constituir entre si um grupo de interesse econômico por um período determinado, no qual o objetivo deve ser o de facilitar o desenvolvimento da atividade econômica de seus membros, melhorando o resultado da atividade, sendo vetado o uso do grupo para realização de benefícios próprios, egoísticos. A atividade do grupo deve relacionar-se com a atividade de seus membros para dar-lhe suporte e auxílio[362].

Além dessa disposição no Código Comercial sobre tal espécie de "grupos de interesse econômico", o direito francês não traz qualquer regulação específica sobre os grupos, o que corriqueiramente gera críticas dentre os juristas, como as que teceu Marcelle MBALA, em sua tese de doutorado na Universidade de Lille, França. A autora criticou a falta de uma definição legal na legislação francesa para os grupos societários, ressaltando o fato de que o Direito, naquele país, estava atrasado em relação à realidade fática dos grupos[363].

No modelo italiano, que tanto serviu de inspiração à regulação pátria no que tange ao Código Civil e à nova teoria da empresa, o Decreto 2627, de 1940, e o

---

econômica conciliável com o funcionamento do grupo e com a rentabilidade econômica para cada um de seus membros".

[362] Tradução livre da autora. Code de Commerce. Article L-251-1: Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée.

Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

[363] MBALA, Marcelle. *Les Conventions Intra-Groupr de Societes.* Ecole Doctorale n. 74. Université Du Droit et de la Santé. Lille – França, 2005, p. 6. Em edoctorale74.univ-lille2.fr/filedomain. Trecho original da autora: "Il n'existe en droit français aucune définition « légale » du groupe de sociétés, ni aucun droit « spécial » des groupes, bien que cela ait été longtemps suggéré. On rencontre cependant de nombreuses règles juridiques autonomes et éparses applicables aux groupes selon les différentes branches du droit. Le phénomène du regroupement d'entreprises est une réponse du monde des affaires aux exigences du marché. Le groupe est avant tout une réalité économique. C'est ainsi que les groupes de sociétés ont dû au préalable construire leur réalité juridique en l'absence de textes spécifiques. Les groupes de sociétés ont tiré de cette absence et du silence des textes, leur liberté d'organisation et de fonctionnement. Cependant, la liberté oblige également à certains devoirs. En l'absence de textes spéciaux, les groupes de sociétés ont été régis par les règles du droit commun. Le droit français a dû tenir compte a posteriori, de leur réalité".

Sobre o tema vale a pena consultar também: ESTRABAUD, Pierre. Lês Groupes de Societès em Droit de la Cuncurrence et em Droit Fiscal. Dissertação de mestrado em 2014. Paris: Université Phantéon-Assas.

Decreto 15028, de 1943, abordam as sociedades coligadas e controladas, tratando ambas em seu sentido estrito, ou seja, quando uma sociedade é efetivamente sócia de outra, exercendo aí um controle, ou, ainda, por meio de uma *holding,* quando uma sociedade, sem explorar diretamente nenhuma atividade empresarial própria, tiver seu patrimônio investido em ações ou cotas de outras sociedades, sujeitas assim ao seu controle[364]. Essa opção legislativa aproxima-se do que foi adotado no Brasil pela LSA, pois parece deixar à margem do texto normativo as formas de coligação e controle em sentido amplo, quando não revestidas de uma determinada e peculiar configuração jurídica[365].

É com tal conotação que o artigo 2359 do Códice Civile dispõe sobre as sociedades controladas, considerando-as aquelas nas quais uma outra sociedade detém a maioria dos votos na assembleia ordinária ou ainda nas quais outra sociedade dispõe de votos suficientes por meio do exercício de uma influência dominante. Cabe destaque, contudo, a terceira hipótese de controlada prevista na lei italiana, que faz menção à influência dominante exercida por meio de um vínculo contratual específico entre as sociedades, controladora e controlada. Nessa hipótese, o legislador abriu margem para que grupos em sentido amplo fossem caracterizados, pois o vínculo contratual pode não se basear em situação de controle acionário[366]. Esse entendimento também está retratado na tese de doutorado desenvolvida por Mariângela Renzulli, da Università Degli Studi di Catânia, na Sicília. Para essa jurista, o artigo 2359, inciso 3, do

---

[364] ASCARELLI, Tullio. Questões a Respeito das Sociedades Coligadas. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 693-694.

[365] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 227. Nesse trecho, o autor destaca que a Lei 377 de 1976 introduziu modificações na disciplina dos consórcios do Código Civil de 1942, prevendo pela nova redação a possibilidade de empresários instituírem uma organização comum por meio do contrato de consórcio, para o desenvolvimento de determinadas fases das empresas respectivas, com faculdade do contrato ser inscrito no registro do comércio, ampliando a disciplina da lei sobre o assunto para além da concorrência empresarial, que era o foco antes abordado pelo Código de 1942 no que tangia à matéria.

[366] Códice Civile. Articolo. 2359: 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'a assemblea ordinaria;
3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

CC italiano, trouxe a hipótese de controle externo por meio de vínculo contratual, sem a necessidade de participação societária ou qualquer exercício de direito de voto[367].

Por fim, merece destaque a experiência alemã sobre o tema, pois foi, inclusive, fonte de inspiração para as legislações vizinhas, de França e Itália[368]. O direito tedesco já oferece, desde 1937, um conjunto de instrumentos jurídicos específicos para designar a colaboração empresarial, por meio do chamado 'Direito Grupal', ou *Konzernrecht*[369]. Em 1965, a lei alemã foi aperfeiçoada por meio da Lei de Sociedades por Ações, que tem como objetivos básicos e pontos essenciais em matéria de grupo:

a) proteger e garantir os direitos e interesses dos acionistas minoritários;
b) proteger e garantir os direitos e os interesses dos credores das sociedades dominantes; e
c) legalizar o exercício do poder de controle da dominante sobre as dominadas[370].

Da *Aktiengesetz* de 1965 merecem destaque os parágrafos 15 e 18 (1) (parágrafo 18, inciso 1). Ambos trazem como pontos basilares do grupo *(Konzern)* e dos que deles tomam parte *(Konzernunternehmen)*, a organização formada por uma controladora e uma ou mais sociedades controladas, com a presença de uma direção unitária. Importante destacar que esta legislação não faz menção a participações societárias, mas foca o exercício de uma unidade de administração. Os artigos da lei também deixam claro que cada uma das sociedades mantém a sua personalidade

---

[367] RENZULLI, Mariangela. *Il Controllo Contrattuale.* Dottorato di Recerca in Diritto Commerciale. Universitá Degli Studi di Catania, Itália, 2010, p. 9. Tradução livre. O texto original assim dispõe: "La differente ipotesi del controllo esterno – art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. – trova, invece, la propria fonte nella sussistenza di ‹‹particolari vincoli contrattuali›› tra la società controllante e la società controllata, rimanendo del tutto indipendente dall'eventuale possesso di partecipazioni o dalla materiale disponibilità del diritto di voto nell'assemblea della controllata da parte della controllante".
Sobre o tema vale a pena consultar também: FIMMANO, Francesco. Super-Società di Fatto Ed Abuso della Personalità Giuridica. Fonte: ilcaso.it/sezioneIIdottrina/opinion/interventi. Consultado em 20/07/2015.
[368] BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 65.
[369] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 225.
[370] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 39-40.

jurídica distinta, apesar de serem membros do grupo societário[371]. O mesmo sentido encontra-se na lei acionária tedesca, GmbHG § 115, que ratifica o pressuposto de direção unitária para a formação do grupo[372].

O mencionado § 18 (1) da AktG prevê os grupos de subordinação *(Unterordungskonzerne),* que é justamente onde tem a direção unificada, chamada de *einheitlicher Leitung.* Já o § 18 (2) prevê os grupos de coordenação ou igualitários *(Gleichordnungskonzerne)*, quando há formação dos grupos sem configuração de uma relação dominante entre as sociedades membro[373]. Nesse trecho, a lei fala textualmente em formação do grupo sem que um membro seja dependente do outro, *ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist*.

A lei alemã, contudo, inova sobre grupos ao admitir expressamente os grupos de fato, do § 311 ao § 318 do Akgt[374]. A preocupação do legislador alemão neste particular foi criar regras de proteção a acionistas e investidores, uma vez que o grupo, com essas características, pode ser criado por qualquer meio, havendo como linha comum a influência dominante de uma sociedade sobre as demais. Para Heinz-Uwe Dettling, o legislador alemão não quis deixar os grupos de fato fora da normativa legal, sendo sua intenção também regular o exercício de um controle de fato[375].

Apesar das diferenças e nuances, os conceitos da legislação alemã poderão servir de base, para dentro do direito pátrio brasileiro, trilhar-se uma via de identificação dos grupos de fato, notadamente na acepção ampla deste ente, ou seja, quando não houver qualquer participação acionária de uma sociedade nas demais, conforme adiante se verá.

---

[371] Akgt. § 18 (1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist, sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

[372] GmbHG § 115. Konzerne. Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden Sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

[373] Akgt. § 18 (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, , unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

[374] Esses artigos serão novamente abordados no quarto capítulo deste trabalho.

[375] DETTLING, Heinz-Uwe. *Die Entstehunsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965.* Tübingen: Mohr, 1997, p. 341. No original, segue trecho do autor: “Die § 311 bis 318 AktG 1965 beschränken sich daher nicht darauf, den faktischen Konzern als Tatsache hinzunehmen. Vielmeher wolle das Gesetz auch im faktischen Konzern die Ausübung von Leitungsmacht ‘rechtlich’ ermöglichen”.

2.3 **Grupos no direito brasileiro**

2.3.1 Grupos societários de direito

Dentro desse novo cenário empresarial, os grupos de sociedade figuram como poderoso instrumento, cuja formação se justifica por vários motivos, dentre os quais se destacam a possibilidade de expansão da atividade, o acesso a outros centros de consumo e a compensação de custos de produção, tais como salários e matéria-prima[376].

No ordenamento pátrio, só se pode falar em grupo societário de direito quando as sociedades controladora e controladas constituírem uma convenção formal, pela qual se obriguem a combinar recursos e esforços para a realização de objetivos, atividades ou empreendimentos comuns, considerando-se constituído o grupo com o arquivamento dessa convenção no Registro de Comércio da sede da sociedade de comando[377]. Assim, os grupos de direito estão caracterizados sobre uma relação de

---

[376] FRANCO, Vera Helena de Mello. Concentração de Poder Econômico e Grupos Não Acionários perante a ótica do Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 908, p. 218, jun. 2011.

[377] Lei 6404/76. Artigo 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.
§1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.
§2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no art.244.
Lei 6404/76. Artigo 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no Registro do Comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos:
I - convenção de constituição do grupo;
II - atas das assembleias gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo;
III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle da sociedade filiada.
§1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no Registro do Comércio das respectivas sedes as atas de assembleia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando.
§2º As certidões de arquivamento no registro do Comércio serão publicadas.
§3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo.

subordinação (controle) entre as sociedades filiadas e a sociedade de comando, havendo a direção pela sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas e a subordinação dos interesses individuais destas ao interesse geral do grupo[378].

A partir da constituição do grupo, as sociedades filiadas e de comando passam a se dedicar, além do objetivo previsto contratual ou estatutariamente para cada uma delas, ao empreendimento ou atividade exercida em conjunto ou em comum com as demais sociedades do grupo, para o que voltam paralelamente seus esforços e patrimônio[379]. O artigo 265, que abre o capítulo dos grupos de sociedades, externa a combinação de recursos e esforços para a participação de atividades e empreendimentos comuns, ou seja, cada sociedade componente do grupo mantém sua atividade individualizada *ao mesmo tempo* que se volta para atividades de interesse geral, pertinentes ao grupo em que está inserida. É importante notar que não se trata de um ato de perda de individualidade, pois a atividade precípua de cada sociedade continua a ser exercida isoladamente, mas, ao lado disso, desenvolvem-se outras metas de interesse comum do grupo. Num exemplo prático, poderia se constituir um grupo em que uma sociedade fosse importadora de matéria-prima, outra fosse a fabricante de embalagens próprias, outra ainda a distribuidora e uma quarta a produtora do bem final. Sem dúvida, sociedades com objetos sociais próprios (importação; fabricação de embalagens; distribuição e fabricação do produto final), mas que trabalham para um empreendimento comum.

Nos grupos de direito, é correto afirmar que a relação de subordinação ou controle é sempre de natureza societária, ou seja, pautada sobre a participação da controladora (sociedade de comando do grupo) no capital social votante das sociedades filiadas ou controladas[380]. Sobre o tema da participação acionária nos grupos de direito no Brasil, Gustavo Tepedino lembrou que há grupo de direito (no Brasil) quando as sociedades formalizam a união econômica entre elas existente, seguindo as normas previstas nos arts. 265 a 277 da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6404/1976), de forma que se relacionam não apenas por meio de controle

---

§4º As alterações da convenção do grupo serão arquivadas e publicadas nos termos deste artigo, observando-se o disposto no § 1º do art. 135.

[378] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 179.

[379] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 181.

[380] Ibidem, p. 182.

acionário, como também através de documento formal e de administração comum. Nesse caso, apesar de conservarem personalidade jurídica autônoma, e, em tese, patrimônios distintos, autoriza-se às sociedades integrantes prever empreendimentos conjuntos e despender esforços e recursos em comum[381].

A disposição pátria, exigindo o vínculo formal, aproximou-se da lei acionária alemã de 1965, n. § 291 (1), que exige dos grupos legalmente constituídos a celebração de um acordo empresarial (*Beherrschungsvertrag*), disciplinando o funcionamento das empresas vinculadas[382]. Essa disposição, tanto na legislação alemã como na brasileira, mereceu crítica dos juristas, que reconheceram sua efetividade mínima. Pelas observações tecidas por Fábio Konder Comparato, o legislador alemão (nos moldes do que fez a lei brasileira sobre o assunto) pensou que, ao exigir certas providências impostas a grupos de fato[383], incitaria os empresários a celebrar um contrato de dominação arquivado no registro de comércio. No entanto, esse incitamento se revelou inócuo e os grupos de direito continuam a ser, ainda hoje, consideravelmente menos numerosos do que os grupos de fato, o que também se reflete na realidade pátria. Desde a entrada em vigor da LSA poucos foram os grupos de direito criados e o instituto continua letra morta[384].

Assim, pela Lei 6404, artigo 267[385], apenas os grupos formalmente registrados é que podem designar-se *grupo*, ou *grupo de sociedades*. Fora dessa hipótese, a lei fala

---

381 TEPEDINO, Gustavo. "Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades". Exemplar gentilmente cedido pelo autor, p. 4.

382 AktG § 291 (1). Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.
Esse artigo da lei alemã destina-se aos grupos contratuais, ou *Vertragskonzern*.

383 Idem. Tais providências são, na legislação alemã: (i) obrigatoriedade de apresentação anual pelos administradores à assembleia geral de um relatório sobre as relações da sociedade com as demais empresas do grupo; (ii) fiscalização do conselho fiscal e do conselho de administração; (iii) possibilidade de exame das contas por perito judicial, a requerimento de acionistas não controladores; (iv) a responsabilidade da empresa dominante, de seus administradores e dos da empresa dependente, pelos prejuízos causados a esta em razão de dominação, sem indenização adequada.

384 LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das Companhias.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2057.

385 Lei 6404/76. Artigo 267. O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".
Parágrafo Único. Somente os grupos organizados de acordo com este capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou " grupo de sociedades".

em sociedades coligadas, controladoras e controladas, sem aludir a grupos e sem admitir que cada uma destas sociedades possa atuar no interesse de outra, ou submeter-se às diretivas emanadas de outra. Ou seja, a situação de grupos de fato foi deixada de lado pelo legislador...[386].

Um ponto preocupante sobre a regulação pátria atinente a grupos societários é que, no sistema da Lei 6404/76, o fenômeno grupal só mereceu regulação quando, no conjunto das sociedades agrupadas, seja pelo menos uma delas do tipo *anônima*. Ora, ainda que a companhia seja o instrumento por excelência de formação de grupos, não há de se negar que sua constituição pode se dar com tipos societários distintos e não acionários, como sociedades limitadas, por exemplo. Tal lacuna mereceu reprovação da doutrina e, nesse sentido, Fábio Konder Comparato, para quem, embora, sem dúvida, a companhia seja o grande instrumento de formação dos grupos, caberia perguntar se o fato de se excluírem os grupos não acionários da disciplina legal não representaria um grave *loophole* do novo sistema, a ser aproveitado pelos interessados em fugir à disciplina dos grupos. Pode-se indagar, sobretudo, qual a diferença substancial existente entre um grupo formado exclusivamente por sociedades não acionárias e o que só existe uma companhia, que é, por hipótese, a sociedade mais fraca do conjunto[387]. Tal exigência impede desarrazoadamente que um grupo empresarial queira constituir-se formalmente usando sociedades do tipo limitada, impondo aos empreendedores a constituição de, pelo menos, uma sociedade anônima. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 também perdeu a chance de regular o fenômeno, pois sem embargo poderia ter previsto a formação de grupos de direito com as sociedades empresárias, dispensando a descabida exigibilidade de uma sociedade do tipo anônima. As sociedades limitadas representam o tipo mais utilizado no país, sendo a média de duzentos e quarenta mil sociedades limitadas para cada 1.800 sociedades anônimas constituídas, segundo fontes do DNRC[388]. Ora, privar esse modelo da regulação dos grupos constituiu, sem dúvida, um enfraquecimento do ordenamento no que tange à matéria.

---

[386] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 200.
[387] Ibidem, p. 198.
[388] Disponível em: <http:www.dnrc.gov.br/estatisticas/caep/tipos/registro_sociedades>. Disponível em: 7 mar. 2015.

Ainda para a caracterização de grupo societário de direito segundo a lei acionária pátria, verificam-se mais dois pontos, sendo o primeiro deles a necessidade da sociedade de controle ser brasileira, o que significa, em linhas gerais, ter sido constituída segundo as leis brasileiras e ter sua sede no país. Tal exigência parece descabida e em descompasso com a realidade societária contemporânea, pois é cediço que boa parte dos grupos é formado por uma controladora estrangeira. Ademais, emerge dessa exigência uma preocupação muito mais formal, focada no método de constituição da controladora, do que uma visão macro do grupo, nesse caso subordinado a uma matriz estrangeira. Tal crítica recebeu guarida de juristas como Eduardo Goulart Pimenta, para quem esta segregação na legislação brasileira deixou de lado os grupos de direito com controlador estrangeiro, preocupando-se em excesso com o local da sede e o regime legal, em detrimento do exercício de controle[389], o que, sem dúvida, representa um *gap* lastimável.

Além disso, o grupo de direito para caracterizar-se precisa estar sob o controle de:

a) pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil;
b) pessoas jurídica de direito público interno; ou
c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle das pessoas referidas nas alíneas ***a*** e ***b***, acima[390].

Como se verificará, essas exigências cairão por terra nos grupos de fato, em especial no que concerne aqueles em sentido amplo. Aqui, em se tratando de grupos de direito, esses pressupostos limitam ainda mais a sua caracterização, pois excluem compulsoriamente da formalidade os grupos que, caso não houvesse tais cerceamentos, optariam pelo registro.

O último ponto identificador de grupos de direito e talvez o mais importante dentre os aspectos destacados à luz do estudo ora desenvolvido é o fato de que cada uma das sociedades integrante de um grupo de direito é uma pessoa jurídica

[389] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 183.
[390] Ibidem, p. 182-183.

autônoma, com patrimônio distinto, conforme preceitua o artigo 266 da Lei 6404/76[391]. Ora, isso significa dizer que a existência de um grupo societário de direito não cria uma nova pessoa jurídica, motivo pelo qual os bens e as obrigações de cada uma das sociedades permanecem separados[392]. Sobre esse aspecto, Fábio Ulhoa Coelho observou com didática que o grupo [de direito] não tem personalidade jurídica própria, sendo apenas uma relação interempresarial formalizada. Por outro lado, entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, não há, em regra, solidariedade, exceto perante as autoridades antitruste (LIOE, art. 17), pelas dívidas trabalhistas (CLT, art. 2°, §2°) e previdenciárias (Lei 8212/91, art. 30, IX). Não há, também, em regra, subsidiariedade entre as sociedades de um mesmo grupo, salvo no que se refere às obrigações relacionadas a contratos de consumo (CDC, art. 28, §2°). Os grupos podem contar com estrutura administrativa própria, consistente em órgãos colegiados e cargos de direção geral[393].

No mesmo sentido convergiu Sandra Yuri Yonekura, ao observar que não há confusão patrimonial entre controladora e controlada pelo simples fato de haver participação em deliberações societárias entre essas, mantendo cada uma sua personalidade jurídica de maneira independente[394].

Também nos grupos (de direito) não há que se presumir qualquer promiscuidade patrimonial, até porque, caso isso se verifique, poderá ensejar a aplicação do remédio jurídico da desconsideração, o que será tema no quarto capítulo.

Veja-se, pois, que, embora possa haver (i) direção geral e unificada, (ii) participação da controladora em todas as decisões de suas controladas, podendo até mesmo, na convenção do grupo, ter previsão de órgãos colegiados de decisão, (iii) consolidação das demonstrações financeiras específicas de cada sociedade filiada para que os interessados possam analisar a situação do grupo, ainda assim, não há de se falar em personalidade jurídica do grupamento de sociedades. Embora o tema pareça pacífico, até porque resulta da interpretação literal do artigo 266 da lei de SA, não

---

391 Lei 6404/76. Artigo 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

392 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 185.

393 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.

394 YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 52.

passou imune a severas críticas, como as que teceu Fábio Konder Comparato, para quem se impõe a consideração do grupo econômico como uma nova modalidade social, ou uma espécie de sociedade de segundo grau, a fim de se evitar fraudes e abusos[395]. Para esse autor, o capítulo XXI da LSA apresenta uma "sociedade de sociedades", e, embora o artigo 266 tenha afastado a existência de novo ente jurídico, Comparato afirma que a lei brasileira criou, com este instituto, um caso de sociedade mercantil regular, sem personalidade jurídica[396]. Esse entendimento, contudo, não parece ser o que melhor se coaduna com o espírito do instituto.

Com efeito, parece dicotômico verificar que no grupo há uma unidade de direção econômica das unidades integrantes e, ao mesmo tempo, uma independência jurídica destas. Por tal razão foi que Modesto Carvalhosa defendeu que a Convenção do grupo afeta, além de sua atividade empresarial, o próprio patrimônio das companhias, seus custos, receitas, resultados e gerenciamento. Para ele, embora as sociedades participantes do grupo se mantenham formalmente autônomas, há uma substancial despersonificação[397]. Advertiu o jurista que o grupo de sociedades atinge diretamente a pessoa jurídica das sociedades convenentes, não apenas quando essas delegam à direção do grupo poderes de representação negocial, mas também quando esse comando unificado dispõe dos lucros de cada uma delas. O autor conclui que a convenção do grupo afeta tanto a ótica empresarial como a societária, apesar de a lei declarar a subsistência formal das pessoas jurídicas das sociedades convenentes[398].

Jorge Lobo é outro jurista a se posicionar sobre a opção legal de não considerar a personalidade jurídica do grupo de direito. Para ele, o grupo constitui, em si mesmo, uma sociedade. Compartilhando da opinião de Comparato, Lobo destacou que os elementos fundamentais de uma relação societária encontram-se presentes no grupo formal, tais como a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos. Além disso, destacou que a relação societária que se estabelece entre as sociedades agrupadas implica numa

---

[395] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 196.
[396] Ibidem, p. 205.
[397] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211. v. II.
[398] Ibidem, p. 211

unidade de direção e intercomunicação patrimonial, exigindo, pois, que o reconhecimento legal do grupo ainda que não personalizado, disponha de mecanismos jurídicos de adequada compensação dos interesses particulares que essa intercomunicação patrimonial, sob direção unitária, seja suscetível de lesar: os dos sócios ou acionistas não controladores de cada uma das sociedades do grupo, dos terceiros credores e o da coletividade nacional como um todo. Para Jorge Lobo, o grupo está para as sociedades agrupadas assim como a sociedade está para a pessoa dos seus sócios, no sentido de que, embora as pessoas-membro não se confundam com a instituição, todos possuem personalidade jurídica[399]. Na esteira do que defende, Jorge Lobo arremata que, em sua opinião, o grupo deveria figurar como sujeito passivo da relação jurídico processual, devendo-se penhorar bens de qualquer sociedade do grupo para garantir a completa liquidação de obrigação assumida e não adimplida. Para Lobo, afigura-se pacífico o principio de que há uma autêntica, completa e inarredável confusão patrimonial entre as sociedades que compõem o grupo, motivo pelo qual essa confusão, além de servir ao próprio grupo, deve ser invocada para garantia dos credores na aplicação prática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em razão do controle no seio do grupo econômico, entendimento esse que, segundo ele, vem sendo prestigiado em especial na jurisprudência norte-americana[400]. O autor ainda afirma que o grupo de direito, inquestionavelmente, possui personalidade jurídica (mesmo sem a previsão legal), motivo pelo qual deveria haver um patrimônio social do grupo, além de capacidade para adquirir direitos e obrigações em nome próprio, permitindo aos credores, no caso de inadimplemento de qualquer das sociedades integrantes, promover ação contra o grupo, sendo possível a penhora de seus bens, seja da sociedade de comando, seja das demais componentes, indiscriminadamente,

[399] LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 118-119. Nas palavras do autor: “A nosso ver, o grupo está para as sociedades grupadas assim como a sociedade está para a pessoa de seus sócios e acionistas: nesta, como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes; no grupo essas partes são as sociedades grupadas; na sociedade, são os sócios e os acionistas. Um e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade”.

[400] Ibidem, p. 120.

visto que, na linha do que defende, o *grupo* deveria figurar como sujeito passivo da relação jurídico-processual[401].

Malgrado a acalorada discussão acerca dos patrimônios apartados (ou não) nas sociedades agrupadas, deve prevalecer a interpretação de independência e não solidariedade entre estas, privilegiando a autonomia das pessoas jurídicas que integram o grupo. Caso contrário, restaria esvaziado o propósito de organizar um grupo em que cada unidade tem seu objeto social e nicho de atuação, se a cada momento pudessem invocar a solidariedade por um ato isoladamente praticado por uma dessas sociedades no desempenho normal e próprio de sua atividade-fim. A concepção de uma unidade societária formada pela próprio grupo, tornando esse ente, por si, sujeito de direitos e obrigações em todo e qualquer caso, poderia significar a condenação ao perecimento do instituto dos grupos.

O uso da desconsideração deve continuar a ser encarado como remédio de exceção, aplicado quando verificada a fraude ou o abuso no caso concreto. Igual posição assumiu a obra de Ari Beltran, segundo a qual, se as empresas integrantes de grupos não fossem independentes e autônomas umas perante as outras, não seria possível a existência do grupo, porque a perda de independência e autonomia provocaria um fenômeno jurídico de integração que teria o efeito de fazer desaparecer o grupo, visto que esse só existe quando as sociedades são separadas, mantendo cada uma a sua personalidade jurídica[402].

A própria Exposição e Justificativa do Projeto da LSA esclareceu que a lei absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, uma vez que o credor poderia obter suas garantias diretamente, motivo pelo qual as sociedades devem ter patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidades e riscos. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei,

---

[401] Ibidem, p. 120. Por suas palavras, transcreve-se: “Diríamos que o grupo deve figurar como sujeito passivo da relação jurídico-processual e devem ser penhorados de qualquer sociedade componente do grupo para garantia da completa liquidação da obrigação assumida e não adimplida, na esteira do princípio, pacífico, de que, entre as sociedades do grupo, há uma autêntica, completa e inarredável confusão patrimonial, que há de existir não apenas para beneficiar o grupo, mas também, e quiçá, sobretudo, para garantia dos credores na aplicação prática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em razão do controle no seio do grupo econômico, que a jurisprudência, sobretudo norte-americana, vem prestigiando há várias décadas”.

[402] BELTRAN, Ari Possidonio (Coord.). *A União Europeia e o Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 110.

transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos. Só com esse raciocínio é possível às sociedades convenentes preservar integralmente sua personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial[403].

O mesmo, entretanto, nem sempre ocorrerá no que tange à responsabilidade pelos danos que as operações comuns do grupo possam ocasionar. Eduardo Goulart Pimenta observou a possibilidade de que todas as sociedades integrantes do grupo venham a responder solidariamente pelos prejuízos ocorridos em virtude de operações praticadas no interesse do grupo ou onde haja ação conjunta, passando a análise do caso pela leitura da Convenção que regula o grupo[404]. A Convenção pode dispor de duas formas diferentes a respeito da responsabilidade das sociedades integrantes do grupo perante casos que gerem indenização: Se houver previsão de solidariedade passiva, ela pode, obviamente, ser invocada por quem quer que seja. Se, contudo, houver disposição de forma diversa, dizendo que não cabe solidariedade entre as sociedades, entende Eduardo Goulart Pimenta que essa também será oponível a terceiros, uma vez que se trata de cláusula tipificada em lei e dotada de publicidade[405]. Para esse autor, a Convenção Grupal é soberana na disciplina da responsabilidade das sociedades componentes de um grupo de direito[406].

Em sentido oposto posicionou-se Modesto Carvalhosa, para quem prevalece a disposição do artigo 942 do Código Civil, segundo o qual a reparação do dano causado, havendo mais de um autor, cabe a todos de forma solidária[407]. Nessa esteira, um ato praticado no interesse e de acordo com o grupo, torna inegável que todas as sociedades que dele fazem parte possam, irremediavelmente, ser responsabilizadas. No enfrentamento do tema, Modesto Carvalhosa considerou que, ao excluir a responsabilidade solidária das sociedades integrantes do grupo, nosso legislador

---

[403] LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2062-2063.
[404] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 186-187.
[405] Ibidem, p. 187.
[406] Ibidem, p. 188.
[407] Código Civil. Artigo 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

alegou, sempre falaciosamente, a autonomia contratual de cada uma delas, esquecendo-se, no entanto, que a culpa pode ser extracontratual, por ato ilícito praticado pela sociedade, o que é muito comum, notadamente no que respeita ao meio ambiente e ao dano pessoal a terceiros[408].

Com efeito, o problema não é pacífico e a solidariedade entre as sociedades integrantes de um grupo de direito deve ser empregada como exceção à regra, apenas àquelas relações jurídicas em que restar configurada uma atuação do grupo enquanto unidade empresarial, na qual todas as sociedades-membro tomaram parte e/ou foram beneficiadas, até para não restar condenado o próprio instituto. No mais, valem as premissas básicas de separação patrimonial e autonomia das pessoas jurídicas que o integram, porque não deve ser tomada como verdadeira a afirmação de que um grupo societário é ceifado de confusão patrimonial ontológica. Corroboram essa visão Leonardo Castellões e José Engrácia Antunes, sendo que, para o primeiro, o substrato fático de um grupo de sociedades, ao contrário do que ocorre nas empresas unissocietárias relativamente a seus membros, reside em especial na autonomia jurídica das sociedades que o integram. Logo, afirma, para que um grupo de sociedades tenha razão de ser, é necessário que as sociedades que o compõem realizem negócios jurídicos individualmente, embora sob uma regência superior, pois as razões de constituição do grupo residem justamente nesta autonomia[409]. Também José Antunes considera qualquer tentativa de personalização dos grupos inadequada, pois representaria um contrassenso com a especificidade desse fenômeno. Nesta esteira, o autor destacou que a personalidade jurídica do grupo destruiria a pluralidade jurídica que é seu pressuposto. Assim, ao reconhecer a personalidade jurídica do grupo societário, a lei não estaria a organizar sua existência, mas, ironicamente, eliminando-a, já que um grupo com personalidade jurídica deixaria de sê-lo para passar a aproximar-se de uma espécie de “fusão” de sociedades[410].

Discussões à parte, verifica-se que, se há controvérsias e lacunas nos grupos de direito, nos grupos de fato as situações nebulosas se multiplicam. A grave questão a se

---

[408] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270. v. IV.
[409] CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. *Grupos de Sociedades.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 83-84.
[410] ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedida, 2002, p. 155-156.

colocar é que, além dos grupos de direito, regulados pela lei societária, porém minoritários no cenário real, há uma infinidade de formas de agrupamentos empresariais pululando a cada dia que passa, e são formas etéreas, sendo impossível criar um modelo fechado, ou um limite para seu surgimento e utilização. Pode-se inferir que a realidade ultrapassou o direito no que se refere aos grupos societários de fato.

2.3.2 Grupos societários de fato *stricto sensu*

Embora não utilize a terminologia de "Grupos de Fato", sendo essa uma nomenclatura empregada pela doutrina, a Lei 6404/76 regula, em seus artigos 243 e seguintes, as sociedades coligadas, controladoras e controladas, entre as quais não há qualquer documento registrado que as vincule como grupo de sociedades, ao contrário do que ocorre nos grupos de direito. Este artigo 243, pertinente às companhias abertas ou fechadas, encontra similar no Código Civil, no dispositivo 1098, que trata da sociedade controlada, como sendo aquela cujo controle está em poder de outra, mediante ações ou cotas possuídas por sociedades ou por sociedades por essa já controladas[411]. Há, portanto, um controle direto de uma sociedade por outra, essa última chamada de *holding* de controle, que é titular (direta ou indireta) das ações da controlada, tendo a maioria dos votos para impor sua vontade nas deliberações sociais e na eleição da maior parte dos administradores[412].

Alguns autores, dentre os quais Tavares Borba e Mônica Gusmão, diferenciam a sociedade controladora do acionista controlador (pessoa física) pelo uso efetivo do poder de controle. Para eles, enquanto o controlador pessoa física precisa ter e usar o poder para ser controlador, à *holding* de controle basta a circunstância do poder, ou o poder potencial de conduzir uma outra sociedade, ainda que esse poder, na prática, não seja exercido por qualquer motivo. Por outras palavras, enquanto o controlador

---

[411] Código Civil. Artigo 1098: É controlada:
I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;
II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

[412] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 579. v. 8.

acionista (pessoa física) deve exercer efetivamente o poder nas assembleias por meio do seu voto, não se exige da sociedade controladora este mesmo uso efetivo do poder, bastando que exista a mera possibilidade ou potencialidade de seu exercício[413]. Sandra Yuri Yonekura observou que a controladora não exerce, necessariamente, um poder de mando, como acontece com o acionista controlador. No entanto, os deveres e responsabilidades impostos a esses são também atribuídos àquela, sem deixar, contudo, de ser o detentor do poder de controle efetivo responsabilizado conjuntamente[414].

Como numa relação de causa e efeito, a sociedade controlada, por sua vez, é aquela em que a controladora detém a titularidade de direitos dos sócios, tendo preponderância nas deliberações assembleares e na eleição dos administradores. Na sociedade controlada, portanto, a participação da controladora em seu capital provoca uma influência decisiva[415].

No que tange às nomenclaturas empregadas pelo Código Civil, é interessante destacar que o texto legal em seu capítulo VIII, empregou o termo "*sociedades coligadas*" para designar aquelas que, em suas relações de capital, fossem controladas, filiadas ou de simples participação, conforme dispõe o artigo 1097[416]. Nota-se que, tanto no título do capítulo como no corpo do artigo 1097, o termo *coligada* foi utilizado em sentido amplo para designar relações de capital entre sociedades ou relações intersocietárias de forma geral, ou seja, tanto quando houver vínculo horizontal (que significa sem controle ou vínculo de subordinação), como nos casos de vínculo vertical (nos grupos de subordinação, quando há controle). Sobre tal diferenciação, Sandra Yuri Yonekura observou que há também a classificação em grupos de subordinação (quando a controladora exerce o poder de mando e de domínio sobre suas controladas, imprimindo uma direção unitária por meio de diretrizes de interesse do grupo como uma só unidade) e grupos de coordenação ou paritários (quando as empresas permanecem

---

[413] GUSMÃO, Mônica, *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 415. Ver também BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 78.

[414] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 51-52.

[415] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 581. v. 8.

[416] Código Civil. Artigo. 1097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

independentes, mas submetidas à direção de um órgão controlador [de direito ou de fato] formado por representantes das diversas sociedades do grupo[417].

É importante notar, portanto, que os grupos de direito classificam-se invariavelmente como de subordinação (em que há o exercício de controle), podendo se falar em paridade e relação horizontal apenas nas relações intersocietárias travadas nos grupos de fato. Em outras palavras, como examinou Sandra Yuri Yonekura, no grupo convencional se estabelece uma relação de subordinação ou dependência, sob a direção única do grupo exercida por sua diretoria autônoma[418], como dispõe o já discutido artigo 265 da LSA, que expressamente traz as figuras da sociedade controladora, ou de comando do grupo, e suas controladas. O grupo de fato, contudo, admite formações de coligação sem controle, com mera participação, sem ingerência preponderante de uma das sociedades componentes.

Já mais adiante, no artigo 1099, o legislador empregou o vocábulo *coligada* em sentido estrito, equiparando-o à *filiada,* para designar a sociedade de cujo capital outra participe com dez por cento ou mais, sem, contudo, exercer controle[419]. Para fins didáticos e inclusive, visando não causar confusão com o que dispõe a Lei de Sociedades por Ações (LSA) sobre o mesmo tema, a tese empregará o termo *filiadas* para referir-se a sociedades onde não haja controle nas relações de capital (conforme artigo 1099 CC), e *controladoras,* sempre que houver o exercício do poder de controle por meio da preponderância nas deliberações sociais e na eleição dos administradores[420]. Aliás, cabe frisar, para o legislador da LSA *coligadas* são aquelas sociedades nas quais a investidora tem *influência significativa*, possuindo 20% ou mais da sociedade investida, sem, contudo, controlá-la, que é justamente o que dizem os

---

417 YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 54.

418 Ibidem, p. 59.

419 Código Civil. Artigo. 1099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

420 Lei 6404/76. Artigo. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. §2° 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.

parágrafos primeiro, quarto e quinto do artigo 243[421]. Sobre a coligação em sentido estrito (igual a filiada), Mônica Gusmão afirmou que decorre da concentração de empresas, na qual há uma relação intersocietária que implica em controle horizontal, sem vínculo de subordinação, e com a participação entre sociedades, sem que haja efetivo controle. Diz-se que as sociedades são coligadas quando a investidora tem influência significativa, ou seja, quando a investidora detiver ou exercer o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. Presume-se a influência significativa quando a investidora for titular de vinte por cento ou mais do capital votante da investida[422]. Ou seja, a investidora participa das decisões, mas não tem o mando final sobre essas.

Ainda dentro dessa esteira, há de se mencionar a previsão legal das sociedades de simples participação, que estão reguladas pelo artigo 1100 do Código Civil[423] e não encontram guarida na LSA. Tem-se esse modelo quando uma sociedade não anônima participa de outra, titularizando menos de dez por cento do capital social com direito a

---

[421] Lei 6404/76. Artigo. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.
§ 1° São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.
§ 2° […]
§ 3° […]
§ 4° Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.
§ 5° É presumida influência significativa quando a investidora for titular de vinte por cento ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

[422] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 415. Também exauriu o tema Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 8 - Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 582: "A sociedade filiada é a sociedade coligada de cujo capital outra sociedade participa com 10% ou mais, sem ter o poder de controlá-la (CC, art. 1099).
Há uma coordenação, e não subordinação, entre as sociedades coligadas, pois de um lado temos a *coligada investidora* e de outro a *coligada investida*, que não sofre qualquer intervenção da investidora em sua administração. Ambas conservam: seus objetivos; sua autonomia administrativa; sua personalidade jurídica e a individualização de seus patrimônios. A *holding* de participação (*coligada investidora*) age como investidora ao participar permanentemente com 10% ou mais do capital da *coligada investida.* Tal participação não conduz a qualquer subordinação, nem ao poder de decisão de uma nas deliberações sociais e na eleição da maioria dos administradores da outra". (grifos da autora).

[423] Código Civil. Artigo 1010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.
§ 1º Para formação da maioria absoluta, são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.
§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.
§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

voto[424]. Nesse caso, diz-se que as sociedades, investidora e investida, são apenas vinculadas, não havendo qualquer forma de controle de uma sobre a outra[425].

É importante destacar que, sempre tendo por objetivo a proteção de minoritários, a LSA vedou a participação recíproca entre sociedades coligadas (*lato sensu*), no que foi acompanhada pelo Código Civil, tanto no que tange às sociedades controladora e controlada[426] como no que se refere às coligadas sem controle acionário (afiliadas). O mesmo ocorre nas sociedades de simples participação previstas pela lei civil, nas quais se coíbe a participação recíproca além das reservas, exceto a legal[427]. Modesto Carvalhosa lecionou que a proibição da participação recíproca teve por escopo a preservação da integridade do capital social e da autonomia administrativa de cada sociedade componente do grupo societário[428]. Com efeito, a participação recíproca pode trazer nefastas consequências, tais como a diminuição da garantia dos credores e

---

[424] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 489. v. II.

[425] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 8 - Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 583.

[426] Lei 6404/76. Artigo 244. É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica ao caso em que ao menos uma das sociedades participa de outra com observância das condições em que a lei autoriza a aquisição das próprias ações (art. 30, § 1º b).

§ 2º As ações do capital da controladora, de propriedade da controlada, terão suspenso o direito de voto.

§ 3º O disposto no § 2º do art.30 aplica-se à aquisição de ações da companhia aberta por suas coligadas e controladas.

§ 4º No caso do § 1º, a sociedade deverá alienar, dentro de 6 (seis) meses, as ações ou quotas que excederem do valor dos lucros ou reservas, sempre que esses sofrerem redução.

§ 5º A participação recíproca, quando ocorrer em virtude de incorporação, fusão ou cisão, ou da aquisição, pela companhia, do controle da sociedade, deverá ser mencionada nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedade se será eliminada no prazo máximo de 1 (um) ano; no caso de coligada, salvo acordo em contrário, deverão ser alienadas as ações ou quotas de aquisição mais recente ou, se da mesma data, que representem menor porcentagem do capital social.

§ 6º A aquisição de ações ou quotas de que resulte participação recíproca com violação ao disposto neste artigo importa responsabilidade civil solidária dos administradores da sociedade, equiparando-se, para efeitos penais, à compra ilegal das próprias ações.

Código Civil. Artigo 1101. Salvo disposição especial de lei, a sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.

[427] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 489. v. II.

[428] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53. v. I.

a perda de influência efetiva de uma sociedade em outra, se ambas tiverem direito ao exercício de voto[429].

Seguindo adiante, mas ainda dentro da lógica dos grupos de fato compostos por relações acionárias travadas entre sociedades, merecem também análise a subsidiária integral, o consórcio, a *joint venture* e a *holding.* No primeiro caso, da subsidiária integral, tem-se uma sociedade totalmente dominada por outra, sendo, ao lado da EIRELI, vista no segundo capítulo, a outra hipótese de sociedade unipessoal no direito pátrio[430]. Adotando sempre a forma de anônima, como preceitua o artigo 251 da LSA[431], a sociedade subsidiária integral tem como única acionista uma sociedade brasileira, devendo ser constituída por escritura pública (unipessoalidade originária), ou então pode resultar da incorporação de todas as suas ações por sociedade brasileira (unipessoalidade superveniente), esta a controladora. No caso de incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral, a deliberação será submetida à assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação para voto dos acionistas[432]. Não raro, uma subsidiária integral poderá figurar como parte de um grupo societário, de direito ou de fato, seja como controladora ou como controlada.

O consórcio, previsto no artigo 278 e seguintes da LSA[433], caracteriza-se quando companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, unem-se

---

[429] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 584. v. 8.

[430] Idem. No mesmo sentido diz Mônica Gusmão, em *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 420: "[A subsidiária integral] É uma sociedade unipessoal, ou seja, tem como única acionista uma sociedade brasileira" (grifo do autor).

[431] Lei 6404/76. Artigo 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.
§ 1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o art.8.º, respondendo nos termos do § 6.º do art. 8 e do art. 10 e seu parágrafo único.
§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do art. 252.

[432] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 420.

[433] Lei 6404/76. Artigo 278.As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste capítulo.
§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

para executar determinados empreendimentos, não resultando uma nova pessoa jurídica desta união de esforços. Via de regra, não há solidariedade entre as consorciadas, salvo no que pertine a relações trabalhistas e consumeiristas, e responsabilidade nas licitações[434]. Do consórcio podem participar sociedades de tipos diversos, e não apenas as companhias, como as sociedades de economia mista, empresas públicas, sociedades limitadas e tipos menores de sociedades empresárias[435]. Para alguns autores, como Eduardo Goulart Pimenta, o consórcio é uma espécie de *joint venture* contratual*,* uma modalidade de associação empresarial por meio de contrato, cujos requisitos de validade e efeitos estão expressamente previstos em lei, de modo a vincular não apenas as partes, mas também terceiros, uma vez que esse tipo de acordo de vontades deve ser arquivado junto ao órgão de registro de empresas mercantis[436].

Normalmente, os consórcios são usados em empreendimentos de grande vulto, nos quais o custo é muito elevado, exigindo para a sua execução conhecimento técnico especializado e instrumental de alto padrão, como para a construção de hidrelétricas, por exemplo[437]. Em sua natureza jurídica, o contrato de consórcio é oneroso, formal, bilateral e deve ser arquivado na Junta Comercial, como preceitua o parágrafo único do artigo 279 da LSA[438]. Trata-se de um ato jurídico de natureza obrigacional que visa à realização de um empreendimento e de uma relação societária na qual as sociedades integrantes, embora enlaçadas por um vínculo contratual, conservam sua personalidade jurídica e sua autonomia patrimonial. É uma universalidade sem personalidade jurídica,

---

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratante; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

[434] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 490-491. v. II.

[435] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 62-63.

[436] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 193.

[437] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 576. v. 8.

[438] Lei 6404/76. Artigo 279.O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão.
Parágrafo Único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no Registro do Comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

não sendo sujeito de direitos e não podendo assumir nenhuma obrigação em nome próprio[439].

Sobre as características intrínsecas ao consórcio, pode-se afirmar que, no contrato de consórcio, não há controle de nenhum participante, mas um objetivo comum; cada consorte determina o grau de responsabilidade que assume na execução do serviço. Os consortes obrigam-se perante terceiros, individualmente, nas condições previstas no contrato, respondendo cada um por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. O § 3° do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor estabelece, excepcionalmente, a responsabilidade solidária entre as sociedades consorciadas[440].

Pode ainda o consórcio ser nacional ou internacional, submetendo-se, no primeiro caso, à lei brasileira e, no segundo, ao ordenamento jurídico escolhido. Tratando-se de um consórcio internacional de natureza regional (celebrado na União Europeia, por exemplo), haverá submissão aos termos do tratado em questão e das diretivas aplicáveis a tais negócios, havendo predominância da jurisdição internacional, tanto para matéria contenciosa como para a aplicação de arbitragem[441]. Ainda sobre a classificação dos consórcios, Sandra Yuri Yonekura aduz que os consórcios são classificados pela sua organização e seus objetivos. Os de primeiro grau não têm uma direção centralizadora de suas atividades. Os de segundo grau são os que têm um contrato estabelecendo uma direção única para o desenvolvimento das atividades realizadas em comum pelas sociedades consorciadas. Por fim, o consórcio de terceiro grau detém, nas sociedades consorciadas, a direção e a representação delas junto a terceiros e, internamente, a direção nas atividades comuns[442].

São a essas modalidades de consórcio de terceiro grau que nos Estados Unidos se dá o nome de *joint venture,* para designar uma *partnership* temporária, em que, por meio de um contrato plurilateral, as partes colocam bens, numerário, *know-how,* conhecimentos técnicos, propriedades etc., em prol de um empreendimento comum[443]. Assim, *joint venture* é um termo na língua inglesa utilizado para designar a ligação de

---

[439] GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 419.
[440] Ibidem, p. 419.
[441] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 64.
[442] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 64-65.
[443] Ibidem, p. 65.

duas ou mais sociedades, normalmente sediadas em países diferentes, para a exploração em conjunto de uma atividade empresarial, o que pode se dar com ou sem a constituição de uma nova pessoa jurídica[444]. No direito brasileiro, a *joint venture* pode se exteriorizar por meio de um ou mais negócios jurídicos, como os próprios consórcios, acordos de acionistas, contrato de sociedade, dentre outros[445].

Ainda no que pertine a modalidades de ligações societárias existentes no direito brasileiro, para além dos grupos de direito, não se pode deixar de mencionar as chamadas *holdings,* positivadas no Brasil pelo artigo 2°, §3° da LSA[446]. Antes do advento dessa lei, a previsão de uma sociedade que tivesse por escopo apenas participar do capital de outras *(holding pura)* não existia nos textos legais pátrios, mas a lei acionária legitimou esta prática, tornando possível, por intermédio da *holding*, participações em cadeia ou em cascata (controle piramidal), potencializando investimentos e aumentando o número de grupos econômicos criados, até mesmo para obter incentivos fiscais[447].

A *holding* teve sua origem nos Estados Unidos, no estado de New Jersey, que foi o primeiro a autorizar legalmente a aquisição de ações de uma companhia por outra, no que foi seguido pelos demais estados norte-americanos, de tal forma que, em pouco tempo, as *holdings* cobriram todo o território norte-americano e, logo após a primeira grande guerra, difundiram-se também na Europa, em especial na Alemanha[448].

No entendimento de Valéria Medeiros de Albuquerque, a *holding* em si não é um agrupamento de empresas, mas um instrumento de sua formação. Para a autora, a *holding company* atua como sociedade-mãe, com controle acionário sobre as demais

---

[444] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 491. v. II.
[445] Ibidem, p. 491
[446] Lei 6404/76. Artigo 2. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
§ 1° [...]
§ 2° [...]
§ 3° A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.
[447] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 195.
[448] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61.

sociedades subjacentes, investindo capital em outras “empresas” ou financiando-as, havendo, assim, a formação de um grupo societário de fato[449].

Interessante ligação entre a *holding* e a *subsidiária integral* é trazida à baila por Sandra Yuri Yonekura, pois, além de servir de mecanismo de controle de um grupo de sociedades, a *holding* pode também assumir a forma de uma *subsidiária integral,* quando essa se torna controladora de outras sociedades[450]. Nesse sentido, melhor esclarece a autora, ao ressaltar que uma subsidiária pode ser controladora de outras sociedades e, nesse caso, tornar-se uma *holding: holding* em face de suas controladas e subsidiária em face de uma outra sociedade *holding,* formando um conglomerado de sociedades que possuem características próprias, quando analisadas umas em relação às outras. É o que se pode denominar controle em cascata[451].

O trabalho de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury traz à baila a seguinte classificação para as *holdings*[452], sem querer exaurir o tema:

a) ***holding* pura**: criada exclusivamente para participar de outras empresas, ou seja, para exercitar a atividade de participação e controle;
b) ***holding* operacional ou mista**: é aquela que, além de controlar e participar financeiramente de outras empresas, possui atividade própria, ou seja, exerce diretamente um exploração patrimonial, sem que a primeira atividade prevaleça, obrigatoriamente, sobre a segunda;
c) ***holding* de consolidação**: constituída com o objetivo de adquirir ações de subsidiárias já existentes;
d) ***parent holding****:* é aquela que se organiza criando subsidiárias destinadas ao exercício de atividades econômicas;
e) ***holding* intermediária***:* é uma *holding* controlada por outra *holding*.

---

[449] ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. Dos Grupos de Empresas e seus Reflexos nos Direitos dos Trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 37-53, p. 40, nov./dez. 1987.
[450] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 62. Sobre a definição de *holding* diz a autora neste trecho: “A *holding* é a controladora, acima mencionada, que por sua participação acionária, controla as demais sociedades do grupo e pode ser criada com este fim específico de controle. Quando isso ocorre, recebem a denominação de *holding* pura. As demais classificações dependem do fim para o qual foram criadas, sendo consideradas mistas ou operativas”.
[451] Ibidem, p. 62
[452] Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61.

Apesar de a doutrina nada dizer a respeito, uma questão interessante a ser levantada é se a *holding* precisa assumir necessariamente a forma de uma sociedade por ações, já que sua previsão legal expressa está na LSA, sendo silente o Código Civil. Na prática, vê-se que não, pois são notórios os casos concretos em que a controladora ou a sociedade com participação acionária (ou quotista) assume outro tipo societário, como de limitada, por exemplo. Segregar a *holding* à modalidade "anônima" seria equiparável ao erro do grupo de direito, que limitou o grupo à exigência de uma sociedade com esse tipo, o que se mostrou desarrazoado. Certo é que, na realidade dos grupos, o fenômeno das *holdings* está na ordem do dia e, seja para gestão patrimonial de grupos familiares, seja para organização de fluxogramas empresariais, tem tido larga utilização.

Nessa linha, e tomando por base *apenas* o texto da lei brasileira que regula as sociedades por ações, o livro de Direito de Empresa do Código Civil e boa parte da doutrina sobre o tema de grupos de fato, esses são identificados, no mais das vezes, por meio de participação acionária. Como constatou Gustavo Tepedino, nos grupos de fato, as relações entre as sociedades caracterizam-se pela informalidade, exercendo-se *somente através do controle acionário*, o qual implica controle indireto de uma sociedade no atuar das demais. Em tais casos, não obstante cada sociedade conserve personalidade jurídica autônoma, o grupo adquire, muitas vezes, relevância jurídica, impondo que as diversas sociedades envolvidas sejam contempladas em sua unidade"[453].

Além de Gustavo Tepedino, outros juristas de peso também verificaram que a regra é associar os grupos de fato a algum tipo de relação acionária ou participação no capital social, como aduziu Sandra Yuri Yonekura, ao afirmar que os grupos de fato são aqueles que se relacionam mediante a participação acionária de uma sociedade em relação às outras[454]. O próprio Fabio Konder Comparato, embora numa constatação recebida com ressalva por alguns, assumiu que, pela hermenêutica da LSA, os

---

[453] Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades. *Exemplar gentilmente cedido pelo Autor*, p. 4.

[454] YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005, p. 54.

pressupostos para a aplicação normativa da disciplina dos grupos de fato são os critérios de controle e coligação[455] *em que haja uma relação acionária*.

Na prática empresarial, é possível constatar uma séria de agrupamentos societários de fato sem que haja unidade de direção, eis que os grupos de coordenação (horizontais) travam relações de interesse comum com independência decisória entre seus componentes. Já nos grupos de fato por subordinação, travados com base em participações acionárias, existe uma direção econômica unitária, de modo que as decisões mais importantes sobre a vida societária não são mais tomadas na assembleia geral de cada sociedade, mas no âmbito da controladora ou do administrador comum, como alude Eduardo Secchi Munhoz, para quem, nos grupos de subordinação, a assembleia geral das sociedades controladas transforma-se em mera formalidade legal, numa etapa burocrática a ser cumprida pela controladora, para a imposição de sua vontade. Assim, a direção unitária se exerce, na prática, por meio de determinações e orientações emanadas diretamente dos administradores da sociedade dominante para as dependentes, o que contribui para o esvaziamento da assembleia geral dessas. Em suma, as decisões sobre as questões mais importantes da vida das sociedades dependentes não são tomadas no âmbito de seu órgão deliberativo, mas no âmbito dos órgãos da dominante[456].

Fábio Konder Comparato aí perfilha-se ao afirmar que no grupo econômico de subordinação as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial, pois é a sociedade controladora que toma, soberanamente, as decisões mais importantes, em matéria de investimentos imobiliários, de participações societárias, de criação de sucursais, de linhas de produção, de empréstimos a longo prazo, máxime de empréstimos debenturísticos, de abertura do capital, e até mesmo, às vezes, quanto aos critérios de contratação de empregados de nível superior e de outorga de poderes de representação[457]. Não há dúvidas de que nos grupos de fato em que há subordinação há um arrefecimento do poder decisório dos órgãos deliberativos,

---

[455] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 200.

[456] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 42, abr./jun. 2004.

[457] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 357.

mas considerá-los sem eficácia caracteriza exagero, uma vez que o controle pode ser exercido em prol dos interesses da própria controlada. A existência do grupo de fato por subordinação não deve sublimar a independência e autonomia das pessoas jurídicas que dele participam, ainda que na prática o pendor das decisões seja suportado por uma controladora.

Todas essas considerações, contudo, referem-se, tão somente, a grupos de fato em sentido estrito, quando entre as sociedades há relações de capital ou alguma formalidade registral entre elas, como no caso dos consórcios e, em especial, quando uma delas está no comando das decisões sociais.

Mas o que fazer se, no caso concreto, não houver qualquer participação direta ou indireta de uma companhia/sociedade em relação a outra?

Cabe agora perquirir se, além dessas modalidades de grupos societários de fato, pautados em participações societárias e coligações, pode se falar em grupo de fato, sem que haja qualquer relação de capital entre as sociedades.

2.3.3 Grupos societários de fato *lato sensu*

A pergunta central é: pode existir grupo societário de fato sem que haja qualquer relação acionária?

A Lei 6404/76, embora pioneira no tratamento dos grupos societários no Brasil, não reconheceu, como fez o direito alemão, a possibilidade da relação de dominação entre as sociedades ser derivada de relação contratual, independente de participação societária. Para a legislação pátria, a dominação ou controle deriva sempre da relação *interna corporis,* ou seja, da participação societária suficiente a determinar as deliberações da assembleia geral e a eleição da maioria dos administradores ou conselheiros[458].

[458] FRANCO, Vera Helena de Mello. Concentração de Poder Econômico e Grupos Não Acionários perante a ótica do Código Civil. *Revista dos Tribunais,* v. 908, p. 220-221, jun. 2011. Ressalta ainda a autora: “A par disto, a Lei Acionária somente reconheceu grupos de sociedades e não grupos dos quais participem empresas, como faz o modelo do *Konzern* alemão. Os grupos de empresas, assim considerados como tais, são somente objeto de consideração no direito do trabalho (art. 2° da CLT) ou daquele da concorrência”.

Tullio Ascarelli ressalta que, ao se utilizar as expressões (controladas e coligadas) em sentido amplo, a referência serviria em todo e qualquer caso em que, entre as sociedades, houvesse uma conexão econômica, qualquer que fosse o instrumento jurídico usado, havendo ainda controle toda vez que tal conexão fosse de molde a acarretar a possibilidade de uma sociedade influir decisivamente sobre a outra[459]. Com efeito, valendo o sentido amplo dessas expressões, a coligação, com ou sem controle, poderia resultar dos mais variados contratos jurídicos, desde aluguel de estabelecimentos; contratos de venda; compra e representação com exclusividade; contratos para exploração de patentes; contratos de consórcio e cartel; identidade de diretores (*interloking directorates*), participação de uma sociedade em outra; e ainda outros vários formatos[460]. Nessa esteira, entrariam ainda os acordos parassociais[461] e as relações econômico-fáticas de dependência[462].

Cabe detida análise sobre cada situação concreta para se reconhecer que as relações societárias da contemporaneidade saíram do modelo até bem pouco tempo existente, da estrutura organizacional da sociedade multinacional tradicional dos grupos de subordinação, em que há uma sociedade com controle acionário e várias controladas, hierarquizando-se sob a forma piramidal com a *holding* no topo da pirâmide, para um fenômeno de vinculação entre as unidades empresariais por meio de

---

[459] Mais uma vez cabe rememorar as palavras de Tullio Ascarelli, lembrando que, além dessa coligação jurídica, no sentido estrito de uma participação societária de uma sociedade em outra, há coligações oriundas de outras formas de conexões econômicas, obtidas por meios de mecanismos jurídicos diversos, podendo, inclusive, ocasionar o controle de uma sociedade sobre outras, sem que haja participação formal no capital social. In: ASCARELLI, Tullio. Questões a Respeito das Sociedades Coligadas. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 693.

[460] Ibidem, p. 693.

[461] Sobre os acordos parassociais, merece menção o trabalho desenvolvido por Mariana Conti Craveiro. Na obra, a autora ressalta que o conceito da sociedade empresarial moderna tornou-se complexo ao criar um nodo negocial frequente para atender à função econômica expressa na associação entre as partes interessadas em desenvolver atividade econômica conjunta. Este fenômeno traduz-se na 'contratualização' do direito societário *(contractualisation du Droit des Societés)*, emergindo assim para complementar e enriquecer a disciplina legal, tanto pela introdução de cláusulas estatutárias especificamente talhadas, como, especialmente, pela celebração de contratos que, no jargão internacional, são genericamente designados como "shareholders agreements'. Dentre esses contratos, estão os acordos de associação e os contratos parassociais, que são instrumentos com capacidade de influir na organização e/ou no funcionamento da sociedade, visto que, visto que, podem incidir diretamente sobre a vida da sociedade e sobre a determinação de sua ação, invadindo juridicamente a esfera de seus direitos e a competência de seus órgãos. Em CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre Sócios: Interpretação e Direito Societário.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 37-44.

[462] ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 73.

uma rede de contratos societários, sem que haja participação de capital[463]. Nas palavras de José Antunes, os grupos de fato se identificam pelo conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum, embora conservem as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas[464], sem que para tanto se faça necessária qualquer participação de capital.

Dada a infinidade de contratos que podem ser firmados, assenta a dificuldade em identificar os casos em que há a formação de um grupo societário de fato em sentido amplo e quando, em termos de consequências jurídicas, a identificação desse grupo pode relevar para o direito.

Há contratos que geram uma relação societária reticular pelos quais se identificam parcerias, sem que se possa concluir, em todas estas relações, pela formação de grupo de fato *lato sensu*. À guisa de exemplo, mencionam-se as cessões de uso de marca; as *joint ventures*; as sociedades em conta de participação; dentre tantos outros. O simples fato de sociedades se interligarem por meio de contratos não significa, necessariamente, que formam um grupo. Do mesmo modo, a verificação de conexão econômica entre sociedades não acarreta, invariavelmente, que haja dependência financeira entre elas.

Em segundo lugar: ainda que se caracterize o grupo, pode ser que em seu âmago não se identifique uma relação de controle. Por outras palavras, o grupo de fato *lato sensu* que releva ao presente estudo é aquele no qual se identifica a presença do poder de controle em sentido amplo. Ainda que haja uma rede de contratos identificando um determinado grupo de sociedades, se no caso concreto cada sociedade mantiver a sua independência com relação às decisões societárias e se for, simultaneamente, economicamente independente, o controle não se fará presente. Por outro lado, a grande novidade sob o aspecto jurídico é que os grupos de fato *lato sensu* têm se organizado por meio de uma estrutura de controle societário externo sob a forma contratual, abandonando a técnica da participação acionária, mas formando, ainda assim, uma rede grupal em que a sociedade controladora (*broker*) assume

[463] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 40,out. 1996.
[464] ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedida, 2002, p. 24.

exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras sociedades fornecedoras de componentes ou matéria-prima, por exemplo, tratando-se de um novo panorama de organização estrutural da atividade empresarial[465]. Nesse cenário, nota-se, claramente, que o poder de decisão e o poder econômico está centralizado em uma única sociedade do grupo, ainda que essa não tenha qualquer controle ou mesmo participação acionária. Há entre as sociedades que compõem esse tipo de grupo de fato *lato sensu* uma dependência, uma subordinação fática.

A identificação da subordinação em um grupo de fato *lato sensu* é sutil e passa, necessariamente, pela análise de alguns aspectos do caso concreto, dentre os quais menciona-se, sem querer exaurir as possibilidades:

a) Há uma sociedade do grupo que figure como uma adquirente ou fornecedor exclusivo das matérias-primas?
b) Há uma sociedade no grupo que detenha *know-how* próprio, que precisa ser compartilhado pelas demais sociedades por meio de contrato de cessão?
c) Há diretores comuns?
d) Há empregados comuns?
e) Há contratos exclusivos de fornecimento?
f) Há remessa de *royalties* para sociedades fora do país?
g) Há utilização de marcas comuns entre as sociedades?
h) É possível identificar algum interesse ou objetivo comum do grupo?
i) Há entre as sociedades contratos de regulação de preços?
j) Alguma das sociedades do grupo exerce monopólio ou domínio de mercado?
k) Há identidade de endereços e/ou de administradores?

Afora isso, há uma variedade de situações fáticas que se apresentam como indicativas de formação do grupo societário, tais como centralização de políticas trabalhistas, financeira e de investimentos comuns; utilização comum de nome comercial, produtos, campanhas publicitárias, marcas, uniformes, instruções diretivas

[465] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 40, out. 1996.

comuns, *plafond* ou limite para transações, manual de instruções comum de produtos e serviços, dentre outros[466].

Esses pontos são meramente exemplificativos e não exaustivos e, além disso, o caso concreto requer a combinação de vários destes aspectos para que se possa demonstrar, cabalmente, que há uma relação de controle e subordinação que, no mais das vezes, se traduz numa espécie de dominação econômica de uma sociedade sobre as demais.

Um conceito que pode ser útil para a identificação de um grupo societário em sentido amplo é a abandonada figura do "sócio oculto". Com efeito, viu-se que nos grupos de direito há o exercício do controle permanente por meio da convenção; nos grupos de fato por subordinação, há atos societários e estatutários que demonstram o vínculo de controle, e, nos grupos de fato *lato sensu,* deve-se poder inferir, na prática, que há a figura de um sócio oculto controlador (pessoa física ou, no mais das vezes, jurídica) dirigindo o caminho social de suas controladas, sem com essas manter qualquer vínculo formal[467] ou relação acionária.

Retomar o conceito de sócio oculto, nesse passo, é oportuno para caracterizar a forma como o controle é exercido em um grupo societário de fato *lato sensu*. Com efeito, o Código Civil de 2002, bem como as leis comerciais mais recentes, não abordaram a existência dos sócios ocultos. Mesmo na sociedade em conta de participação, em que é característica a presença de tal figura, o NCC substitui sua denominação por sócio participante. De toda sorte, o sócio oculto que se busca caracterizar no grupo societário de fato em sentido amplo não se confunde com aquele da sociedade em conta de participação, pois nesta o sócio participante (oculto) não age em nome da sociedade, o que é feito pelo sócio ostensivo[468]. Já nos grupos de fato *lato sensu*, o sócio oculto será aquele que, justamente, exercerá o controle (exercício do poder de controle).

No intuito de construir uma hermenêutica para o conceito de sócio oculto, demonstrando-o intrínseco ao ordenamento jurídico pátrio no que tange às normas

---

[466] BELTRAN, Ari Possidonio (Coord.). *A União Europeia e o Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 111.
[467] Um contrato registrado, como o consórcio.
[468] A sociedade em conta de participação encontra-se regulada nos artigos 991 a 996 do Código Civil de 2002.

societárias, malgrado adormecido nas leis vigentes, invoca-se o artigo 305 do Código Comercial de 1850, que assim dispunha:

> CC 1850 - Art. 305 - Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos **próprios** de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.
> Desta natureza são especialmente:
> 1 - Negociação promíscua e comum.
> 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum.
> 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública.
> 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum.
> 5 - A dissolução da associação como sociedade.
> 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais.
> 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social.
> 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes.
> 9 - O uso de nome com a adição - e companhia.
> **A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos**. (grifo nosso).

Esse artigo, embora tenha sido revogado pelo Código Civil de 2002, mostra-se muito atual e afeto ao tema ora abordado, uma vez que serve de arcabouço para caracterizar o controle oculto exercido pela sociedade dominante em um grupo de fato em que não há qualquer participação de capital. Ou seja, nesses casos, a controladora é sócia oculta “majoritária” de sua controlada ou controladas.

Assim, ainda que não expressamente presente na atual lei civil, o conceito de sócio oculto, entendido como aquele que participa efetivamente da atividade empresarial de outrem, está presente no ordenamento brasileiro, especialmente através do exercício de poder do controlador nos grupos societários de fato *lato sensu*.

Conflui para tal entendimento o também já revogado artigo 6° da Lei 7661/45, que disciplinou a responsabilidade solidária, dentre outros, do sócio oculto, a ser apurada mediante processo ordinário no juízo de falência. Ora, na melhor exegese, o artigo 82 que lhe veio a substituir na Lei 11101/2005, ao tratar da responsabilidade pessoal dos sócios controladores, há de fazê-lo também no que concerne aos controladores de fato, embora o texto legal não os mencione expressamente. Inadmitir tal interpretação extensiva seria negar o avanço legislativo, à luz do que já se encontrava regulado nas ordenações pretéritas, e ignorar o sentido unitário da LRE,

que em seu artigo 179, na seara criminal, menciona os sócios administradores de fato, nos seguintes termos:

> LRE. Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, **de fato ou de direito**, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade (grifo nosso).

Embora a matéria do sócio oculto não tenha merecido maior relevo da doutrina, Comparato não deixou de enfrentar o tema e considerou que é possível identificar um sócio oculto pela detenção do poder de controle (controle de fato) no agente que, além de gerir, aufere proveitos da sociedade controlada. Para ele seria importante que esses "proveitos" tivessem a forma de "lucros", para bem caracterizar a condição de sócio[469], restando evidente que tal situação traduz-se numa participação dos resultados sociais positivos, ou seja, proveito econômico. Agora, caracterizada a sociedade de fato, em que há a figura daquele que gere a sociedade externamente, auferindo proveitos e vantagens de seus resultados, dúvidas não há de que é possível o enquadramento como sócio oculto desse gestor, trazendo-o a responder pelos atos praticados, seja por meio do artigo 990 do Código Civil[470], seja pelo remédio da desconsideração da personalidade jurídica, se necessário. Comparato salientou que tal responsabilização, inquestionavelmente, é equiparada ao sócio oculto da sociedade anônima[471].

Destarte, buscando-se consolidar o conceito de grupo de sociedades de fato em sentido amplo, lança-se mão dos dispositivos que atualmente regulam os grupos de direito, aliados à hermenêutica dos textos legais pátrios que, em anterior período,

---

469 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 495. Aduz o autor: "Assim, é preciso que o agente tenha auferido proveitos na forma de lucros para caracterizar a sua condição de sócio e, portanto, a sociedade de fato. A mera gestão, como controlador externo, pode equipará-lo, para fins de responsabilidade, ao administrador, mas não ao sócio (oculto)".

470 Código Civil. Art. 990: Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

471 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 497. Nas palavras do autor: "Na verdade, existe um princípio geral de responsabilidade do sócio oculto. Esse princípio já vinha previsto nos arts. 304 e 305 do Código Comercial (já revogados), que estabelecem a responsabilidade pessoal dos sócios nas sociedades de fato e nas sociedades irregulares. O Código Civil de 2002 veio a consagrar o princípio mais amplo na matéria, prevendo em seu artigo 990 a responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios – excluídos no que concerne à subsidiariedade os sócios que por ela contratarem – desse tipo de sociedade *(ao qual é de se equiparar o sócio oculto da sociedade anônima*)" (grifo nosso).

trataram de caracterizar o sócio oculto nas sociedades comerciais, e isso serve, inclusive, para a (covarde) figura que se esconde por trás dos “laranjas”.

Aliado a esse conceito de “sócio oculto”, o controle econômico que esse poderá exercer é que, ao fim e ao cabo, permitirá que uma sociedade (oculta) dite as regras e tenha influência decisiva sobre as outras. Assim se posicionou Tullio Ascarelli ao afirmar que há sociedade controladora *lato sensu* sempre que a conexão econômica entre as sociedades for de tal ordem que possibilite a influência decisiva de uma sobre as demais[472] e, em uníssono, vociferou Waldírio Bulgarelli, ao analisar o mesmo tema hodierno dos grupos sem participação acionária, que a orientação atual tem sido a de “agrupamentos” por meio de contratos de regulação de preços e de produção, ou ainda de controle externo de vários tipos, sempre havendo a presença do controle econômico[473].

Constata-se, pois, que, embora a lei acionária brasileira ainda esteja arraigada no conceito de poder de controle vinculado à propriedade das ações[474], ou quotas de capital, isso há muito já está ultrapassado na prática societária. Prática essa que melhor se aproxima do que restou expresso na lei alemã sobre a matéria, pois, naquele ordenamento, conforme já mencionado, constitui-se um *Konzern* (grupo) sempre que presentes a subordinação, a dependência e a direção unificada, independentemente da forma como o grupo se formou. Nesse aspecto, merece menção o § 17 (1) da lei tedesca, pelo qual as empresas do grupo, apesar de serem juridicamente autônomas, sofrem uma influência dominante de sua controladora, de forma direta ou indireta[475].

Para o direito alemão, a influência dominante cria o grupo de fato em sentido amplo, seja qual for o meio através do qual tenha sido alcançada. Quer tenha sido por um meio de direito, como a detenção majoritária do capital, quer tenha sido por um meio de fato, como acordos de cooperação e a existência de dirigentes comuns, a

---

[472] ASCARELLI, Tullio. Questões a Respeito das Sociedades Coligadas. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 693.
[473] BULGARELLI, Waldirio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975, p. 14-15.
[474] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 201.
[475] AktG § 17 (1). Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.

dependência e a presença de uma direção unificada são caracterizadores do grupo de fato[476].

Também em cotejo com o que dispõe a legislação alemã desde 1937, o tema foi enfrentado por Comparato e Calixto Salomão Filho, reconhecendo-se a existência de uma situação de controle não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas quando presente, direta ou indiretamente, a chamada *(beherrschender Einfluss)*, ou influência dominante, que, para os autores, traduz-se nas situações em que, mesmo sem a existência de um controle no sentido societário, há o poder de dirigir a atividade e modificar estruturalmente a sociedade, produzindo efeitos de concentração econômica[477], como ocorre nos grupos *lato sensu*.

Sobre a influência dominante no direito alemão Heinz-Uwe, Dettling explicou que essa influência não precisa ser exercida na prática, embora precise potencialmente existir. A existência do potencial exercício da influência dominante pode ser observada sob o ponto de vista da empresa dominada, sendo certo que ela será presumida sempre que esse potencial originar-se de quem detém a maioria da participação societária ou da participação no negócio[478].

José Antunes também analisou o conceito de influência dominante e, embora a considere um tema por demais genérico, contextualizou-a como a circunstância de uma sociedade dispor de meios para submeter à sua vontade as sociedades dependentes, influindo em seus processos decisórios internos[479]. Koury, de forma complementar, tentou delimitar a influência dominante, ancorando-se também no texto da Exposição de Motivos da lei alemã de 1965, em que aparece como critério determinativo da existência de uma direção unificada a constatação de uma política econômica geral do grupo, ou seja, está presente o objetivo de formar uma unidade econômica funcional.

---

476 COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 113.

477 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

478 DETTLING, Heinz-Uwe. Die Entstehunsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965. Tübingen: Mohr, 1997, p. 98. No original, o autor assim escreveu: “Die Beherrschung muss nicht tatsächlich ausgeübt werden, ausreihend ist die Möglichkeit hierzu. Ob die Möglichkeit zur beherrschenden Einflussnahme besteht, ist aus der Sicht des abhängigen Unternehmens zu bestimmen. Heute geht man bereits dann von einem beherrschenden Einfluss aus, wenn das Einflusspotential dem einer Mehrheitsbeteilung entspricht”.

479 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 453.

Por sua vez, essa influência (econômica) dominante poderia ser exercida nos grupos por meio de instruções que influam na administração diária das dominadas, caracterizando a unidade de direção[480]. Na lei alemã, a influência dominante é expressamente prevista nos grupos contratuais, que são resultantes da sujeição de uma "empresa" a outra, em decorrência da existência de um contrato (ou uma rede de contratos) celebrado entre as partes, com o objetivo de formar uma unidade econômica funcional, tais como contratos de dominação, de transferência de benefícios, de arrendamento de estabelecimento e de cessão de exploração de "empresa"[481].

Com efeito, não é tarefa fácil traçar parâmetros para delimitar o que seria a influência dominante, sendo essa melhor verificada na análise do caso concreto. O que se pode concluir é que, para se caracterizar, deve estar presente uma dependência efetiva por meio de uma influência permanente e não apenas pontual. Por outras palavras, a análise do caso concreto deve ser capaz de demonstrar que a relação societária entre as integrantes do grupo de fato reveste-se permanentemente de uma dominação de uma sociedade sobre as demais. Nesse particular, a influência dominante se equivale do exercício do poder de controle, como bem destacado por Comparato e Calixto Salomão Filho, nas palavras que merecem transcrição *ipsis litteris*:

> A noção de 'influência dominante' é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade, abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades) como o externo[482].

Logo, a influência dominante presente nos grupos de fato *lato sensu* é o poder de controle, sem fulcro em atos societários de participação recíproca. Por outras palavras, *a influência dominante nada mais é do que o exercício do poder de controle não revestido de formalidades estatutárias,* mas a esse equiparável em todos os aspectos práticos e, como tal, torna-se ponto nevrálgico para a análise que se pretende tecer.

---

480 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114-115.
481 Ibidem, p. 115.
482 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

2.4 **O exercício do poder de controle como situação de fato**

Constata-se que, na mesma medida em que a noção de controle é fundamental para a caracterização do grupo de sociedades de direito, o é para o grupo de fato no exercício de influência dominante, uma vez que pelo controle se assegura a coesão e se possibilita a dominação ou o poder de uma sociedade em relação a outra ou outras[483]. Vale, assim, dizer que o espírito da formação do grupo de sociedades, seja de direito ou de fato, passa pela concepção do controle e da unidade de direção[484].

Atualmente, encontra-se com frequência relações societárias com alto grau de sinergia, fazendo despontar em importância a lei societária, que permite o exercício eficiente do poder de controle, sujeitando-o, contudo, a certos limites, visando à proteção da companhia, dos acionistas minoritários, do mercado em geral e do interesse público[485]. Tomando por empréstimo, mais uma vez, os dispositivos da legislação acionária de forma analógica, encontra-se, no artigo 243 § 2°, a conceituação de controle, como a participação direta ou indireta de uma companhia em relação a outra, de tal modo que seus direitos de sócio lhe assegurem, permanentemente, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Pela letra fria da lei, o artigo 116 da lei acionária regula o acionista controlador como sendo a pessoa física ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum que, seja 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, e, ainda, use efetivamente seu

---

[483] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59-60.

[484] Ao longo do desenvolvimento do projeto, quando se tratar das hipóteses, discutir-se-á se a desconsideração em sede de grupos não pode também ser estendida para os casos de grupos de coordenação, como por exemplo, os consórcios de fato ou de direito. Nos grupos de coordenação não há, necessariamente, um controle comum, o que por si não afasta a aplicação da desconsideração em casos de confusão patrimonial, fraude, abuso do direito ou desvio de função.

[485] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-31.

poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento da companhia[486]. No parágrafo único desse artigo, destaca-se o compromisso do controlador em usar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, assumindo deveres para com a companhia e a própria comunidade em que atua. Aliás, a sociedade anônima controladora tem a mesma responsabilidade que a lei imputa ao controlador pessoa física por abuso do poder de controle[487].

Contudo, cabe destacar que essa relação intrínseca criada ao longo dos anos entre controle e propriedade acionária encontra-se superada e esta superação precisa ser encarada de frente, não só pelos doutrinadores, mas também pelos tribunais pátrios, culminando, quiçá, em revisão legislativa. Se o direito societário tradicional fundava-se no princípio da correspondência entre poder de gestão e responsabilidade, como ditava a máxima tedesca do "*keine Herrschaft ohne Haftung",* atualmente ultrapassou-se esse dogma com a distinção trazida pelo direito acionário entre participação no capital e administração da companhia, admitindo que os administradores não participem do capital social, o que nas sociedades mercantis tradicionais era impensável. E a mais recente evolução econômica trouxe mais uma transformação com o surgimento das macrocompanhias de capital aberto, que contam com centenas de milhares de acionistas, de onde emerge o controle minoritário puramente administrativo ou gerencial, em que a própria correspondência entre poder e risco deixa de existir: o titular do controle não é mais o grande capitalista e pode nem mesmo possuir ações[488]. Comparato traduz essa inovação como uma dissociação

---

[486] Lei 6404/1976. Artigo 116: Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e;
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
Parágrafo Único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[487] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 488-489. v. 3.

[488] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 433-434. Nas palavras dos autores: "O que nas sociedades mercantis tradicionais constituía, destarte, uma responsabilidade do sócio, correspondente ao seu poder de gestão, na sociedade anônima transformou-se em simples risco sobre o montante do investimento acionário. Quem investe mais arrisca mais, porém, não responde, em hipótese alguma, pelas dívidas sociais. O grande acionista tem maior poder decisório em assembleia, de acordo com o

subjetiva, uma vez que a tradicional responsabilidade dos administradores sociais por atos culposos, devidamente provados, transformou-se em responsabilidade com culpa presumida, vindo, finalmente, a transmudar-se na responsabilidade de quem exerce o controle. Logo, a antiga vinculação entre responsabilidade e poder de gestão cedeu lugar a uma relação entre responsabilidade e poder de controle[489].

Ao abordar o tema, Valéria Medeiros acentua que a propriedade e o poder diretivo não andam juntos, na medida em que um pode existir sem o outro. O controle, segundo a autora, pode, inclusive, ser exercido por acionistas minoritários[490] ou por pessoas que sequer sejam acionistas, tornando-se, assim, o grupo societário de fato consentâneo com o pluralismo do capitalismo moderno. Logo, o grupo exterioriza a concentração nessa pluralidade, compondo-se de entidades autônomas submetidas a uma unidade de direção[491]. Por outras palavras, é o mesmo que dizer que controle e participação acionária não caminham juntos e, aliás, se antes trilhavam a mesma senda, hoje apartaram-se e desassociaram-se, não podendo mais ser confundidos.

Em sua tese de doutoramento, Viviane Muller Prado observou que a titularidade do poder de comando pode ser alcançada com o uso de diferentes instrumentos jurídicos, não se originando, necessariamente, na posição de sócio e na participação no capital da sociedade. Para a autora, uma vez que o "centro decisório último" pode estar tanto dentro dos órgãos sociais, como fora da estrutura societária, faz-se necessária a análise de elementos de fato para encontrar o título legitimador do poder no caso concreto[492].

---

princípio capitalista da equivalência entre voto e quota de capital. Mas esse poder decisório, que pode ser soberano, quando o acionista é titular do controle, não acarreta, nunca, a supressão da rígida separação entre o seu patrimônio pessoal e o da companhia".

[489] Ibidem, p. 435.

[490] Fábio Konder Comparato em seu texto Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 74-75, adverte expressamente que: "Nas grandes *corporations* norte-americanas, ou nas macroempresas nipônicas, a participação acionária diluiu-se a tal ponto que o maior acionista, ou o conjunto de maiores acionistas, não chega a deter 10% do capital social. A organização empresarial, analogamente à sociedade política, cria um poder ativo, de efetivo comando decisório enucleado em alguns diretores, ou ostensivamente no *chief executive,* e um órgão sutorizador e fiscalizador, que é o conselho de administração e não mais a assembleia geral" (grifos do autor).

[491] ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. Dos Grupos de Empresas e seus Reflexos nos Direitos dos Trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 40, nov./dez. 1987.

[492] PRADO, Viviane Muller. *Interpretação da Regra de Conflito de Interesses nos Grupos Societários de Fato Conforme a Lei 6.404/76*. 2004 Tese (Doutorado em 2004) – USP, São Paulo, 2004, p. 48.

Ives Gandra da Silva Martins destacou ainda que o fenômeno jurídico do controle externo está ligado muito mais à atividade exercida pela companhia do que ao tipo societário, propriamente dito, o que pode, na prática, levar à conclusão de que esse controle pode afetar tanto uma sociedade anônima, como qualquer outra forma de sociedade[493].

O autor pátrio que mais se dedicou à análise do tema talvez seja Fábio Konder Comparato, o qual há muito constatou que, à medida que a atividade empresarial cresceu e tornou-se mais complexa, mais evidenciou-se a separação entre proprietários e controladores[494]. Em suma, obteve-se o controle sem o ônus da propriedade, ou o poder sem o risco[495]. É também de Comparato a máxima de que não se deve mais confundir propriedade com poder de controle empresarial, ou seja, o poder sobre o capital não é o mesmo poder de organizar e comandar as forças produtivas[496]. Exaure ainda o autor ao afirmar que não cabe mais confusão entre o direito sobre o capital (que é a propriedade dos bens de produção) e o poder de controle empresarial, que consiste na organização e comando das forças produtivas[497].

Veja-se, pois, que há um grande *gap* entre a realidade contemporânea e a legislação pátria no que concerne a grupos de fato sem participação acionária e ao exercício de controle dentro desses organismos, que é cenário que não encontra respaldo no direito civil brasileiro. Mau comparando, seria o mesmo que inadmitir a posse sem o *dominus.* Utilizando a doutrina clássica dos direitos reais para cotejar os institutos, vê-se que o exercício do poder de controle aproxima-se da posse (*possessio*), cuja expressão, aliás, assenta-se no sentido de *poder.* Sem embargo dos diferentes entendimentos, passando ao largo das visões subjetiva (Savigny) ou objetiva (Ihering) sobre a posse, em todas as escolas está sempre em foco a ideia de que a posse traduz uma situação de fato em que uma pessoa, independentemente de ser ou

---

493 MARTINS, Ives Gandra da Silva. As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*, Lonfrina v. 7-8, p. 57, 2003-2004.
494 COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 74.
495 COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978, p. 195.
496 COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 74.
497 Ibidem, p. 74.

não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a, dizendo-se ainda que o ponto de partida de toda teoria sobre a *posse é o poder* efetivo sobre uma coisa, senhorio esse que pode exercer qualquer pessoa, física ou jurídica[498]. A posse é um estado de fato que submete as coisas ao exercício de um poder[499] e, nesse aspecto, muito se aproxima do poder de controle empresarial.

Já a propriedade em seu conceito clássico, como cediço, traduz-se no domínio, que é um direito real vinculativo entre a coisa e seu dono, que dela pode usar, gozar e dispor[500]. Obviamente, já não se duvida que a matiz constitucional de propriedade é bem mais ampla, tendo se afastado deste tradicional entendimento do direito civil para incluir na propriedade bens sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real no sentido estrito e técnico do termo[501], como ocorre com a propriedade dos bens de produção, também chamada propriedade do capital produtivo[502].

Ora, assim como sedimentada está a distinção entre posse e propriedade, embora ambas vertentes do direito real, já se faz hora de apartar, inclusive conceitualmente, o poder de controle da participação acionária, uma vez que é óbvio e ululante que o controle societário em muito ultrapassa os efeitos da mera propriedade das participações de capital[503]. Por isso, quando o legislador insiste em falar em "acionista controlador", dando tratamento uníssono a conceitos distintos, mostra-se em descompasso com a realidade fática.

A causa dessa persistente confusão parece originar-se do fato de que o poder de controle fundou-se, originalmente, na propriedade do capital ou nos títulos-valores representativos do capital da empresa. Contudo, na larga medida em que se redesenhou a estrutura empresarial, a legitimidade do poder de controle com fulcro na

---

498 *Institutos de Direito Civil. Direitos Reais.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 16-20.
499 GOMES, Orlando. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17. v. IV.
500 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73-74.
501 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, p. 43, out. 1996.
502 COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 72. Acrescenta o autor neste trecho: "Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor".
503 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 74.

propriedade está há muito superada[504]. O sentido e alcance dessa visão contemporânea externada por Caio Mário, ao reconhecer que, com a concentração do poder econômico tornou-se necessário imprimir ao domínio maior flexibilidade, já que certos empreendimentos requerem disponibilidades enormes, em consequência de que institui-se a empresa como organização econômica dentro da qual se fragmentam os direitos de cada um e, em vez de o investidor apresentar-se como titular do domínio (proprietário) sobre bens de valor imenso, desloca-se para a empresa o *ius dominii,* dispersando-se por um sem-número de sócios ou acionistas os direitos expressos em títulos representativos de uma espécie de propriedade usufrutuária. Assim, em uma empresa administrada por um grupo controlador fragmenta-se a propriedade, entre o controle do acervo de bens que compõem a atividade e os indivíduos que concorrem para a formação dos recursos financeiros e têm seus direitos restritos ao gozo das vantagens ou rentabilidade do capital. Por isso, hoje em dia, arremata o autor, a tendência do controlador é não se preocupar com a detenção das ações ou de sua maioria quantitativa (maioria do capital), mas organizar-se estrategicamente de sorte a conseguir o controle[505].

A situação fática de controle foi abordada na obra de Ari Beltran para significar direção unitária em sentido amplo. Como fator integrativo fundamental para a configuração do grupo, esse surgirá quando houver controle unitário de empresas plúrimas autônomas entre si, *qualquer que seja a estrutura jurídica que as formalize*, ficando a cargo da imaginação do empresário criar a tipologia grupal[506]. Sob um aspecto mais econômico do que jurídico, a direção unitária traduz-se na existência de uma política econômico-empresarial geral e comum para o conjunto de sociedades agrupadas, chamado de plano corporativo, incidindo sobre os diversos aspectos setoriais do funcionamento das sociedades, tais como unidade de política comercial, política de produção e de vendas, política de investimentos e de gestão, assegurando a coordenação das atividades das várias sociedades componentes e a coesão individual

---

[504] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 77-78.
[505] PEREIRA, Caio Mario. *Institutos de Direito Civil. Direitos Reais.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87-88. v. IV.
[506] BELTRAN, Ari Possidonio (Coord.). *A União Europeia e o Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 110 e 111.

do conjunto, com a submissão das políticas individuais a uma política econômica geral emanada do núcleo dirigente do grupo[507].

Nesse passo, cabe, então, perguntar: a quem cabem os deveres inerentes à atividade empresarial, aos acionistas (sócios) ou ao controlador, partindo-se da assertiva de que, mui comumente, podem se tratar de pessoas (físicas ou jurídicas) distintas?

Para travar tal discussão, faz-se necessário distinguir as lesões internas que atingem os interesses dos minoritários, das lesões externas, que afetam o mercado, terceiros, ou a coletividade.

No primeiro cenário, há o denominado controle interno, cuja atuação restringe-se ao interior da própria sociedade e, por isso, parece fundar-se, unicamente, na propriedade acionária, pois sua legitimidade e intensidade dependem, em última análise, do número de ações ou votos de que se é titular, proporcionalmente à totalidade de sufrágios possíveis[508]. Com efeito, a definição do poder de dominação ou controle *dentro* da sociedade é sempre feita em função da assembleia geral, pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação que investe todos os demais e constitui sua última instância decisória, ressaltando-se que nem sempre o voto é exercido pelo acionista, podendo sê-lo por aquele que é titular de seus direitos, vislumbrando-se, assim, a possibilidade de dissociação fática entre a titularidade subjetiva das ações e o exercício dos direitos dessas decorrentes, tal qual o voto[509].

É bem verdade que a extrema dispersão acionária verificável em outros países, em especial nos Estados Unidos, onde as prerrogativas diretoriais estão quase que invariavelmente desassociadas da titularidade das ações em que se divide o capital social, ainda não chegou em larga escala ao Brasil, onde ainda se mantém extrema concentração acionária[510]. Por esse motivo é que, para o direito societário, no que

---

[507] ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 32.
[508] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.
[509] Ibidem, p. 50; 85.
[510] Ibidem, p. 71; 75. Sobre tais estatísticas, mencionou o autor: "De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America,* emitido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2003, mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas pesquisadas estão em mãos de um único acionistas, sendo que 65% das ações estão detidas pelos três maiores acionistas".

concerne à tutela da minoria (lesão interna a minoritários)[511], o conceito de controle fundado na titularidade de direitos de acionista é satisfatório, pois em sua esmagadora maioria origina-se em abusos decorrentes do exercício dos direitos de acionistas[512], exaurindo-se em responsabilização e perdas e danos, com base no artigo 246 e parágrafos da LSA[513]. Enfim, o controle interno exaure-se no seio da sociedade, residindo no poder de determinar as deliberações da assembleia geral, caracterizando-se toda vez que esse poder estiver em mãos de titulares de direitos próprios de acionistas, ou de administradores, pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto[514].

Por serem distintos os objetivos de cada ramo do direito quando se refere ao controle da sociedade empresária, é natural que os critérios adotados para certa disciplina revelem-se insuficientes para outra. Assim, se para o direito societário a participação no capital votante (titularidade de direitos de sócios) basta, em geral, para identificar o titular do controle e a tutela da minoria acionária, para outros ramos esse elemento não satisfaz. Nesse contexto, para disciplinar as relações entre os acionistas de uma sociedade anônima, com o objetivo de impedir que o abuso no poder de controle lesione interesses legítimos dos minoritários, a lei formula o conceito de

---

[511] A lei 6404/76 assegura em várias passagens os direitos dos minoritários. À guisa de exemplo, no artigo 123, parágrafo único, *b,* confere a qualquer acionista, ainda que detenha uma só ação, mesmo sem voto, o poder de convocar a assembleia geral, quando os administradores retardarem-na por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no estatuto. Ademais, qualquer acionista, detentor de ações com ou sem voto, que represente meio por cento ou mais do capital social, tem o direito de obter relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia enviou pedido de procuração, para o fim de remeter novo pedido, como consta do artigo 126 § 3°. Além disso, também para ilustrar as hipóteses trazidas pela lei, tem-se o artigo 239, pelo qual nas companhias de economia mista é assegurado à minoria o direito de eleger um dos membros do conselho de administração, se maior número não lhe couber pelo processo de voto múltiplo. Sobre o tema vide COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 62.

[512] COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 494-495. v. II.

[513] Lei 6404/76. Artigo 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

§ 1º A ação para haver reparação cabe:

a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;

b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

[514] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88.

controlador fundando-o na titularidade de direitos de sócios, no entanto estreita o âmbito de incidência da lei e deixa escapar a hipótese de controle externo[515].

Com efeito, há situações que extrapolam a seara interna da sociedade e que surtem efeitos *externa corporis*, não sendo possível dar-se uma resposta jurídica sob o prisma dos órgãos internos de controle, até porque este não está sendo exercido pela assembleia geral. A ideia de que uma influência dominante pode ser exercida por meios diversos do voto não é nova e encontra guarida na afirmação de que o controlador pode não ser, necessariamente, membro de qualquer órgão social, exercendo seu poder de dominação *ab extra*[516].

Felizmente, alguns campos da disciplina jurídica já contemplam padrões normativos que admitem os grupos societários de fato, inclusive considerando-os pelo controle externo com uma amplitude maior do que faz a lei societária, como se verifica em seara trabalhista, fiscal, concorrencial e até falimentar.

Mais recentemente, a resolução 10, que disciplina o artigo 90 da Lei 12529/2011 (SUPERCADE), considerou, em seu artigo 2[517], como associativos, em atos de concentração empresarial, quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência. Já é um avanço, embora adstrito a questões atinentes à concorrência.

O Código Civil e a lei societária (LSA), contudo, não trazem qualquer respaldo para este tipo de situação.

Chegou o tempo do ordenamento enfrentar a questão de quem exerce, efetivamente, o poder de controle nas sociedades. Ou melhor: de quem é a já mencionada influência dominante[518]?

---

[515] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 496. v. II.

[516] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.

[517] Resolução CADE n. 10, de 04/11/2014.

[518] Vale lembrar que a ciência política moderna procura distinguir a influência dominante do poder, pela ausência de sanção. Para Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, não se pode dizer que as hipóteses que a jurisprudência e a lei caracterizaram como "influência dominante" na sociedade anônima sejam, todas, despidas de sanção. O que há, segundo eles, é uma ausência de sanção jurídica, tudo passando, no mais das vezes, no plano puramente fático. Ver sobre o tema COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.

Ao se admitir que existe o poder externo de disposição sobre unidades juridicamente autônomas, mas economicamente dependentes, há de se travar a discussão do controle como posição de fato[519], que pode originar-se das mais diferentes formas, dando origem a uma relação jurídico-empresarial em que o controlador traça os rumos patrimoniais e empresariais da sociedade, mesmo sem a ela estar acionariamente vinculado.

O controle como situação de fato traz à tona a identificação de quem realmente tem o poder de direcionar os negócios da sociedade, por trás das participações societárias formais, colocando-se, com efeito, num patamar superior a qualquer posição acionária para encaminhar o destino empresarial. Foi nessa direção que a legislação concorrencial alemã de 1989, ao tratar das limitações à concorrência, usou o conceito de *wettbewerblich erheblicher Einfluss,* para referir-se à ideia de poder direcional dos negócios da empresa em situações que a noção de controle, típica do direito das sociedades, não contempla[520]. Nessa lei tedesca, direcionada especificamente para a repressão de concorrência desleal, está presente o já mencionado conceito de influência dominante como aquela exercida por quem, por qualquer razão, além dos poderes de titularidade de sócio, está em condições de impor o atendimento a seus interesses nas decisões que uma ou mais empresas adotem[521].

Eduardo Pimenta ressaltou que o controle, dada a sua extrema variabilidade, é melhor conceituado como uma noção de fato do que de direito, estando intimamente ligado às premissas de dominação e imposição de vontade própria a outrem, traduzindo-se num fenômeno fundamental da economia moderna, menos interessada no titular da riqueza do que na disciplina de quem a controla[522]. Uma importantíssima ressalva desse jurista encontra-se na afirmação de que o poder de controle é uma faculdade em potência, ou seja, é ter esse potencial de controlar. Todavia, nem sempre essa faculdade é posta em prática por quem potencialmente a detém. Por outras palavras, potencialmente quem tem o controle são os acionistas por meio dos órgãos

---

519 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.
520 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 497. v. II.
521 Ibidem, p. 497.
522 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 74-75.

sociais, mas, eventualmente, na prática, o poder está sendo exercido por outrem, que é o controlador de fato[523]. Eis pois o motivo de tratar-se muito mais de noção fática, aferível no caso concreto, do que jurídica. Assim, na linha do que defende Pimenta, cumpre apartar as figuras do controlador e do sócio controlador, uma vez que se os atos de controle se fundarem em cláusula contratual ou poder econômico e forem exercidos por figura alheia aos quadros sociais, inexistirá a figura do acionista controlador no caso concreto[524].

Esmiuçando a questão, é salutar enfatizar que o poder de controle, aqui utilizando-se o termo enquanto equivalente à influência dominante, para ser exercido, pode legitimar-se sob diferentes formas, como o poder político e administrativo, esses com fulcro no que dispõe o estatuto, e delibera a assembleia geral, aí calcada em participação de capital de quem detém os direitos de acionista ou sócio e na vontade social expressa soberanamente por meio da assembleia geral, mas também por meio de poder jurídico e/ou econômico, tendo-se o primeiro naqueles casos em que uma sociedade, através de seus representantes, confere, a uma outra pessoa ou grupo de pessoas, o poder de exercer, em relação àquela, os atos de controle societário. E, no segundo caso, do poder econômico, há a situação concreta em que a sociedade, por questões de ordem patrimonial (necessidades, vantagens etc.), transfere, de fato, o poder de controle a outrem, que vem a exercê-lo[525].

Nesse passo, merece ressalva que nem todo exercício de controle externo desemboca na constituição de um grupo de fato em sentido amplo. Por outras palavras, pode haver controle externo sem que se configure a formação de um grupo. Numa relação creditícia, por exemplo, são frequentes os contratos de empréstimo a uma

---

[523] Ibidem, p. 78-79. Nessas passagens aduz o autor: “Poder de controle é o controle em potência. Quem tem o poder de controle sobre algo ou alguém tem a faculdade de impor sua vontade à conduta deste último. Porém nem sempre esta faculdade é, de fato, posta em prática. Ter poder de controle é ter a faculdade de controlar. O controle societário somente existe se esta faculdade é realizada, colocada em prática pelo titular do poder.
Há controle societário quando de fato (e não apenas em potência) uma pessoa ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas fazem com que os atos de determinada sociedade se realizem de acordo com sua vontade. Quem impõe efetivamente sua vontade aos atos da sociedade não pode ser tratado e/ou conceituado da mesma forma que aquele ou aqueles que têm a faculdade (o poder) de impor sua vontade ao ente societário mas, de fato, não o fazem. Na primeira situação há controle societário; na segunda há poder de controle ou controle em potência, a faculdade de contorlar”.

[524] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 82.

[525] Ibidem, p. 78-79.

sociedade com a atribuição ao mutuante, em garantia do seu crédito de caucionar as ações do chamado bloco de controle[526]. Outra situação clássica de controle externo em que não há, *a priori*, constituição um grupo empresarial, origina-se no endividamento social derivado da emissão de debêntures. Tratando-se de crédito privilegiado e geralmente de montante elevado, a operação debenturística pode tornar a companhia emitente subordinada à influência dominante da massa de debenturistas, notadamente quando precária a situação financeira da devedora[527]. Em resumo, ao analisar-se o controle societário, não se deve confundir os conceitos de:

a) grupos de fato *lato sensu* em que a relação é horizontal por meio de inúmeras formas de interligação societária sem que haja qualquer supremacia ou poder de controle de um dos membros do grupo;
b) exercício de poder de controle externo, sem caracterização de grupo societário, como nas relações creditícias de banco e sociedades devedoras, por exemplo;
c) grupos de fato *lato sensu* em que estão presentes o exercício do poder de controle e a supremacia econômica do controlador, sem que haja qualquer relação de natureza acionária – eis o foco do presente ensaio.

O grande fator a gerar dificuldade no caso concreto e, em especial, para enquadrar e delimitar o que é, efetivamente, um grupo de fato *lato sensu* é que as possibilidades são infinitas, e as combinações de formas, redes, entrelaçamentos, são inesgotáveis, imensuráveis, impensáveis e, a cada dia, surgem novas maneiras de se constituir um grupo sem qualquer vinculação acionária, mas com poder de controle comum. Não há como o jurista ou o aplicador do direito se fechar em um modelo, um

---

[526] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91. A lei acionária brasileira, em seu artigo 113, não suprime o direito de voto do acionista caucionante, mas admite que se possa estipular no contrato que o acionista não poderá, sem o consentimento do credor caucionado ou pignoratício, votar em certas deliberações. Tais deliberações normalmente dizem respeito à alienação ou oneração dos bens constantes do ativo social imobilizado.

[527] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92. O autor ressalta que, entre nós, este controle externo dos debenturistas sobre a companhia emitente corresponde a uma situação mais de fato do que de direito, pois o direito brasileiro, tradicionalmente, não consagra nenhum direito de interferência dos portadores de debêntures sobre a vida societária.

conceito estanque. É preciso analisar detalhadamente e amiúde cada caso concreto, até porque num haverá uma rede de contratos, em outro não... Doutro, emergirá operações econômicas que denotem dependência, já ausente em outra situação... E por aí adiante.

Nesse diapasão, a análise do caso concreto para verificar a ocorrência do controle como situação fática é determinante para caracterizar um grupo de fato *lato sensu,* perquirindo-se:

a) Há como caracterizar uma unidade de direção dentre as sociedades integrantes do grupo?
b) Por quem é exercido? (pessoa física ou jurídica estranha ao quadro societário dos componentes do grupo – controle externo);
c) Este exercício é permanente?

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury destaca a unidade de direção como critério geral de identificação dos grupos, o efetivo controle, como o vínculo que une as sociedades de um mesmo grupo ou estas àquele a quem estão subordinadas, de forma intensa e permanente[528], não sendo necessário que tal efetividade se dê por meio acionário. Complementam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho que o foco identificador de grupos de fato, em sentido amplo, está no poder de disposição sobre unidades juridicamente autônomas, mas economicamente dependentes, destacando que o controle deve ser tanto dos rumos patrimoniais como dos rumos empresariais[529], de forma efetiva, caracterizando uma supremacia econômica.

Veja, pois, que há situações concretas em que não basta apenas socorrer-se das participações acionárias ou do exercício dos direitos de sócios ou acionistas para que a satisfatória resposta jurídica seja encontrada. Há casos em que se faz necessário investigar, ao lado desses ou para além desses, quem efetivamente está ditando as

---

[528] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58-59.

[529] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90. Na mesma obra, p. 97, os autores destacam que: "E dependência econômica é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo. As duas hipóteses (dependência econômica e controle externo) não se identificam, no entanto. A primeira procura individualizar situações negociais relevantes para o direito concorrencial, já a segunda é um conceito eminentemente societário".

regras, dando as cartas, comandando; quem está, enfim, com a posição fática de controle e poder.

2.5 **Os grupos de fato e o exercício regular de um direito**

A formação de grupos societários, contudo, *stricto* ou *lato sensu*, ou ainda a verificação do exercício do controle *externa corporis* não constituem medidas antijurídicas. Muito pelo contrário, traduz-se numa natural expansão da atividade empresarial, coadunando-se à realidade mundial contemporânea. É preciso separar o exercício regular de um direito dos casos anômalos.

Como fenômeno natural da economia contemporânea, os grupos fomentam o crescimento da economia e, muitas vezes, constituem eficaz mecanismo de progresso empresarial. Em suas considerações, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves verificou que a formação de grupos econômicos não é um ato antijurídico, representando, ao contrário, uma forma de se aumentar a produtividade e coordenar o processo produtivo entre as sociedades, a partir de metas traçadas por convenção ou contrato[530].

Conforme destacou Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, os grupos constituem um dos procedimentos concentradores mais apropriados para a obtenção de maior produtividade e maiores lucros, com menores custos, pois, através deles, submetem-se à unidade de poder diretivo empresas juridicamente independentes, mas economicamente unidas. Nesse modelo, a concentração empresarial por meio dos grupos tornou-se também eficaz para se obter o controle sem a propriedade, conforme já demonstrado[531].

Na obra organizada por Haroldo Verçosa, em texto de Eduardo Secchi Munhoz, o grupo destaca-se pela diversidade jurídica aliada à unidade econômica, resultando na chamada empresa plurissocietária, em que há a diversidade na unidade, emergindo como tendência irreversível para o progressivo apagamento da sociedade individualizada, ao que o autor chamou de *"passagem da era atomística à era molecular*

---

[530] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional*. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. Rio de Janeiro: Tese de Doutoramento, UERJ, 2003, p. 183.

[531] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57-58.

do direito das sociedades..."[532]. Para Munhoz, o grupo de sociedades é o mais importante protagonista do atual sistema econômico e isso decorre, fundamentalmente, de sua capacidade de aliar a necessidade de contínua expansão e concentração às exigências de flexibilidade e diversificação funcional, setorial e geográfica impostas pela economia globalizada. Assim, pela diversidade jurídica, o grupo tem a capacidade de organizar-se por meio de múltiplas estruturas em escala mundial, sendo capaz de rápidas modificações e desmobilização de capitais. Já a unidade econômica propicia a concentração de poder empresarial, indispensável para a obtenção de economias de escala e investimentos[533].

Com efeito, o irresistível impulso à economia que representam os grupos de fato, tanto em sentido estrito (quando há interligações de participações societárias e acionárias) e, em especial, em sentido amplo, não pode ser freado, e esse tipo de integração ou reunião empresarial merece maior atenção do legislador, notadamente para que seja possível separar o uso do abuso e, até mesmo, para não contaminar o inquestionável progresso trazido com o surgimento deste fenômeno grupal, que, aliás, para muitos, constitui-se hoje na principal técnica de organização empresarial[534]. Cabe rememorar que os grupos societários de fato continuam a ser incomparavelmente muito mais numerosos do que os grupos de direito, fazendo com que uma gama considerável de organizações societárias encontre-se excluída de regulamentação legal, inclusive por decisão dos próprios empresários, que entendem ser mais conveniente não legalizar os grupos econômicos criados[535]. Nessa esteira, até mesmo por serem numericamente superiores e muito mais utilizados do que os grupos de direito, não podem os grupos de fato ficar relegados a segundo plano ou à revelia do ordenamento. Tal situação de marginalidade passa a falsa impressão de que o fenômeno se trata de algo ilegal, obscuro, que merece ser punido por sua mera criação, o que, além de incorreto, do ponto de vista jurídico, cria medos e incertezas, tanto para os empresários,

---

[532] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da Arbitragem Institucional*. 12 Anos da Lei 9307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 149.
[533] Ibidem, p. 150.
[534] Ibidem.
[535] COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 407.

como para o próprio mercado. A marca de nascença com que despontam os grupos societários de fato não merece prosperar.

Os grupos de fato estritamente considerados (*stricto sensu*) são mais fáceis de serem detectados pela análise de seus atos constitutivos, cabendo aí verificar se há o exercício do poder de controle e quem o exerce. Já mais nebulosa é a situação dos grupos *lato sensu*, que, por suas múltiplas e gelatinosas formas, podem escapar entre os dedos ou "sumir" diante dos olhos. Também nesses é salutar a verificação de se há uma unidade de direção e uma interdependência econômica, malgrado à total dissociação acionária.

Apenas à guisa de exemplos, longe de qualquer expectativa de exaurir situações de fato, traz-se à baila alguns contextos de grupos de fato *lato sensu*, em que as relações são travadas de múltiplas formas, em muitas delas podendo haver controle externo, ou dominação empresarial *ab extra*. Tais exemplos têm o fito de demonstrar que não há qualquer ilegalidade ou antijuridicidade nessas práticas.

No primeiro caso, imagine-se o acionista com ações preferenciais sem direito a voto e que não integra o poder de controle para fins societários. Aliás, como está afastado destas deliberações, ele nem sequer pode ser visto como integrante do bloco de controle. Mas, se esse acionista for um grande investidor institucional, com expressiva participação societária *não votante* em duas sociedades anônimas concorrentes, seus interesses voltados à obtenção do maior rendimento possível em ambos os investimentos podem forçar uma atuação orquestrada entre ambas as sociedades[536]. Essa pessoa (física ou jurídica) seria um controlador externo, com exercício de um poder econômico que caracterizaria uma supremacia, impondo sua vontade às sociedades por meio da dependência econômica que as vincula.

Outro cenário se dá quando as deliberações e administração sociais se efetuarem de acordo com a vontade exclusiva de uma pessoa (física ou jurídica) ou de um grupo, alheios ao capital social, transferidas por vínculos contratuais firmados entre as partes. Por meio de acordos, extrai-se a ingerência dos "controladores de direito" transferindo-a por meio de cláusulas contratuais. Nas palavras de Eduardo Goulart

---

[536] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 496. v. II.

Pimenta, ao firmarem entre si contratos de parcerias empresariais, duas ou mais sociedades podem acordar que os atos de controle referentes a uma ou mais dentre as participantes serão praticados de acordo com a vontade exclusiva de outra das sociedades contratantes, dando-se, assim, uma transferência contratual do controle societário[537].

Também é possível vislumbrar um grupo *lato sensu* quando numa sociedade em conta de participação, firmado por duas ou mais sociedades, desponta o controle externo do sócio oculto sobre a atividade empresarial do sócio ostensivo. Isso ocorre quando o sócio oculto não se limita a conferir capitais para o negócio, mas também empresta o seu *know-how* ao empreendimento social, ou concede a utilização de privilégios de invenção ou de sinais distintivos, gerando um estado de absoluta dependência dos sócios ostensivos em relação à capacidade empresarial do outro, oculto[538].

Na concessão de venda com exclusividade, essa situação de dependência dos concessionários pode resultar na imposição de uma obrigação unilateral de compra dos produtos do concedente, com a chamada cláusula de exclusividade do aprovisionamento, estipulando uma quota periódica de produtos que os concessionários são obrigados a comprar, bem como o preço de revenda. No mais das vezes, a supremacia ou o monopólio técnico do concedente leva os concessionários a aceitarem facilmente as cláusulas contratuais pelas quais o concedente domina a atividade exercida por seus concessionários[539].

Outra situação extraordinária de transferência de controle ocorre quando há o endividamento da sociedade, criando a hipótese em que sua gestão e exploração empresarial passem a mão da sociedade credora para evitar falência ou execução forçada[540].

Em todos esses casos e em tantos outros rotineiros, não há qualquer prática ilícita *prima facie*. Ressalta-se que a existência dos grupos, por si, não constitui qualquer irregularidade, muito pelo contrário, posto que simbolizam o mais moderno dos

---

[537] PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 94.
[538] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95.
[539] Ibidem, p. 95-96.
[540] Ibidem, p. 91.

mecanismos de expansão empresarial. Trata-se do exercício regular de um direito que, como tal, merece proteção do ordenamento.

A falta de parâmetros tem se mostrado uma armadilha fácil nos tribunais, onde a mera existência de grupos societários vem sendo erradamente punida com a desconsideração da personalidade jurídica sem o preenchimento de qualquer requisito, seja objetivo ou subjetivo. Não se pode confundir a constituição do grupo ou a sua existência com uma conduta, por si, abusiva.

Talvez por se tratar de texto legal que contempla a figura do "administrador de fato ou de direito" para fins de crimes falimentares, eis a seara em que mais descalabros se encontra nas decisões dos Tribunais: *falência*. À guisa de exemplos a não serem seguidos, tem-se, no primeiro caso, o recurso ordinário 2001/0010079-1 do STJ, que diz textualmente:

> **Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal**, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, **é legitima a desconsideração da personalidade jurídica da falida** para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo[541].

Ora, a direção unitária é elemento identificador do grupo de sociedades e não caracterizador de abuso. Infelizmente, essa decisão emanada do STJ tem servido de arcabouço a várias decisões de desconsideração envolvendo grupos de sociedades,

---

[541] Íntegra da decisão:
EMENTA. Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.
– Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legitima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.
– Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.
– A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.
– Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. (RMS 12872/SP. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2001/0010079-1. Relatora Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Data de julgamento 24/06/2002 (grifo nosso).

desprezando que, na realidade fática dos grupos, é esperado que exista unidade gerencial, laboral e patrimonial entre as sociedades integrantes, sem que isso, necessariamente, configure fraude ou abuso[542]. Tal unidade não enseja, por si, confusão patrimonial, e este entendimento equivocado pode gerar injustiças a grupos saudáveis, sem qualquer exercício irregular da atividade de empresa.

Com similar posição equivocada, outro julgado decidiu pela desconsideração da personalidade jurídica de sociedades coligadas, sem fazer qualquer menção a requisitos ensejadores da aplicação do instituto, valendo-se da mera verificação do grupo e de "vinculação de negócios e composição acionária" para desferir o golpe:

> **EMENTA.** Agravo de Instrumento. Falência. Desconsideração da personalidade jurídica de empresas coligadas à sociedade falida. Sujeição dos bens particulares dos sócios à arrecadação da massa falida. Decisão que foi mantida em grau de recurso. Realização de leilões. Cabimento. Decisão correta. Recurso desprovido. Tendo sido mantida, em grau de recurso, a decisão que determinou a extensão do decreto de falência e de seus efeitos para alcançar empresas coligadas à sociedade falida por vinculação de negócios e composição acionária, assim como a desconsideração da personalidade jurídica destas visando atingir e igualmente sujeitar os bens particulares dos respectivos sócios à arrecadação pela Massa Falida, dentre eles os agravantes, justifica-se a realização de leilão judicial para a venda de determinados bens de propriedade dos sócios. (Agravo de Instrumento n. 2006.002.09162. Desembargador Relator Antônio Eduardo F. Duarte. Terceira Câmara TJ/RJ. Data de julgamento 22/08/2006. (grifo nosso).

Em outro emblemático caso, o assunto pôs-se em voga no parecer emitido pela jurista Thereza Alvim, no qual, consultada por um advogado sobre a realidade fática dos autos da falência de Enco Zolcsak Equipamentos Indústria Ltda[543], analisou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades pertencentes a grupos de fato. No processo, ainda com fulcro na antiga lei falimentar, após requerida a quebra da aludida sociedade, o síndico entrou com uma petição, pleiteando a extensão dos efeitos da falência para as demais sociedades integrantes do grupo, que seriam: Zolco S/A Equipamentos Industriais, Enco Zolcsak Equipamentos para Indústria Naval Petrolífera Ltda, Zolcsak Mão de Obra Temporária Ltda,

---

[542] MARGONI, Ana Beatriz Alves. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades.* 2011. Dissertação (Mestrado em 2011) – USP, São Pauo, 2011, p. 149.
[543] Processo n. 2275/96, com trâmite perante a 4ª Vara Cível de São Bernardo do Campo-SP.

Hydromation Zolco Filtros Ltda, Pedro Hungria Agropecuária Ltda e Agropecuária e Madeireira Zolco Ltda[544].

A fundamentação do pedido do síndico baseou-se, tão somente, na verificação de que as sociedades integravam um grupo societário de fato, o que, em seu entender, justificaria a desconsideração da personalidade jurídica de todas as sociedades arroladas. Ressalta-se que o curador de massas falidas acompanhou o pedido formulado pelo síndico[545], afirmando, em sua manifestação, que, embora não houvesse nos autos qualquer documento que estabelecesse formalmente a formação de um grupo econômico entre a falida e as demais sociedades, isso se comprovava pela titularidade das ações, pois todas tinham como sócio majoritário a mesma pessoa[546]. O juiz da causa decidiu atender à pretensão do síndico, desconsiderando, assim, a personalidade jurídica de todas as sociedades integrantes do grupo de fato, estendendo os efeitos da falência aos sócios e acionistas e determinando o imediato lacre de todas elas. Em sua sentença, destacou que a medida tinha por finalidade precípua permitir que viesse à tona a estrutura formal das sociedades para que fosse conhecido o substrato delas[547].

Em acertada opinião técnica, Thereza Alvim salientou, em seu parecer, que a sentença proferida foi ilegal e arbitrária, pois sequer mencionou qualquer mau uso das empresas ou cometimento de fraudes em seu benefício, não havendo qualquer prejuízo de terceiros. No caso concreto, não houve cautela para observar a existência de pressupostos ensejadores da teoria da desconsideração, sendo essa aplicada de forma abusiva. Sobre a decisão judicial merece transcrição o seguinte trecho do parecer exarado:

> Não consta nos autos, ao menos considerando os documentos ora analisados, que os constituíram quando da prolação da decisão que aplicou a teoria, prova inequívoca de que as pessoas jurídicas Zolco S.A. Equipamentos Industriais, Enco Zolcsak Equipamentos para Indústria Naval petrolífera Ltda., Zolcsak Mão de Obra Temporária Ltda., Hydromation Zolco Filtros Ltda., Pedro Hungria Agropecuária Ltda., Agropecuária e Madeireira Zolco Ltda., foram objeto de qualquer fraudes ou abusos causadores de prejuízos aos credores. Pelo

[544] ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 211.
[545] Ibidem, p. 211.
[546] Ibidem, p. 212.
[547] Ibidem, p. 212.

> contrário, às avessas, determinou-se a desconsideração destas para 'que seja conhecido o substrato das mesmas, sem obstáculos para apuração das responsabilidades por fraudes e simulações'.
> O que se decidiu foi primeiro destruir a pessoa jurídica para depois ver se era necessário fazê-lo – e quase nunca é. Verdadeiro contrasenso, como primeiro demolir uma casa para depois verificar se suas estruturas eram fortes, se o encanamento estava em boas condições...[548].

Ora, na linha do que arrematou a jurista, é preciso afastar a ideia de que o simples fato de as empresas em questão terem os mesmos sócios ou acionistas e formarem um grupo de fato, *per se,* é suficiente para ensejar a desconsideração de sua personalidade[549]. Diversamente do que consta da afirmação de Jorge Lobo, o grupo societário de fato ou de direito não traz intrínseca a confusão patrimonial, obrigatória ou ontológica. Ao revés, a regra continua a ser a da separação patrimonial entre as sociedades componentes do agrupamento, até que se prove o contrário.

A regra, portanto, é do respeito à autonomia das pessoas jurídicas que compõem o grupo. A simples constatação de controle e dependência, formal ou não, entre duas ou mais sociedades, não pode, isoladamente, levar à aplicação da *desregard doctrine,* pois se trata do exercício regular de um direito. Eis, justamente, o que constatou, Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury, para quem a existência de controle entre empresas formalmente distintas não pode, isoladamente, levar a se concluir pela falta de autonomia patrimonial entre elas e permitir que se aplique a teoria da desconsideração, sendo necessário que se procure determinar critérios complementares[550].

São justamente esses critérios que se passará a tratar no quarto capítulo para que casos, como os acima destacados, sejam evitados na rotina dos tribunais.

---

[548] ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87,. jul./set. 1997, p. 216.
[549] Ibidem, p. 216.
[550] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 90.

3 **DESCONSIDERAÇÃO EM GRUPOS DE FATO**

3.1 **Desconsideração em grupos no ordenamento pátrio: diálogo de fontes**

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica consagrou-se no direito brasileiro com o advento da lei consumeirista de 1990, encontrando também guarida na lei antitruste, de 1994 e na legislação ambiental de 1998; mais recentemente, foi acolhido no artigo 50 do CC 2002. Como cediço, antes mesmo de haver a previsão legal, a teoria foi abraçada pelos tribunais pátrios e utilizada em casos de fraude e abuso do direito[551], mas, ainda assim, carece de maior regulação no que tange à sua aplicabilidade a grupos societários.

O artigo 28 do CDC prevê expressamente que as sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações consumeiristas[552]. Em verdade, a controvérsia do artigo inicia-se com as disposições do *caput*, que entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores engloba hipóteses caracterizadoras de responsabilidade do administrador, omitindo a fraude, que é um dos principais argumentos da desconsideração[553]. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves ressaltou que, na primeira

---

[551] O precursor da teoria no Brasil foi o professor Rubens Requião, que importou a ideia inspirado pelos juristas Piero Verrucoli e Rolf Serick. O primeiro foi autor da monografia intitulada “Il Superamento della Personalità Guiridica delle Società di Capitali nella ‘Common Law’ e nella ‘Civil Law’, na Universidade de Piza, Itália. Já o segundo autor, Serick, da Universidade de Tübingen, escreveu a obra *Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles* – El Abuso de Derecho por Médio de La Persona Juridica, que foi tese do concurso para o título de ‘Privat-Dozent’, na qual comparou a técnica desenvolvida pelos tribunais norte-americanos com a jurisprudência dos tribunais alemães.

[552] Código de Defesa do Consumidor. Art. 28: O juiz poderá desconsiderar a personalidade da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

§ 1° - [...]

§ 2° - As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código (grifo nosso).

§ 3° - As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4° - As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5° - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores

[553] GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v .52, n. 320, p. 13, jun. 2004.

parte do *caput* do artigo 28, o único termo pertinente com a teoria é a expressão "abuso de direito"[554]. Já Gustavo Tepedino, no que tange à má administração, salientou que os administradores respondem civilmente pelas ações praticadas com culpa ou dolo em violação da lei ou dos estatutos, sem que se torne necessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade que representam[555]. No mesmo sentido, foram as observações de Fábio Ulhoa Coelho sobre a atecnia do texto legislativo ao incorporar a expressão "desconsideração da personalidade jurídica" no artigo 28 do CDC, identificando como suas causas o excesso de poder, a infração à lei, o fato ou ato ilícito e a infração dos estatutos ou contrato social[556].

À falta de primor científico da redação do *caput* aliou-se a dos parágrafos. Já no parágrafo segundo, no tratamento dado aos grupos, o legislador não discriminou grupos de fato ou de direito e, ainda que se admitam ambas as modalidades, a previsão de responsabilidade solidária ou subsidiária das pessoas jurídicas integrantes de grupos de sociedades, independentemente da existência de culpa, não enseja a aplicação da desconsideração[557]. Nesse sentido, destacou Alexandre Ferreira de Assumpção Alves que, quando a lei admite que as sociedades controladas ou integrantes de grupos de sociedades participam solidária e subsidiariamente no cumprimento das obrigações impostas pelo CDC, independentemente da existência de culpa, não há desconsideração, haja vista ser a pessoa jurídica atingida diretamente, e tal consequência é incompatível com a *disregard doctrine*[558].

---

[554] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional*. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. 2003. Tese (Doutorado em) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 377.

[555] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, abr./jun. 2007, p. 61.

[556] COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 36, p. 44, mar. 1992. Em igual sentido vale a pena consultar AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: Pontos de Convergência. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 25, 2003: "Então, estou dizendo e concluindo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a desconsideração da pessoa jurídica, na verdade, não são hipóteses de desconsideração, mas de extensão de responsabilidade por atos ilícitos dos administradores – regra que nós já tínhamos na lei que tratava da sociedade de responsabilidade limitada."

[557] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional*. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine.Tese (Doutorado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 379.

[558] Ibidem, p. 379.

O parágrafo terceiro também recebeu críticas, pois, como relembrou o mesmo jurista, a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas é hipótese alheia à incidência da desconsideração pelo fato de o consórcio não possuir personalidade jurídica, que é requisito prévio necessário à aplicação da medida[559].

Na análise do parágrafo quarto, também Alexandre Assumpção Alves adverte para outra imprecisão, uma vez que o legislador não considerou o grupo econômico de fato como uma unidade econômica. Com efeito, a necessidade de verificação da culpa não altera a conclusão de que, provada essa no que concerne aos administradores ou sócios em prejuízo dos consumidores, será a própria pessoa jurídica que sofrerá as consequências dos atos de seus órgãos integrantes[560].

Aliás, realmente é descabida a confusão feita no artigo entre responsabilidades solidária e subsidiária, e teoria da desconsideração. Essas não se confundem, pois, enquanto as primeiras ampliam a sujeição passiva do responsável, a *disregard* a altera, transferindo a obrigação de indenizar para o verdadeiro responsável pelo dano[561].

O dispositivo do CDC suscitou também censura pela adoção, a título de exceção no ordenamento brasileiro, da teoria menor da desconsideração, em descompasso com a doutrina e a jurisprudência. Não faltaram esforços, dentre os quais se destacaram Fábio Ulhoa Coelho e Gustavo Tepedino, no sentido de tentar coadunar o § 5° do artigo 28 com os ditames da teoria maior[562], amparando até mesmo decisões jurisprudenciais neste sentido[563]. Contudo, esse não foi o entendimento que prevaleceu na corte suprema, tendo o STJ ratificado, no Recurso Especial n° 279.273 que, de fato, o Código

---

[559] Ibidem, p. 379.

[560] Ibidem, p. 380. Sobre esse parágrafo quarto arremata o autor: "A responsabilidade perante o consumidor não precisa ser obrigatoriamente atribuída a uma das pessoas jurídicas integrantes da sociedade coligada, podendo recair sobre a pessoa de um dos sócios ou administradores sem que tenha lugar a *disregard,* desde que um ou outro tenha praticado atos para os quais a lei atribui responsabilidade subsidiaria ou solidária com a sociedade da qual compõe o quadro social".

[561] Ibidem, p. 380-381.

[562] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 145-146 e TEPEDINO, Gustavo. Notas..., op. cit., p. 66.

[563] AI 2008.002.30803. Desembargados Claudio de Mello Tavares. 11ª Câmara Cível. Data do julgamento 12.11.2008. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MAIOR. APLICAÇÃO. A sentença judicial exequenda, quando decorrente de relação de consumo, submete-se ao regime jurídico do CDC. Nesse sentido, a aplicação do art. 28 do referido diploma é possível, desde que presentes um dos seus requisitos autorizadores, como a inatividade ou o encerramento da empresa, nos exatos termos do caso em tela. Desconsiderada a personalidade jurídica, a qualidade de minoritário não exime o sócio de responder com seu patrimônio pessoal, basta que esteja inscrito no contrato social. Recurso improvido. (grifo nosso).

de Defesa do Consumidor acolheu em nosso ordenamento, de forma excepcional, a teoria menor da desconsideração[564]. O caso em apreço tratava da explosão do Shopping Center de Osasco-SP e a responsabilidade civil consumeirista daí advinda, com base no artigo 28 do CDC, enfrentando-se a aplicação da teoria maior ou da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, face ao obstáculo de ressarcimento dos prejuízos causados às vítimas, consumidores. Essa decisão paradigmática conteve, dentre outros trechos, a seguinte passagem:

> A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Aliando-se ao entendimento da corte superior, os Tribunais estaduais também têm seguido a orientação da teoria menor, em especial no que tange a grupos societários, como se depreende dos seguintes julgados:

> **EMENTA**. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Decisão que determinou penhora diária do sistema de bilhetagem eletrônica Riocard.Sociedade agravante líder do Consórcio Internorte, incluído no polo passivo da demanda. Agravante que alega que as empresas rés não fazem parte do consórcio, que foi criado depois dos fatos narrados na exordial. Empresa City Rio incluída no polo passivo e que faz parte do Consórcio Internorte. Análise dos contratos sociais das rés originárias e empresa incluída no polo passivo que demonstra que estas fazem parte de um mesmo grupo econômico, vez que possuem os mesmos sócios e atuam na mesma área. Alternância de empresas de um mesmo grupo econômico na prestação de um serviço que denota manobra para tentarem se esquivar da fiscalização pelos órgãos competentes e da execução de sentenças condenatórias. Fortes indícios de sucessão empresarial fraudulenta. Reconhecida a responsabilidade da empresa City Rio pelos fatos narrados na exordial, deve ser também reconhecida a responsabilidade solidária do Consórcio Internorte, do qual a City Rio faz parte. Inteligência do art. 28, §3º do CDCON. Cláusula contratual eximindo o consórcio de responsabilidade que não

[564] STJ. 3ª Turma. REsp 279.273. Relatora Ministra Nancy Andrigui. Data de julgamento: 4/12/2003.

> pode ser oposta contra os consumidores. Agravo de Instrumento. Processo n. 0052175-78.2014.8.19.0000. DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 19/12/2014 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL RJ.
>
> EMENTA. Evidenciada a citação da autora pela contra-fé recebida pelo preposto do grupo empresarial a que pertence, ainda que haja diferenciação entre as empresas, tem-se que esta deva ser desconsiderada em relação à ré, porque consumidora, nos termos do art. 28, CDC. Neste sentido, não estando o oficial de justiça obrigado a exigir, ao proceder à citação da empresa autora, prova da representação legal ou contratual, é de reputar-se válida e eficaz a diligência realizada na pessoa que se apresenta como preposto, na exegese da teoria do mandatário aparente, pelos princípios da lealdade e da boa fé. Apelação. Processo n. 2.0000.00.313771-5/000. Des. Nilson Reis. Julgamento: 29/08/2008. 1ª Vice Presidência. TJ/MG.

O artigo 4° da Lei 9605/08[565], com idêntica excepcionalidade que o CDC, adotou a teoria menor da desconsideração, afirmando que a personalidade jurídica pode ser superada sempre que for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente, sendo silente com relação a grupos societários, de fato ou de direito. Ana Beatriz Margoni, ao desenvolver o tema da desconsideração em grupos de sociedades, visualizou um forte elo entre essa disposição legal e o princípio constitucional de proteção à vida, na medida em que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, deve orientar e pautar a tutela do meio ambiente, por ser um valor preponderante e intrinsecamente ligado à qualidade da vida humana[566]. Embora visivelmente arraigada na teoria menor, há autores que defendem a necessidade de se perscrutar a utilização indevida da personalidade jurídica e seu desvirtuamento para desconsiderá-la em caso de dano ambiental. Dentre esses autores, Fábio Ulhoa Coelho defende que o simples fato da sociedade não ter bens para arcar com o ressarcimento de prejuízos ao meio ambiente não pode, isoladamente, ser considerado um obstáculo a autorizar a desconsideração, devendo-se, de todo modo, aplicar a teoria maior[567]. Em que pese tal esforço hermenêutico, fato é que o texto da lei quis acertadamente prestigiar os princípios constitucionais erigidos pela República, em especial o direito à vida e à dignidade da pessoa. Aliás, nesse

---

[565] Lei 9605/08. Art. 4°: Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente

[566] MARGONI, Ana Beatriz Alves. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades.* Dissertação (Mestrado em 2011) – USP, São Paulo, 2011.

[567] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54. v. II.

dispositivo legal, foi feliz a redação do legislador que, ao contrário de outros casos como o que ocorreu no CDC, não confundiu desconsideração com outros institutos do direito societário.

Nesse particular, a mesma impropriedade técnica encontrada no CDC se fez presente na lei Antitruste de 1994, em seu artigo 18[568], e naquele que o revogou, que é o artigo 34 da Lei 12529 de 2011[569]. Com idênticas redações, esses dispositivos mesclaram ato ilícito, má administração da pessoa jurídica e violação do estatuto ou contrato social com pressupostos à sua desconsideração[570]. Uma pena, pois por duas vezes o legislador "copiou e colou" a redação do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor e perdeu a chance (duplamente) de dar melhor arcabouço jurídico à aplicação do instituto no que tange às infrações à ordem econômica. Contudo, a disciplina jurídica da concorrência também é campo cujo objetivo está em assegurar o funcionamento das estruturas do livre mercado, motivo pelo qual as normas jurídicas de disciplina da competição empresarial não podem considerar o controle de sociedades (anônimas ou não) pelo prisma restrito da legislação societária, sob pena de deixarem de punir algumas práticas anticoncorrenciais se ficarem adstritas ao conceito de controlador do direito das sociedades[571]. Com foco nos princípios constitucionais de proteção à ordem econômica, a chamada lei antitruste ou lei do CADE prevê a responsabilidade solidária de empresas ou entidades integrantes de um mesmo grupo

---

[568] Lei 8884/1994. Artigo 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[569] Lei 12259/2011. Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.
Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[570] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54. v. II. Sobre o tema expôs, o autor, com referência à lei Antitruste de 1994: "Inexistem, portanto, dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado; mas, como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no artigo 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica". A mesma crítica, obviamente, pode ser feita à redação análoga do artigo 34 da Lei 12259/2011.

[571] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 496. v. II.

econômico de fato ou de direito e a desconsideração da personalidade jurídica por infração à ordem econômica. Há de se destacar, obviamente, que os dispositivos da lei antitruste restringem-se a casos de concorrência e disputas de mercado.

Críticas à parte, não há dúvidas de que essas normas pertinentes à desconsideração da personalidade jurídica envolvendo grupos societários de fato, agasalhadas que foram pelo direito econômico nas Leis 8884/1994 e 12259/2011, visam a atender à realidade e ao dinamismo dos fatos, baseando-se, principalmente, nas regras gerais de primazia da realidade econômica e do interesse social[572].

Em matéria falimentar, a Lei 11101/2005 determina, em seus artigos 81 e 82, que a decretação da falência de uma sociedade acarreta a falência dos sócios de responsabilidade ilimitada, sujeitando-os aos mesmos efeitos jurídicos produzidos para a sociedade falida. E, quanto aos sócios e administradores de responsabilidade limitada, a lei determina que as responsabilidades desses serão apuradas no juízo da falência[573], tratando-se de ação de responsabilização e não de efetiva desconsideração da personalidade jurídica. Assim, pela letra da lei de falências, não há previsão expressa para desconsideração, embora os tribunais pátrios utilizem fartamente o instituto em ações que envolvem grupos societários, como se depreende do Agravo de Instrumento n. 587.310-4/1-00, julgado pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo em 2 de junho de 2009, tendo por relator o desembargador Elliot Akel, à guisa de exemplo. Nesse interessante caso, inclusive envolvendo controladoras estrangeiras, a corte paulista entendeu por estender os efeitos da falência da Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda à sociedade Agroindustrial Espírito Santo, ambas controladas por All Sugar International Inc e Real Sugar Corporation. O seguinte trecho do acórdão merece transcrição pela clareza na descrição dos fatos e pela excelência técnica:

> Pelos fatos levantados, pode-se concluir que, na hipótese em exame, os administradores da empresa, sócios e/ou seus controladores, serviram-se da pessoa jurídica para fins alheios aos princípios de caráter social de que deveria estar revestida. A transferência de bens da sociedade para outrem, às vésperas da quebra ou durante o período do termo legal, é conduta reprovável nas

[572] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 179.
[573] MARGONI, Ana Beatriz Alves. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades.* Dissertação (Mestrado em 2011) – USP, São Paulo, 2011, p. 156.

> relações de comércio, causadora da insolvência. Tal conduta justifica a desconsideração da personalidade jurídica e declaração de ineficácia de qualquer ato lesivo levado a efeito, bem como qualquer transferência de bens ou patrimônio da empresa, determinando extensão dos efeitos da falência às pessoas dos controladores e a outras empresas por eles controladas, ainda que administradas por terceiros.
> A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das controladas, justifica-se porque está demonstrado que elas foram criadas ao longo dos anos para descapitalização da falida. Com evidência, houve mau uso da personalidade jurídica, que só poderá ser medida se desconsiderada, a até mesmo do ponto de vista tributário em que a falida se serviu das empresas controladas como melhor lhe aprouvera.

Outra decisão também emanada do Tribunal de São Paulo merece análise por ser capaz de demonstrar que, em matéria falimentar, a desconsideração da personalidade jurídica em grupos societários é aplicada pelos magistrados sob a alcunha de extensão dos efeitos da falência. Eis a ementa:

> AUTÔNOMA – PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n° 6.024/74, pode pedir ao juiz, *com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito*, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. II - A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido. (REsp n° 228.357/SP, 3a Turma, Rei. Min. Castro Filho, unânime, DJU de 02.02.2004) (grifo nosso).

Além dessas hipóteses, há quem afirme que o instituto da desconsideração também proliferou-se pelo ordenamento pátrio, sendo admitido em matéria tributária e trabalhista[574]. No primeiro caso, no que tange à lei tributária, o legislador imputou solidariedade e responsabilidade aos sócios administradores por trás da pessoa jurídica, naqueles casos em que comprovadamente tiverem agido com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou estatuto[575]. Os artigos 134 e 135[576] do

---

[574] Sobre a admissibilidade da desconsideração no âmbito do fisco ver, por todos: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 164. No que tange à desconsideração em sede trabalhista, ver por todos: REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais,* v. 91, n. 803, p. 760, set. 2002.

[575] BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 13. Tal hipótese está prevista no artigo 135, III, do CTN. Em verdade, há de se ressaltar, que os doutrinadores se dividem ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, sendo admitida por uns e negada por outros. Por esta razão afirma Alexandre Couto Silva: “No direito

CTN, contudo, não preveem a desconsideração, mas sim o redirecionamento da execução fiscal com base em autorização expressa da lei. Embora em incontáveis julgados de natureza tributária faça-se menção desarrazoada à desconsideração da personalidade jurídica, certo é que as regras do CTN dizem somente que, nas circunstâncias da lei[577], os sócios são responsáveis pelos débitos da sociedade, não havendo no CTN qualquer dispositivo que envolva quebra do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus membros, não se tratando de desconsideração[578]. Tal entendimento encontra respaldo na doutrina, como assevera Hugo de Brito Machado, para quem o redirecionamento do processo executivo fiscal contra sócios ou diretores da pessoa jurídica é cada vez mais comum, mesmo quando essa é solvente e nomeia bens à penhora, justamente porque o não pagamento de tributos no prazo é infração de lei tributária pela qual os diretores, gerentes e representantes legais respondem diretamente, na forma do artigo 135 do CTN[579].

---

tributário não se pode afirmar a existência de dispositivos que consagrem a desconsideração da personalidade jurídica". Em SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999, p. 119.

[576] CTN. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.
CTN. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

[577] Impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação tributária principal da sociedade contribuinte.

[578] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional*. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. Tese (Doutorado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 167-168.

[579] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. A Execução Fiscal e a Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas, *Revista Forense*, v. 370, nov./dez. 2003, p. 23.

Já no que pertine ao direito do trabalho há previsão legal de responsabilidade solidária para as sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico[580], o que para muitos doutrinadores, até mesmo para alguns renomados, significou equivocadamente uma hipótese criada pelo legislador para a incidência da desconsideração na Justiça do Trabalho[581]. Em verdade, o que se tem em seara trabalhista é o princípio da solidariedade passiva ou responsabilidade solidária, importada do direito civil[582] e não, precisamente, uma hipótese de desconsideração. Até mesmo porque, como o objetivo em sede trabalhista é atender a um crédito de natureza alimentar, que é condição para a efetiva concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, admitiu-se, na lei do trabalho, a relevância jurídica do grupo econômico não somente quando uma ou mais sociedades estiverem sob direção e controle comuns, mas também quando cada qual mantiver a sua autonomia. Logo, o grupo de sociedades no direito do trabalho possui uma especificidade, pois não depende de uma estrutura de subordinação[583], tendo conceito amplo e elástico para atender às demandas de empregados que podem receber de qualquer ente do grupo, mesmo do qual não trabalhou diretamente, tratando-se, portanto, de uma previsão de responsabilidade solidária por força de lei, em que as sociedades do grupo são co-obrigadas com a devedora principal[584]. De mesma opinião, perfilha-se Alexandre Ferreira de Assumpção ALVES, para quem a solidariedade entre pessoas jurídicas integrantes de grupos

---

[580] CLT. Art. 2° Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
§ 1° [...]
§ 2° Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

[581] Neste sentido, REQUIÃO, Rubens; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Direito do Trabalho e Grupos de Empresas: Aplicação da Disregard Doctrine. *Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 54, n. 10, p. 1203, out. 1990: "Assim, a aplicação da *disregard doctrine* visa a evitar exatamente que a personalidade jurídica da empresa contratante seja abusivamente utilizada para encobrir a real vinculação do empregado ao grupo.
Daí porque discorda-se da ideia, defendida por uma parte da doutrina e da jurisprudência, de que a solidariedade prevista na CLT seria de natureza meramente passiva."

[582] BELTRAN, Ari Possidonio (Coord.). *A União Europeia e o Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 112.

[583] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Grupo Econômico: Implicações do Direito da Concorrência no Direito Societário e sua Repercussão no Direito do Trabalho. In: *Temas Atuais de Direito*, Malheiros, 2008, p. 361.

[584] Ibidem, p. 359.

econômicos estabelecida na CLT não é hipótese de incidência da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que atinge diretamente as sociedades (coligadas, controladas e controladoras), prescindindo de qualquer investigação do elemento intencional e mantendo incólumes os verdadeiros responsáveis pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Assim, uma sociedade não empregadora pode ser condenada a indenizar um empregado em razão de vínculo de natureza econômica, sendo um *modus operandi* de imputação de responsabilidade subsidiária, que pode dar uma visão distorcida de desconsideração, quando no fundo o que se tem é uma ampliação do polo passivo da responsabilização pelos débitos existentes e não pagos ao empregado[585].

3.1.1 Institutos que prescindem de desconsideração

Após constatar-se que em matéria tributária e trabalhista é impróprio associar tais dispositivos à aplicação da teoria da desconsideração, havendo, em ambos os casos, hipóteses de incidência direta de responsabilidade solidária ou subsidiária por dívidas da sociedade, e destacadas as críticas pertinentes às confusões terminológicas e de aplicação perpetradas pelo CDC e pela lei antitruste em matéria de desconsideração, cabe ainda, nesse passo, destacar as situações jurídicas que prescindem da aplicação da *disregard* por existência de dispositivos específicos aplicáveis à situação concreta.

Justamente no que pertine aos ramos do direito civil e comercial (empresarial), há institutos legais que dispensam a aplicação da desconsideração, como o artigo 245 da lei acionária[586], que prevê a responsabilização dos administradores no caso de

---

[585] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional.* O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. Tese (Doutorado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 156-158. Aduz ainda o autor nesta passagem: "O Direito do Trabalho é regido por princípios diferenciados dos demais ramos do Direito, tendo em vista o reconhecimento legal da ausência de igualdade entre as partes contratantes – empregador e empregado – para fins de realização do pacto laboral.
Como meio de tutelar esta 'parte mais fraca da relação jurídica contratual', a doutrina nacional desenvolveu alicerces para as relações empregatícias, pautadas nos princípios da proteção e da primazia da realidade, com o fito de compensar a superioridade jurídica e econômica do empregador com a hipossuficiência contratual do empregado".

[586] Lei 6464/76. Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as

usarem de seu poder para favorecerem a sociedade controladora, a sociedade coligada ou qualquer das controladas. Por tal dispositivo, as relações entre as sociedades que integram grupos de fato devem ser de caráter comutativo, não cabendo prejuízo de uma sociedade em relação às demais[587]. Caracterizada tal situação de favorecimento, os administradores responderão por perdas e danos pelos atos praticados com infração a este preceito, respondendo por operações que possam ter beneficiado uma ou mais das sociedades do grupo em detrimento das demais.

Além desse caso de responsabilização direta dos administradores, há também os artigos 116 e 117 da Lei n° 6404/76[588], em que o legislador prescreveu padrões de

---

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

[587] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 150.

[588] Lei 6404/76. Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.
Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.
Lei 6404/76. Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:
a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;

comportamento para o acionista controlador, pelo que seu poder deve ser usado em conformidade com a função social da companhia e em respeito aos demais acionistas, aos trabalhadores e à comunidade em geral. Em verdade, o poder do acionista controlador deve ser usado para fazer a companhia realizar o seu objetivo com atendimento a determinados padrões, os quais, se desobedecidos, geram responsabilização pelos atos praticados, ou seja, o administrador responderá por abuso de poder[589].

O rol de condutas enumeradas no artigo 117 da lei acionária é meramente exemplificativo, não impedindo o enquadramento de comportamentos análogos no mesmo dispositivo. Tratam-se de modalidades de exercício abusivo de poder, dentre as quais destaca-se na alínea *f* a "contratação com a companhia através de [outra] sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas". Para alguns doutrinadores, como Koury, o legislador tratou, nessa alínea, de uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, em que subestimou a personalidade jurídica da sociedade para perpetrar-lhe o substrato e, se verificado algum ato abusivo perpetrado envolvendo o administrador, a companhia e outra sociedade na qual esse tenha interesse, demonstrando-se aí a formação de um grupo societário de fato, o abuso de direito geraria a responsabilização do controlador[590]. Com a devida vênia, não parece ser essa a melhor hermenêutica desse instituto, pois em nenhum momento há indicação de que as sociedades (seja a companhia controlada pelo administrador, seja aquela na qual ele tem especial interesse) terão suas personalidades jurídicas desconsideradas. A previsão legal é para a responsabilização do administrador por abuso de poder quando ele pratica atos que lhe são vedados por

---

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.
§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.
§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

[589] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 150.

[590] Ibidem, p. 150.

meio de uma sociedade (terceira) na qual tenha interesse e, neste ponto, é verdadeira a afirmação de Koury de que se pode auferir a formação de um grupo societário de fato, em sentido amplo, inclusive, se verificada a unidade de controle. Por outras palavras, o administrador de uma companhia utiliza-se de outra, na qual ele tem *não participação acionária*, mas "interesse", para criar situações de favorecimento não equânimes. A responsabilidade do administrador por abuso de poder, nessa hipótese, poderia ensejar a anulação dos atos praticados, não sendo necessário falar-se em desconsideração da personalidade jurídica das sociedades pertencentes ao grupo.

Marcelo M. Bertoldi põe em relevo o fato de que as regras de conduta do artigo 117 geram responsabilidade *interna corporis* em relação ao detentor do controle e aos minoritários, devendo a ação que tenha por objeto a responsabilidade civil do controlador, nesses casos, partir dos próprios acionistas. Se, por sua vez, o ato por ele praticado vier a atingir a esfera jurídica de terceiros, estranhos à sociedade, a disciplina jurídica subsumível é outra, já que se tratará de uma demanda proposta por terceiro contra a própria sociedade e não contra seu controlador[591]. Calixto Salomão Filho destaca que a norma do artigo 117 é de responsabilidade interna por abuso de poder e não de uma regra de responsabilidade *externa corporis*. Para esse autor, acertadamente, uma interpretação extensiva do artigo 117, que busque atribuir aos credores legitimidade para a propositura de demanda ressarcitória no interesse da sociedade, não encontra fundamento no direito positivo. Sobre isso aduz que seria um caso de legitimação extraordinária, que requereria previsão expressa pelo CPC, art. 6°[592], o que não existe. A contrário *sensu*, ao estipular a legitimidade para a demanda ressarcitória, o texto legal do artigo 246 da LSA[593] o fez apenas em relação aos acionistas[594].

---

[591] BERTOLDI, Marcelo M. O Poder de Controle da Sociedade Anônima – Alguns Aspectos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL* , Londrina, v. 7-8, p. 60-61, 2003-2004.

[592] CPC. Art. 6°. Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

[593] Lei 6404/76. Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.
§ 1º A ação para haver reparação cabe:
a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

A inaplicabilidade da desconsideração na responsabilização do controlador fulcrada no artigo 117 da lei de S/A foi alvo de análise por Teresa Cristina Pantoja, para quem o artigo tratou da percepção do fenômeno de controle e da estipulação legal de que este poder deva corresponder à obrigação de fazer com que a empresa cumpra a sua função social, tratando-se de uma responsabilidade *ultra vires* do administrador (além dos atos de violação do contrato social ou do estatuto), mas sem que por tal razão se necessite desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade[595].

Outrossim, não há de se falar em desconsideração quando se verificar a possibilidade de aplicação de outro instituto jurídico pelo qual se possa atingir idêntico resultado. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, em sua tese de doutoramento, aclarou a questão, diferenciando a *disregard* de outros remédios análogos, como os vícios de consentimento[596], os vícios sociais (fraude contra credores e simulação)[597], a

---

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

[594] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*: As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 276-277. Nesta passagem esclarece o autor: "A justificação do legislador para a não existência de qualquer regra particular de responsabilidade *externa corporis* nos grupos (tanto de fato como de direito) é que os credores, em regra, seriam capazes de se proteger sozinhos, através da exigência de garantias reais ou pessoais da sociedade. Exceções existem apenas em dispositivos especiais de legislações extravagantes, como é o caso do art. 2° da CLT, que prevê a responsabilidade de todas as empresas do grupo pelas dívidas trabalhistas e, mais recentemente, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o mesmo para o caso de débitos perante os consumidores. Trata-se de uma identificação ainda excessivamente restrita dos grupos de credores incapazes de negociar com a sociedade, contra os quais não vale a presunção 'posneriana' de assunção de riscos."

[595] TEPEDINO, Gustavo. (coordenador). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

[596] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional*. O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. Tese (Doutorado em 2003) – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 123-139. Explica o autor que: "Enquanto nos vícios de consentimento há um defeito na forma estrutural e existencial do ato, afetando a sua validade, na desconsideração ocorre um defeito ligado à finalidade da pessoa jurídica, ou seja, um desvio de função sem afetar contudo a validade do ato".

[597] Ibidem, p. 126-127. Aduz nesta passagem: "São vícios sociais a simulação e a fraude contra credores. A primeira se traduz em um intencional desacordo entre a vontade interna e a manifestada pelo agente, visando criar uma situação que produza efeito diverso do ostensivamente indicado. A fraude contra credores é um artifício malicioso utilizado pelo devedor, já insolvente ou reduzido a esta condição econômica, que pratica atos para desfalcar a seu patrimônio em prejuízo dos credores quirografários.
Assemelham-se os institutos da simulação e da fraude contra credores com a *disregard* na medida em que todos associam-se a artifícios maliciosos para obter uma vantagem indevida em prejuízo de um terceiro. No caso da desconsideração, há o direcionamento da pessoa jurídica para alcançar resultados incompatíveis com a sua finalidade social.
No entanto, a simulação é instrumento que cria uma aparência formal incompatível com a realidade, frustrando valores sociais, por meio do prejuízo causado a terceiros ou ofensa a normas jurídicas. Já na

fraude à execução[598], a teoria da aparência e a teoria *ultra vires*[599] e, por fim, a responsabilidade patrimonial dos sócios[600].

Em todos os casos, com o fito de delimitar o âmbito de incidência da teoria, viu-se que é preciso não confundir a *disregard* com situações em que é possível responsabilizar diretamente o sócio ou o administrador causador do ilícito ou do dano. Como reforçou Fábio Ulhoa Coelho, o administrador que administra mau, age com culpa e, logo, o seu comportamento é ilícito. O administrador que se comporta ilicitamente na condução dos negócios sociais e/ou administra mau a sociedade, em nenhuma dessas duas hipóteses, encontra-se a presença dos pressupostos da desconsideração[601].

---

fraude contra credores ocorre um ato de disposição de bens que prejudica terceiros credores, por tornar o devedor insolvente".

[598] Ibidem, p. 129. Sobre a diferença, esclarece: "Embora a fraude a execução e a *disregard doctrine* busquem a declaração de ineficácia, seja dos atos praticados pelo devedor, seja da personificação societária, os institutos não são semelhantes por serem diversos seus resultados no mundo jurídico e o escopo de sua utilização. Ambas pressupõem atos jurídicos existentes e válidos, por afetarem somente a eficácia do ato, mas a fraude à execução enseja a ineficácia de atos jurídicos em relação ao credor e a desconsideração atinge a eficácia em relação à pessoa jurídica.

Na fraude à execução ignoram-se os efeitos de determinada relação jurídica, utilizada no intuito de lesar o patrimônio do credor; a relação primitiva, portanto, subsiste. Já a desconsideração gera a preservação da pessoa jurídica (ou a ineficácia episódica do ato constitutivo), atingindo diretamente o patrimônio do sócio que lesou terceiro e a sociedade, acarretando uma alteração no mundo jurídico quanto à sujeição passiva, diferentemente da fraude à execução, pois nesta desconsidera-se o ato e na *disregard* desconsidera-se o sujeito".

[599] Ibidem, p. 129-134. Dignos de nota os seguintes trechos: "Na desconsideração o sócio responde pelo ato da sociedade e não por ato próprio, em razão de ter utilizado o ente incorpóreo como instrumento para a realização de interesses próprios e aproveitando-se do poder exercido sobre ele. Na teoria da aparência ou do princípio que veda o *venire contra factum próprio*, quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio.

Já os fundamentos para a configuração dos atos *ultra vires* são diversos e partem de sua própria etimologia: *ultra* significa 'além', 'aquilo que extrapola algo; *vires*, por outro lado, é substantivo que denota 'força', 'vigor', 'poder'. Outrossim, são os atos praticados contra a lei ou contrato, estranhos ao objeto social. [...]

Diferem, outrossim, os institutos em tela da *disregard* por referir-se esta a ilícitos particulares praticados pelos sócios e a eles somente atinge, enquanto as teorias da aparência e dos atos *ultra vires* dizem respeito ao objeto do contrato diante de terceiro de boa-fé ou ao não cumprimento do objetivo descrito no ato constitutivo da pessoa jurídica".

[600] Ibidem, p. 134-136. A responsabilidade patrimonial do sócio é também chamada de responsabilidade social e advém da relação societária travada entre o sócio e a sociedade, à luz das obrigações por ele assumidas. Sobre o tema, ponderou Alexandre Ferreira de Assumpção Alves: "A superação da personalidade jurídica não se confunde com a responsabilidade social, pois a primeira é aplicada sem restrições do tipo societário (embora na prática destine-se às sociedades limitadas e anônimas) e preserva a sociedade transferindo para o sócio a obrigação de pagar o débito; a segunda pressupõe a insuficiência dos bens sociais para o pagamento de dívidas da própria sociedade, atingindo o patrimônio pessoal dos membros por atos de gestão, por conseguinte, são meios de responsabilização diferentes".

[601] COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 36, p. 43, mar. 1992.

Superada a análise de outras fontes normativas e afastadas as situações de não incidência da *disregard*, a despeito das discussões e mesmo das críticas tecidas, fato é que, no direito brasileiro, há previsão legal de se suspender, em situações excepcionais, a eficácia episódica da pessoa jurídica para fins de responsabilizar, direta e pessoalmente, aquele que perpetrou o uso fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial[602].

Gustavo Tepedino reconheceu que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem suscitado dificuldades no tocante à extensão e ao alcance do instituto, em especial diante da necessidade de se compatibilizar as diversas fontes normativas. No mesmo trecho, indagou, em matéria de direito civil, quais seriam as hipóteses em que se autoriza a desconsideração, vez que, em regra, a autonomia patrimonial deve ser respeitada para preservar os princípios constitucionais da livre iniciativa, indispensável à ordem econômica, e da segurança jurídica, essa última associada à previsibilidade das garantias contratuais[603].

Calixto Salomão Filho tentou explicar a injustificável inexistência de qualquer regra particular prevista pelo legislador de responsabilidade *externa corporis* nos grupos societários, de fato ou de direito, mediante a alegação de que os credores seriam capazes de se protegerem sozinhos, através de exigências de garantias reais ou pessoais da sociedade. Para o autor, a concentração de poderes, a ausência de regulamentação sobre a matéria e diminuta responsabilidade prevista em lei acabam por fazer com que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica apareça como uma maneira para restabelecer o equilíbrio nas relações privadas entre credor e devedor e, também, como contrapeso do poder do controlador[604].

Justamente nesse viés, ao se buscar vislumbrar o arcabouço jurídico para dar robustez à desconsideração nos casos de sociedades pertencentes a grupos econômicos de fato, torna-se rarefeito o ordenamento, fazendo-se, para tanto, necessária uma construção doutrinária apurada, que seja capaz de coadunar as exigências do tráfego negocial hodierno aos princípios máximos erigidos na

---

602 Ibidem, p. 41.
603 TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4. v. II.
604 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*: As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 277.

Constituição da República, em especial para responder a credores sociais oriundos de relações civis e empresariais, cuja proteção não se fundamente nos dispositivos acima destacados, que regulam relações de natureza diversa. Como afirmou Koury, o legislador muito se preocupou com a proteção dos minoritários [e dos trabalhadores, dos concorrentes, dos consumidores e do meio ambiente], mas esqueceu-se de estabelecer regras semelhantes em favor dos credores[605].

3.2 **Os grupos de fato *Lato Sensu* e os *Standards* de condutas abusivas**

O objetivo do presente trabalho assenta numa exigência do direito contemporâneo de se regular e conceituar os grupos de fato, em especial aqueles em sentido amplo, disciplinando esse fenômeno quanto à sua caracterização e mostrando os indícios de casos anômalos em que deve ser desconsiderada a sua personalidade jurídica, conforme adiante se verá. O esforço é, pois, no sentido de fortalecer o reconhecimento dos grupos de fato, compatibilizando sua importância no sistema econômico existente e coibindo o seu mau uso.

Nessa tentativa, além dos pressupostos objetivos e subjetivos que serão abordados, lança-se mão de alguns casos concretos, todos já analisados pelos tribunais pátrios em matéria civil e empresarial, em que é possível vislumbrar *standards* de conduta comuns que denotam comportamentos abusivos (antijurídicos), ou seja, situações nas quais os grupos de fato em sentido amplo foram usados de forma contrária ao direito. Antes da análise técnica dos requisitos, vale a pena visitar alguns desses casos, que servirão de paradigma para a construção da base teórica que se pretende propor.

Num primeiro processo, em que o Tribunal acertadamente decidiu pela desconsideração da personalidade jurídica, o comportamento do grupo de fato deu-se da seguinte forma: os sócios originários da primeira sociedade, essa limitada, não mais pretendendo honrar com suas obrigações sociais e com enorme rol de credores, sem promoverem o encerramento formal desta sociedade, constituíram nova pessoa

---

[605] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151.

jurídica, usando os seus pais para formar o quadro societário (relação de parentesco entre os sócios). Havia entre essas duas sociedades a identidade de endereços e de objeto, embora a razão social e o quadro societário fossem diferentes. Não satisfeitos, constitui-se uma terceira sociedade, agora com filhos dos sócios da primeira sociedade (novamente a relação de parentesco) e, com igual *standard* de comportamento, contraíram-se dívidas as quais não foram honradas. Assim se deu até a constituição de cinco sociedades, todas aparentemente distintas, mas com aspectos que demonstravam uma organização unitária, sob a influência dos sócios ocultos da primeira sociedade, a qual costumeiramente fazia cessão de uso de sua marca (Espaço Lundgren) às demais, sempre por preço vil. Uma coisa que chamou a atenção da magistrada nesse caso foi a constituição em sequência ou em cascata das sociedades, pois, tão logo uma contraía dívidas e ficava sem crédito, outra era constituída e lhe "ocupava o lugar". Outro aspecto que também restou caracterizado pelas provas acostadas aos autos foi a presença de unidade de controle, sempre exercida, de fato, pelos sócios da primeira sociedade. Ou seja, havia participação "efetiva" dos sócios ocultos no dia a dia e nos negócios das cinco sociedades, o que se demonstrou por fotos, documentos, *e-mails* etc.

A decisão de primeira instância, após confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim proferiu:

> **EMENTA**. Trata-se de pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa Lanarê Comércio de Roupas Ltda alegando que a empresa integra grupo societário de fato que há mais de dez anos atua no mundo da moda de forma lesiva aos credores e funcionários. O exequente juntou vários documentos para instruir o pedido e narrou, detalhadamente a atividade das empresas que integram o conglomerado mencionado. A desconsideração da personalidade jurídica da ré é medida que só é cabível com a prova da fraude e do abuso de direito. De acordo com os documentos entende esta magistrada que logrou êxito o credor em demonstrar que os réus vêm atuando de forma lesiva aos credores, estando presentes os requisitos legais necessários ao deferimento da medida de forma a permitir a responsabilização pessoal e ilimitada de todos os envolvidos nas sociedades comerciais mencionadas pelo credor. Também restou demonstrado com os documentos acostados que os segundo e terceiro executados lideram um grupo econômico que é composto de várias sociedades comerciais distintas, cuja finalidade é fraudar os credores, ficando esvaziada a primeira executada. Nesse passo, a desconsideração da personalidade jurídica que se impõe conforme requerido pelo credor. Devem, no entanto ser resguardados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. O processo judicial, ainda que se prestigie a celeridade e a efetividade, não pode prescindir de observância de garantias previstas em lei e conferidas às partes sob pena de incorrer em

> violação de direitos públicos subjetivos dos envolvidos. Assim sendo, antes de proceder-se ao bloqueio das contas, é necessária a citação prévia dos sócios e demais empresas envolvidas em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Relacionadas as empresas coligadas, cite-se. Após serão apreciados os pedidos deduzidos às fls. 198 itens 59.2, 59.3, 59.4. Decisão monocrática n. 2005.001.113127-3. Juíza Márcia Santos Capanema de Souza. 7ª Vara Cível RJ. Data da decisão 12/01/2009.

Também do Rio de Janeiro merece menção o caso do Agravo de Instrumento que acabou por anular a decisão de primeira instância para dar chance de contraditório à sociedade do mesmo grupo econômico da agravada, mas não sem antes enfrentar o tema da utilização abusiva dos grupos econômicos de fato. Nessa ação, foi autora Rutileia Franco Ferraz e ré A Casa do Contador de Itaperuna e Papelaria Ltda. Restou caracterizado que os sócios da sociedade ré constituíram outras sociedades, com o mesmo objetivo econômico da primeira e até com o mesmo quadro societário para desviar bens e obstacularizar o recebimento de credores. Na íntegra da decisão, consta que

> a constituição de pessoas jurídicas diversas não pode ser mecanismo de obstrução da responsabilidade patrimonial, através do gerenciamento de um patrimônio em verdade comum, porém com a atribuição de prejuízos e lucros, ou dotação de bens, a determinadas pessoas jurídicas do grupo em detrimento de outra, cujo acervo é esvaziado com o intuito de não responder por determinado débito que contra ela pende. Nesse sentido, indicam os documentos de fls 100/112 que os sócios da pessoa jurídica devedora constituíram, além desta, outras duas sociedades (estando, todavia, a sociedade Moto Vital Ltda-ME atualmente extinta), todas com idêntica composição societária. Ademais, apresenta a sociedade Itaform Distribuidora Ltda-ME idêntico objeto social e denominação fantasia que a ora agravada, denotando tratar-se, em substância de empresa única.

Nota-se mais uma vez os *standards* de conduta de identidade de objeto, endereço comum e quadro societário (unidade de controle), que nesse caso tinha os mesmos sócios por trás das pessoas jurídicas componentes do grupo. A ementa do Agravo teve o seguinte teor:

> **EMENTA**: Agravo de instrumento. Responsabilidade civil extracontratual. Cumprimento de sentença. Decisão agravada que indefere a desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do Código Civil. Medida de excepcional e pontual suspensão da eficácia da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Requisitos. Utilização dos atributos da personificação societária em fraude, abuso de direito ou através de confusão patrimonial. Insuficiência patrimonial. Caráter residual do instituto. Aplicação da disregard em sede de grupo

> econômico. Jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Distribuição de patrimônio e de lucros e prejuízos de modo a esvaziar ou minimizar a responsabilidade patrimonial de determinada sociedade integrante do grupo. Documentação acostada aos autos que indica o uso abusivo da personificação societária em sede de grupo econômico. Necessidade do desenvolvimento do contraditório perante o juízo a quo para a apreciação acerca da aplicação da teoria da desconsideração entre empresas de mesmo grupo. Hipótese de anulação, de ofício, da decisão agravada. Recurso prejudicado. Segunda Câmara Cível TJ/RJ. Agravo de Instrumento n. 0008782-69.2015.8.19.0000. Relatora Des. Claudia Telles. Decisão 15/04/2015

O Tribunal de Justiça de São Paulo promulgou interessante decisão em matéria de grupos de fato, em que uma sociedade até então estranha ao processo original teve recursos bloqueados em fase de execução. No caso concreto, era executada a sociedade Breda Sorocaba Transporte e Turismo Ltda, para pagamento de indenização por danos materiais e morais por acidente de ônibus com caminhão. Ao cumprir o mandado de execução o Oficial de Justiça acabou por detectar no mesmo endereço a existência de outra sociedade, Breda Transportes e Serviços S/A, sobre a qual acabou por recair a execução, face a comprovação de criação de sociedades diversas com o fito de lesar credores. Da íntegra da decisão, advém a constatação de que

> ainda que não tenha havido sucessão formal de empresa, tinham elas a mesma personalidade jurídica e aparentemente geriam o mesmo patrimônio, além de a embargante ter sido encontrada no local onde deveria estar estabelecida a ré (fls. 1411- verso). Parece claro, portanto, a existência, no mínimo, de coligação informal de empresas, independentemente de sua constituição societária. Aliás, por essas provas documentais, evidencia-se não haver duas empresas, mas uma única, operando sob duas denominações".

Mais uma vez, fizeram-se presentes a identidade de endereços e a utilização de marca comum. Nesse caso, houve também comprovação cabal de confusão patrimonial entre as sociedades, porque a conta bancária utilizada por ambas era a mesma, denotando administração unitária (controle comum). Eis o teor da ementa:

> **EMENTA**: Embargos de terceiro. Cumprimento de sentença condenatória a danos materiais e morais. Acordo descumprido. Acidente de ônibus com caminhão. Bloqueio de numerário de empresa que não foi parte do processo. Sentença de improcedência. Fundamento em que as empresas ré e a embargante pertencem a mesmo grupo empresarial e são constituída por familiares e sócios comuns. Pretensão de reforma. Descabimento. Empresa embargante constituída como pessoa jurídica com o mesmo CNPJ da empresa ré. Localização no endereço onde deveria funcionar a devedora. Hipótese de reconhecimento de grupo empresarial confirmada, posto que não demonstrada sucessão. Bloqueio de ativos financeiros existentes sob titularidade de ambas

> as empresas como se fosse uma única. Compartilhamento administrativo e financeiro evidente. Recurso improvido. 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP). Apelação n. 0000682-70.2013.8.26.0269. Des. Relator Erson de Oliveira. Decisão 07/05/2015.

Do Tribunal de Justiça do Paraná emerge outro julgado atual bastante interessante dentro do tema de grupos societários de fato, no qual uma ação monitória, originada em 2006, proposta por Autoposto Cristalina Ltda em face de WJC Trading SA acabou por, num primeiro momento, ter desconsiderada a personalidade jurídica da ré (WJC Trading SA) para atingir o patrimônio de seu acionista controlador. Após, não satisfeito o direito da autora e demonstrado nos autos a formação de grupo econômico de forma lesiva, propiciando o esvaziamento patrimonial da devedora para outras sociedades, configurou-se a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades integrantes. Do texto do acórdão extrai-se que

> da documentação colacionada aos autos, é possível verificar que a WJC Trading SA mantém estreitas relações empresariais com outras duas sociedades, a WJC Armazéns Gerais Ltda e a WJC Consultoria Empresarial S/C Ltda., sendo possível concluir que as três empresas pertencem a um mesmo grupo econômico, já que há nítida interligação entre elas. Caracteriza-se o grupo econômico quando duas ou mais sociedades, ainda que detenham personalidades jurídicas próprias, estão, de fato ou de direito, sob a direção, controle, ou administração uma das outras, combinando esforços para a persecução de seus objetivos sociais. No caso em tela, tal situação se torna ainda mais evidente pelo fato de as três empresas estarem localizadas no mesmo endereço, exercem atividades complementares e serem sócias umas das outras. Conforme inscrição na Receita Federal e cadastro na Junta Comercial do Paraná, a WJC Trading SA e a WJC Armazéns Gerais Ltda encontram-se situadas à Rua Brasílio Itibere n. 2780, nesta capital e exercem atividades complementares: WJC Trading SA atua na importação e exportação de soja e milho em grãos, ao passo que a WJC Armazéns Gerais Ltda realiza o armazenamento de cereais, sementes, adubos, fertilizantes e serviços correlatos. Já a empresa WJC Consultoria Empresarial S/C Ltda é sócia da WJC Armazéns Gerais Ltda e também está situada no mesmo endereço, Rua Brasílio Itibere n. 2780, nesta capital. Assim, apesar do fato de serem pessoas jurídicas distintas, as três exercem atividades relacionadas, contam com identidade de sócios e se encontram localizadas no mesmo endereço, o que permite a aplicação da *disregard doctrine* com vistas a incluir no polo passivo da demanda os sócios e demais sociedades que integram este grupo econômico.

Novamente, repetem-se os mesmos *standards* de conduta: promiscuidade de marca; mesmo endereço, esvaziamento patrimonial e confusão patrimonial, unidade de controle. A ementa do julgado assim dispõe:

> **EMENTA**: Agravo de Instrumento. Ação monitória em fase de cumprimento de sentença. Inexistência de embargos monitórios. Penhora de imóvel. Alegação infundada de impenhorabilidade. Inexistência de prova quanto à não titularidade de outros imóveis. Ausência de bens passíveis de penhora aptos à satisfação da dívida. Desídia reiterada dos réus. Desconsideração da personalidade jurídica, art. 50 do código civil. Constatação de grupo econômico. Confusão patrimonial. Sociedades que atuam no mesmo endereço, possuem sócios em comum e exercem atividades relacionadas. Inclusão das outras empresas integrantes do grupo econômico no polo passivo da demanda. Possibilidade. Precedentes deste tribunal. Recurso parcialmente provido. TJ/PR. Sexta Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 1.282.775-9. Des. Relator Clayton de Albuquerque Maranhão. Decisão 17/03/2015.

Outro caso do Tribunal de Justiça do Paraná merece nota, justamente porque nesse, na análise dos fatos concretos, embora caracterizado um grupo societário de fato, composto por irmãs, filhas e primas de uma mesma família, não se configurou qualquer fraude ou abuso. No caso concreto, a agravante Alonso Barro Restaurante Grill Ltda-ME, credora em processo de execução por título extrajudicial, pretendia o arresto dos bens que estavam sendo utilizados em outro estabelecimento, pertencente ao mesmo grupo econômico da sociedade executada. A didática decisão esclareceu que

> no Direito Brasileiro, a responsabilização solidária ou subsidiária de conglomerados empresariais – grupos econômicos ou societários -, está prevista somente no art. 2° § 2°, da CLT, no art. 33 da Lei n° 12.529/ 2011; no art. 28, § 2°, do CDC; no art. 30, IX, da Lei 8.212/91; e no art. 124, I, do Código Tributário Nacional. Fora dessas situações – e das previstas nos arts. 34 da Lei n° 12.529/11, 4° da Lei 9.605/98 e 134, VII, do CTN, que tratam de desconsideração da personalidade jurídica, mas não são aplicáveis ao caso em julgamento – somente é admissível a responsabilização, na execução, de sócio ou sociedade distintos dos que figurarem como parte no negócio jurídico mediante aplicação do disposto no art. 50 do Código Civil, que a jurisprudência reconhece, ademais, como medida excepcional. [...] No presente caso, não há, por trás do título que deu ensejo à execução, relação trabalhista, tributária ou de consumo, tampouco propósito de proteção à ordem econômica ou ao meio ambiente. De tal sorte, como parece evidente, o arresto ou a penhora de bens de terceiro, na execução movida pela agravante contra Espeto de Barro Restaurante Grill Ltda. ME, dependeria da invocação do art. 50 do Código Civil e da demonstração de que, com base nele, essa constrição se permitia. A só leitura das peças dos eventos 18 e 24 dos autos n° 0029798-80.2013.8.16.0017, porém, evidencia que nada disso fez a parte agravante. [...] Parece elementar, até pelo senso comum, que o simples fato de um membro da família ter um estabelecimento comercial congênere não caracteriza grupo econômico e a mera caracterização não motiva a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de parentes. Para isso, é indispensável a alegação e prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, como prescreve o art. 50 do Código Civil.

A decisão em apreço mostra-se consentânea com o sistema normativo pátrio, em especial porque os julgadores entenderam que a mera formação de um grupo econômico, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica em sede civil ou empresarial, devendo ser preenchidos outros requisitos, subjetivos e objetivos, conforme mais adiante se verá. Desse julgado, extrai-se a seguinte ementa:

> **Ementa**: Agravo de Instrumento. Execução. Indeferimento de pedido de arresto, deduzido com base na alegação de grupo econômico familiar, de bens de sociedade diversa da executada. Inexistência de respaldo legal para responsabilização solidária ou subsidiária de outra sociedade, por não haver relação trabalhista, tributária, de consumo ou relativa à proteção da ordem econômica. Constrição de bem de terceiro que somente se viabilizaria nas situações descritas no art. 50 do Código Civil, mediante desconsideração da personalidade jurídica, direta ou inversa. Situações não invocadas nem caracterizadas pelo simples fato de membros de uma mesma família constituírem empresas congêneres. Recurso conhecido e não provido. TJ/PR. Agravo de Instrumento n. 1292184-1. Des. Relator Alexandre Gomes Gonçalves. Decisão 28/01/2015.

Além dos tribunais estaduais de todo o país, a Corte Superior também já se posicionou sobre a questão da formação de grupos societários de fato, não apenas em matéria falimentar, como já visto, mas também em discussões envolvendo direitos civis e empresariais. No Agravo Regimental interposto no Recurso Especial n. 224.113, originário do Mato Grosso do Sul, a decisão capitaneada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi a de manter a sentença de desconsideração em sociedades do mesmo grupo econômico em que se caracterizou confusão patrimonial, deixando ainda clara a desnecessidade de nova citação dos sócios. Embora não faça reanálise dos fatos, o corpo do julgado relembrou que

> o expediente usado [pela Agravante] foi pano de fundo para esconder a verdadeira intenção de sucessão das empresas, para dizer o menos, sob a coordenação e direção do verdadeiro sócio majoritário, senão que único, de ambas as empresas, dando uma aparência de licitude a uma atividade na realidade ilícita, criada com fim exclusivo de fraudar a execução em curso. [...] Mas os fatos agora noticiados mudam o panorama e permitem a aplicação do artigo 50 do Código Civil. Não me parece que Luciano seria mero administrador da primeira empresa, mas sim o verdadeiro titular dos interesses econômicos e patrimoniais dela, assim como da sucessora. O fato descrito por ele, nesse depoimento, é incomum e revela, na realidade, a vontade deliberada de fraudar, de frustrar a execução movida pelo credor, adquirindo bens em nome da nova empresa, LUGER SERVIÇOS, e não da primeira, com a finalidade única de lesar os seus credores e, dentre eles, o agravante. Outro fato relevante que indica a finalidade fraudar o credor e a presente execução, com o expediente utilizado, é que a empresa LUGER SERVIÇOS tem na pessoa de LUCIANO

> LOPES DA COSTA o seu procurador, com o que, em verdade, é a pessoa que gerencia a empresa. Seu sócio majoritário, com 95% das quotas sociais, é FELIPE BREY GOMES, coincidentemente filho do agravado e procurador LUCIANO LOPES DA COSTA GOMES. [...]. Além disso, as fotografias encartadas nos autos e que são reproduzidas neste agravo (fls. 136/141), demonstram que sob o mesmo nome LUGER, as empresas dos quais o agravado é o procurador, e com sócios majoritários sua esposa (em uma) e seu filho (em outra), diversos serviços de segurança são prestados em diversos lugares, para diversas empresas, com seus funcionários, tudo a indicar que se tratam de um mesmo grupo empresarial, com a mesma finalidade social da primitiva empresa, o que torna cristalino que se trata de expediente utilizado para fraudar, às escancaras, a execução. Com efeito, sob o nome LUGER serviços de segurança - mesmo fim social da empresa anterior - são prestados em condomínios residenciais, em empresas comerciais (por ex. Alvorada Produtos Agropecuários, Unimed Campo Cirande, Condomínio Dahma I, Anita Calçados, entre outras), o que revela a plena atividade econômica e financeira da nova empresa criada, gerenciada pelo agravado e sob a titularidade de, nada mais, nada menos, sua esposa e seu filho. [...] Muito mais do que mero procurador, há elementos bastante para caracterizar a fraude, a má-fé, o engodo, porque referido devedor é mais do que isto, é, na realidade, o verdadeiro sócio majoritário das mesmas empresas, e não simples administrador ou procurador. Há presentemente, assim, demonstração de que há abuso da personalidade jurídica da empresa devedora, caracterizado, no caso, pela clara confusão patrimonial entre as empresas sucessoras à devedora, muito embora constituídas com sócios que não fizeram parte da anterior, mas que são esposa e filho do primitivo titular da empresa devedora, dando margem, portanto, à aplicação do artigo 50 do Código Civil.

Eis a ementa do Acórdão:

> **EMENTA**: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. empresas do mesmo grupo econômico. Ex-sócios. Citação. Desnecessidade. Precedentes. Súmula 83 do STJ. Violação a coisa julgada. Não ocorrência. Presença dos requisitos autorizadores. Revisão. Impossibilidade. Reexame do conjunto fático e probatório. Súmula 07 do STJ. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido AgRg n. 224.113 - MS (2012/0183048-9) STJ. Terceira Turma. Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão 18/02/2014.

Também da Corte Superior tem-se o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 316.038, oriundo de processo de São Paulo, tendo por agravante a Super Radio Tupi AM Ltda. Do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão extrai-se da digressão dos fatos que

> a par destas considerações de ordem geral, no caso versado nos autos observa-se que os sócios da empresa executada [Rádio Difusora do Brasil Ltda] estão tomando medidas que indicam desvio de patrimônio para frustrar a execução, havendo elementos a indicar o fechamento de fato irregular, na medida em que, haja ou não atividade empresarial, não há bens da sociedade

> que possam garantir o débito judicialmente reconhecido e ora em fase de execução ou cumprimento. As fichas cadastrais da JUCESP de fls. 280/286 revelam que em 4.10.07 a empresa executada, ora agravada, Radio Difusora do Brasil Ltda. foi alterada para Super Radio Tupi AM Ltda., com mudança de endereço da Avenida Paulista, nº 2198, 18º andar, para a numeração 2200, 2º andar. As fichas cadastrais de fls. 287/289 e 290/295 (Alpha Empreendimentos e Administração de Imóveis Ltda.), fls. 296/297 (Radio Terra AM Ltda.), fls. 298/299 (Radio Tupi FM Ltda.), fls. 300/301 (Radio Mundial de São Paulo Ltda.), fls. 302/303 (Raio Mundial Ltda.), fls. 304/305 (Raio Terra FM Ltda.) demonstram identidade do objeto social (serviços de radiodifusão e televisão) e algumas delas, estão localizadas também na Avenida Paulista. O credor junta documentos e afirma que as seis sociedades empresárias relacionadas a fls. 14 fazem parte do mesmo grupo econômico, com, negócios que permitem que se reconheça a confusão de patrimônio entre elas. Todas as sociedades empresárias, segundo afirma o credor estão estabelecidas no mesmo local, na Avenida Paulista, nº 2.200, tendo como sócios e administradores as mesmas pessoas, Paulo Masci de Abreu ou sua esposa Luci Rotchild de Abreu. Todas com exceção de apenas uma –, têm o mesmo objeto, ou seja, a exploração de atividade radiofônica e todas estão em boa situação econômico-financeira com exceção da agravada, que não possui qualquer bem e que está sendo executada por dívida em torno de oito milhões de reais.

O julgamento não fez reanálise dos fatos, mas consignou os motivos que ensejaram a desconsideração. A ementa do acórdão teve o seguinte teor:

> **EMENTA**: Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Não caracterização. Desconsideração da personalidade jurídica. Indicação precisa da confusão patrimonial e fechamento irregular. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF. Reexame de prova. Súmula 83/STJ. Recurso não provido. STJ. 4ª Turma. Min. Relator Luis Felipe Salomão. AgRg no agravo em recurso especial nº 316.038 - sp (2013/0077498-7). Decisão 15/08/2013.

Desses e de outros julgados emanados dos tribunais estaduais e da Corte Superior extraem-se *standards* comuns de conduta que, analisados à luz do caso concreto, podem levar à desconsideração (desde que verificado o efetivo prejuízo dos credores sociais):

a) identidade de endereços e objeto social;
b) utilização de marca comum ou razão social comum;
c) unidade de controle: é importante notar que às vezes os sócios ou acionistas não são os mesmos. Podem ser parentes ou amigos, mas o idealizador primário sempre figura como um procurador, conselheiro, administrador nomeado. Caracteriza-se um exercício de poder unitário dentro das sociedades do grupo, mesmo se não configurada qualquer participação

acionária. É possível vislumbrar um “sócio oculto”, alguém que realmente comanda a estrutura;

d) constituição de novas sociedades: muitas vezes, as “novas” sociedades não preexistem. Elas são criadas ao passo que surge um problema, uma dívida, uma obrigação, do que se pretende esquivar. É importante, no caso concreto, fazer-se uma digressão à data dos fatos para verificar se o grupo, nessa oportunidade, já existia e como se deu a sua progressão a partir de então. Esse ponto é muito sutil, pois pode ocorrer de a anomalia não ser originária. O grupo ou a sociedade (ainda sozinha) operava de forma regular até que se deu um problema que cerceou o crédito e/ou criou um risco patrimonial;
e) condução das sociedades do grupo como uma única sociedade (mesmos funcionários, mesmas contas bancárias, mesmos administradores/ diretores etc.);
f) esvaziamento patrimonial sistêmico (frequente, recorrente) para outras sociedades integrantes do grupo: é muito comum que este esvaziamento patrimonial se dê por cessão de marcas (por preço vil); compra e venda imobiliária por valor inferior ao de mercado; cessão de contratos (transferência de carteira de clientes); contratação de empréstimos entre as sociedades, para gerar dívidas que justifiquem a transferência patrimonial e outras práticas que indiquem uma promiscuidade patrimonial entre as sociedades integrantes do grupo. O esvaziamento patrimonial sistêmico comumente inicia-se após deflagrado um problema (obrigação, dívida) na sociedade ‘inicial’. Por tal razão, também vale a pena, no caso concreto, verificar o esvaziamento societário ocorrido desde quando se iniciou o problema até o efetivo momento em que se buscou a satisfação do crédito. (Como se sabe, a Justiça é lenta, o que propicia que estas práticas sejam perpetradas e até planejadas com certa antecedência.)

Sobre tais comportamentos anômalos observados nos casos de utilização desvirtuada dos grupos societários, José Tadeu Neves Xavier observou que, nos grupos econômicos, a mistura de sujeitos de responsabilidade é verificada quando

houver a identidade dos membros da administração ou gerência de duas ou mais sociedades, quando houver desrespeito às formalidades societárias ou, ainda, pela utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades de responsabilidade, com firmas e ramos de atuação assemelhados, o que pode vir em prejuízo dos credores sociais. Para esse autor, aquele que desejar assegurar a autonomia patrimonial dos sujeitos e a consequente limitação de responsabilidade não deve utilizar-se apenas de adequado complemento à denominação social, mas também manter a possibilidade de distinção de identidade dos sujeitos de responsabilidade[606].

É importante deixar registrado que, além da verificação de *standards* abusivos de conduta, deve-se perquirir, no caso concreto, se houve o efetivo prejuízo do credor social por conta desses comportamentos adotados. Ou seja, o credor deixou de receber e teve sua expectativa frustrada por conta destas manobras, o que lhe confere o direito – ante aos fatos – de pedir a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades do grupo. É importante esta ressalva por duas razões. Em primeiro lugar, não há mote à desconsideração se, mesmo caracterizado o exercício abusivo da atividade, a sociedade devedora arcar com a sua dívida. E, em segundo lugar, a verificação *per si* de comportamentos que indiquem o abuso não legitima uma desconsideração feita *ex officio* pelo juiz. Em todo e qualquer caso, é preciso que esteja presente a motivação da desconsideração, e o que a legitima é – verificados os pressupostos – a existência do crédito não satisfeito pelo credor social.

Assim, analisados estes *standards* de conduta e feita a ressalva da necessidade do efetivo prejuízo, comumente presentes quando o grupo de fato é utilizado de forma abusiva e desvirtuada, faz-se necessário perquirir os pressupostos e fundamentos legais que, nos casos concretos, como nesses analisados, poderão dar arcabouço jurídico à aplicação da teoria. Tal construção ancorar-se-á, para além do artigo 50 do CC, nos princípios que emergem da Constituição da República.

3.3 **O artigo 50 do código civil**

[606] XAVIER, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica no Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 69-85, p. 76-77, abr./jun. 2002.

Não se questiona que uma sociedade, por sua conduta, além de ser um agente econômico que cumpre um dever jurídico, pode, também, violar esse dever, por intermédio da atuação de determinado indivíduo que a compõe[607], estendendo-se tal máxima também às sociedades pertencentes a grupos societários. É nessa esteira que repousa o cerne do problema, pois, nos casos de grupos de fato, essa composição não se encontra expressa em contrato social ou estatuto, carecendo de matéria probatória para consubstanciar-se. Ou seja, é preciso primeiro configurar o grupo, depois verificar sua utilização abusiva, para só então aplicar a desconsideração.

Por falta de previsão legal específica sobre a matéria, as decisões judiciais de natureza cível que desconsideram a personalidade jurídica em grupos societários de fato, além de se ancorarem na análise de comportamentos concretos adotados, *standards* de conduta, acabam por fundamentar a aplicação do instituto com base no artigo 50 do Código Civil. Mas será que este dispositivo tem o condão de, *sozinho*, dar resposta satisfatória à questão?

O artigo 50 do Código Civil diz que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Embora a teoria subjetiva tenha prevalecido na jurisprudência e na doutrina brasileiras[608], o artigo 50 do atual Código Civil foi redigido por Fábio Konder Comparato, adepto da teoria objetiva, o que pode ensejar maior questionamento sobre os requisitos da desconsideração no caso concreto. Aliada a isso, a redação por vezes confusa de outros dispositivos legais que igualmente adotam o remédio da desconsideração, mesclando premissas objetivas e subjetivas, servem para aumentar a angústia do aplicador do direito. De fato, esses questionamentos teóricos tendem a encrudescer ainda mais quando a estrutura societária em questão tratar-se de grupo de fato, pois,

---

[607] SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999, p. 17.

[608] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, p. 59, abr./jun. 2007.

além do arcabouço para suspender o véu, o aplicador terá, como premissa, a identificação do grupo.

Como se viu anteriormente, a caracterização do grupo passa pela verificação do poder de controle societário. Contudo, o fenômeno do controle é inerente à noção de pessoa jurídica e não constitui, *per si,* pressuposto da desconsideração[609]. Nos grupos de fato, a presença do controle é comum, mas até aí não há qualquer irregularidade. Para que se possa falar em desconsideração em grupos societários de fato faz-se necessário que o controlador tenha manipulado os entes personalizados de forma abusiva. Trata-se, pois, de um abuso específico perpetrado em grupos societários por meio de um exercício abusivo do controle. Como esclarece Marçal Justen Filho, a aplicação da desconsideração em grupos precisa recorrer à teoria do controle para verificar o abuso na utilização da pessoa jurídica, quando o sócio controlador se oculta atrás de outras sociedades[610].

Nesse ponto, feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise dos pressupostos trazidos pelo artigo 50 do CC, a começar pelo abuso da personalidade jurídica, que traz um viés objetivo do instituto do abuso de direito. Aliás, não é porque o artigo tem condão objetivo que a teoria subjetiva deva ser deixada de lado, pois essa corrente há muito foi adotada no Brasil por Rubens Requião, defendendo uma visão unitária da pessoa jurídica e admitindo a desconsideração quando comprovada a existência do elemento subjetivo, caracterizado pela fraude e pelo abuso de direito[611]. Seguindo à máxima de que nem tudo que é conforme a lei é legítimo, Requião sustentou que, se no exercício regular de um direito o agente ferir direito de outrem, comete um ato abusivo[612]. Ocorre que, para Requião[613], o abuso de direito a legitimar a desconsideração é aquele proveniente de ilícito, acentuando o caráter subjetivista da aplicação da teoria, em que somente a ilicitude fundamentaria a desconsideração da autonomia patrimonial.

---

609 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1987, p. 140.
610 Ibidem, p. 140.
611 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 110.
612 REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 803, p. 751-64, p. 755, set. 2002.
613 Filiando-se à corrente adotada por Rolf Serick, jurista alemão da década de 1950.

Assim, o abuso do direito recepcionado por Requião, como bem lembra Eduardo Secchi Munhoz, é aquele abuso individual, de caráter subjetivo[614], que não se confunde com o abuso do instituto, que é pressuposto de natureza objetiva, como consta do artigo 50 do CC. Seguindo a linha subjetiva, pode-se dizer, por outras palavras, que somente se justifica a aplicação da desconsideração nos casos de fraude e abuso do direito com a presença do elemento culpa[615]. Para Requião, essa lógica retrata a forma como a doutrina é utilizada nos tribunais norte-americanos e alemães, motivo pelo qual merece acolhida, em iguais termos, pelo ordenamento pátrio[616].

Em uníssono com a corrente subjetiva da desconsideração posicionou-se Fábio Ulhoa Coelho, acrescendo ainda que a fraude ou o abuso de direito justificadores da inaplicação da regra da personalização da sociedade são apenas os que se referem à autonomia patrimonial, ou seja, quando uma pessoa se oculta por trás de um ente moral para furtar-se ao cumprimento de obrigação legal ou contratual dela própria[617]. Nessa moldura, esclarece o autor que a teoria da desconsideração somente tem serventia quando o ato praticado em nome da sociedade é, em si considerado, absolutamente lícito. A ilicitude apenas se revela após o superamento da autonomia patrimonial e a imputação do ato àquela pessoa que se escondeu sob o manto da personalização do ente moral[618]. Para os partidários dessa posição doutrinária, vale dizer que as situações que justificam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas são comportamentos dolosos ou culposos, pois seus fundamentos emergem de decisões jurisprudenciais norte-americanas nas quais os atos ilícitos fraudulentos, praticados com dolo ou culpa pelos membros da pessoa jurídica, ensejam a desconsideração[619].

---

614 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 28, abr./jun. 2004.

615 Ibidem, p. 28.

616 REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 803, set. 2002, p. 752-753.

617 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 43, mar. 1992.

618 Idem.

619 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 28, abr./jun. 20048.

Ancorar-se na corrente subjetiva da desconsideração não é posição desprovida de sentido, uma vez que há sempre pessoas naturais por trás das sociedades manipuladas. Pessoas naturais, físicas, controlam os entes personalizados, que nada fazem sozinhos, desanimados que são. As sociedades são usadas e manipuladas por um sujeito, que ao final da linha terá sempre de ser uma pessoa humana, motivo pelo qual o aspecto subjetivo nunca deixará de estar presente. Contudo, essa concepção subjetiva recebeu muitas críticas ao longo das últimas décadas, culminando num esforço para alicerçar a doutrina da *disregard* em padrões objetivos[620], como o fez Comparato no Código Civil.

Assim, cabe consignar que o abuso da personalidade jurídica adotado pelo artigo 50 do CC não se relaciona com a ideia do abuso de direito individual, encarado subjetivamente pelo viés de dolo ou culpa, mas ancora-se na figura do abuso do instituto, que se caracteriza pela utilização da pessoa jurídica de forma contrária à função que lhe é atribuída pelo ordenamento[621]. Esse viés remeterá à doutrina, invariavelmente, aos preceitos da Constituição da República, como logo adiante restará demonstrado.

Aliado ao abuso do instituto, outro pressuposto de natureza objetiva constante do artigo 50 do CC é a confusão patrimonial. Com efeito, uma vez que a distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios se apoia no pilar da separação patrimonial[622], o desrespeito a essa máxima enseja o levantamento do véu[623]. Em matéria de grupos societários, esse condão também é verdadeiro e o princípio dos vasos comunicantes, oriundo da doutrina francesa, esclarece bem essa situação concernente à realidade patrimonial dos grupos, em que a transferência de recursos financeiros entre seus membros seja de tal ordem, que – excepcionalmente – faça com que os ativos e

---

620 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 36, p. 38-44, p. 42, mar. 1992..

621 MUNHOZ, Eduardo Sechi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 29-29, abr./jun. 2004.

622 SANTOS, J.A. Penalva. A Aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coord.). *O Direito na Década de 1990*: Novos Aspectos. Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 66.

623 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC,* n. 30, p. 56, abr./jun. 2007.

passivos de cada sociedade transformem-se em ativos e passivos de todo o grupo, constituindo, assim, uma verdadeira unidade econômica[624].

Comparato defende que a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é o critério fundamental para a desconsideração em sede de grupos de empresas, ou *externa corporis*[625]. No direito norte-americano, essa situação é conhecida por *comingling of funds,* ou promiscuidade de fundos[626]. A caracterização da confusão patrimonial só se verifica na análise do caso concreto, perpassando a coincidência de fatores comuns entre as sociedades do grupo, tais como mesma sede, mesmos diretores (confusão subjetiva), mesmo número de telefone, dentre outros[627]. Justamente, é a análise dos *standards* de conduta, como há pouco se analisou, que auxiliará na fundamentação e verificação da confusão patrimonial.

A propósito do direito norte-americano, é fato que as cortes daquele país têm entendido que as falhas em manter a separação dos ativos da companhia e dos ativos pessoais dos acionistas caracterizam a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, do mesmo modo que a divisão de um único negócio em várias companhias distintas, com o intuito de minimizar os ativos sujeitos à reclamação de credores, tem sido mantida sob forte suspeição. Nesses casos, as sociedades coligadas (*brother-sister corporate*) podem ser ignoradas, vindo a ser tratadas como uma única companhia, responsabilizando controladora e suas controladas[628].

Voltando à doutrina pátria, também sobre confusão patrimonial em sede de grupos societários, vale trazer à baila as palavras de Eduardo Secchi Munhoz, para quem a transformação do patrimônio de cada sociedade em instrumento de estratégia empresarial do grupo globalmente considerado afeta o princípio da autonomia

---

624 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 41-42, abr./jun. 2004. Nesse trecho, Munhoz defende que a confusão patrimonial em sociedades integrantes de grupo se dá com extrema frequência fazendo com que, no mais das vezes, seja possível verificar-se a confusão patrimonial. Contudo, não parece ser esta a melhor hermenêutica.

625 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 450.

626 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, p. 59, abr./jun. 2007.

627 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

628 SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999, p. 73-74.

patrimonial, do qual decorre uma série de regras do modelo societário clássico[629]. Realmente, na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa. Tal situação pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não forem suficientemente diferenciados. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante credores sociais, a sua propriedade sobre objetos que eles próprios não sabem classificar se são seus ou da sociedade[630].

A visão de Comparato sobre confusão patrimonial aduz, de forma coerente, que a causa na constituição da sociedade reside, justamente, na separação patrimonial, ou seja, na existência de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios[631]. Para ele, essa separação patrimonial é estabelecida para a consecução do objeto social, motivo pelo qual a sua manutenção só se justifica se mantido também seu escopo de utilidade[632]. Munhoz compartilha desse entendimento, pois entende a personalização como uma técnica jurídica para se atingir a autonomia patrimonial e a limitação ou supressão de responsabilidades individuais. A separação patrimonial é apontada como a *causa* do negócio de sociedade. Assim, ante a ausência de separação patrimonial e de um centro de interesses autônomo, torna-se possível a desconsideração da personalidade, sempre feita em função do poder de controle societário[633]. Por outras palavras, na corrente objetiva, quando verificada a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada, ou ainda, no que tange aos grupos, quando caracterizada uma influência dominante relacionada ao exercício de um poder de controle, restam configurados os

---

629 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 42, abr./jun. 2004.

630 XAVIER, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica no Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 3, n. 10, p. 76-78, abr./jun. 2002.

631 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005*,* p. 351.

632 ibidem, p. 407.

633 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 30, abr./jun. 2004.

critérios para a desconsideração da personalidade jurídica, posto que a manutenção da exploração empresarial nessas condições representaria risco para terceiros[634].

Tal posicionamento, contudo, se levado às ultimas consequências, poderia gerar uma hermenêutica equivocada do tema, pois em todo e qualquer grupo societário haverá alguma intercessão patrimonial, sem que isso signifique – necessariamente – uma confusão no sentido de promiscuidade de fundos.

Caracterizar o poder de controle como fundamento da desconsideração em grupos e, ainda, ter como premissa que o patrimônio do grupo constitui, *per si,* um ativo comum (como uma sociedade de segundo grau) é entendimento que apresenta uma série de implicações e, além disso, não se harmoniza com os valores emanados da Constituição.

A questão merece fina análise, uma vez que a existência de controle entre duas empresas formalmente distintas não pode, isoladamente, levar a se concluir pela falta de autonomia patrimonial entre elas para permitir a aplicação da teoria da desconsideração[635]. Esse raciocínio é muito perigoso, pois pode fazer crer, equivocadamente, que os grupos societários são, em sua essência, institutos contrários ao direito.

É importante esclarecer que, desde que mantida uma separação clara entre os negócios da controladora e da controlada ou controladas, inexistindo manipulação abusiva das sociedades integrantes do grupo, não há de se falar em desconsideração. Capitaneia esse entendimento Alexandre Couto Silva, para quem, se a controladora mantiver uma separação clara entre os seus negócios e os de suas controladas, ela não será responsável, mesmo que todas possuam administradores e diretores em comum; desde que, de maneira racional, mantenham separada uma entidade da outra, comprovando-se que são sociedades distintas[636]. Essa posição comunga plenamente com o princípio da segurança jurídica, na medida em que exclui da linha de colisão da desconsideração as pessoas jurídicas pertencentes ao grupo societário quando

---

634 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 450; 451; 535; 536.

635 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 90.

636 SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. São Paulo: LTR, 1999, p. 72.

respeitada a autonomia patrimonial de cada uma delas. Ou seja, preservada a separação patrimonial entre os entes, mantém-se integralmente a distinção entre as pessoas jurídicas do grupo.

A cautela é necessária, pois é justamente a independência patrimonial (e não a confusão de responsabilidades entre controladora e controladas) que fazem do grupo uma forma de concentração empresarial de reduzido risco na expansão dos negócios. Trata-se de flexibilidade estrutural relacionada à organização autônoma das sociedades que compõem o grupo, cada qual com organização interna própria, mesmo que com interesses comuns mais amplos do que os seus[637].

Marçal Justen Filho também observou com reservas o requisito da confusão patrimonial, defendendo que essa só pode ser invocada se associada a uma utilização insatisfatória e inadequada da pessoa jurídica e, nesses termos, defende que a confusão patrimonial não consiste, por si só, em pressuposto da desconsideração. Para ele, o raciocínio de que a desconsideração é a resposta adequada à confusão patrimonial não é convincente e nem cientificamente correto, pois se trata de um requisito estrutural e não funcional. Marçal afirma que a confusão ensejadora da desconsideração é a que causa uma disfunção das pessoas jurídicas das sociedades do grupo, de modo a legitimar a aplicação da teoria da desconsideração, que tem cunho funcional[638].

---

[637] PRADO, Viviane Muller. *Interpretação da Regra de Conflito de Interesses nos Grupos Societários de Fato Conforme a Lei 6.404/76.* Tese (Doutorado em 2004) – USP, São Paulo, 2004, p. 20-21.

[638] Idem. Vale menção as palavras do autor nesta passagem: "A confusão patrimonial só poderia ser invocada para fazer aplicar a desconsideração desde que consistisse em uma utilização inadequada e insatisfatória da pessoa jurídica. Ou seja, desde que fosse causa de uma disfunção.
Mas a confusão patrimonial não é, em si mesma e necessariamente, indicadora de disfunção.
Tratar-se-á, eventualmente, de uma consequência de um abuso na utilização da sociedade. Em outros termos, a confusão patrimonial será produto e, não, causa de utilização abusiva. Não será a confusão patrimonial que causa o resultado indevido ou insatisfatório, mas será corolário do abuso, cujas raízes se encontrarão em outros fatos.
Assim, suponham-se duas situações, essencialmente idênticas, onde se verifique, em ambas, confusão patrimonial. A diferença entre as duas situações residiria em que, em uma delas, ocorreria a insolvência da pessoa jurídica, contrariamente ao que passa na outra. Ter-se-á de reconhecer que se cogitaria da desconsideração da personalidade societária só relativamente à hipótese em que ocorresse a insolvência da pessoa jurídica. Portanto, a simples confusão patrimonial ao se configura como requisito da desconsideração. Se fosse pressuposto, ter-se-ia de afirmar que em todos e qualquer caso de confusão patrimonial entre sociedades e sócio seria ineficaz a distinção subjetiva entre eles.
Porém, não é assim que se passam as coisas, porque só se aplica a desconsideração quando a personificação societária for hábil a acarretar um resultado incompatível com a função teoricamente prevista para ela".

A confusão patrimonial justificadora da desconsideração deve ser de tal ordem que descaracterize a autonomia patrimonial das sociedades membro. Assim, a confusão precisa ser “promíscua”, de sorte que acarrete prejuízos aos credores. Nessa configuração, é importante verificar se as operações financeiras e econômicas travadas entre as sociedades integrantes do grupo corresponderam aos parâmetros médios de mercado ou se foram subavaliadas (exemplos: compra e venda de imóveis pelo valor venal; “criação” de mútuos entre as sociedades para justificar transferências bancárias; cessão de marcas por preço vil; comodatos etc.). Em todo e qualquer caso, a confusão deve deixar nítida uma condução patrimonial que lesou os credores, caracterizando um desvirtuamento da função social do grupo.

Sob tal ótica, o que deve se apurar no caso concreto é a conduta funcional da sociedade, ou do grupo de sociedades [639] e, justamente nesta assertiva reside o último e mais importante dos requisitos trazidos pelo artigo 50 do CC, que é o desvio de finalidade ou desvio de função.

Mencionado por seguidores das correntes subjetiva e objetiva, embora melhor se identifique com essa última, o desvio de função consagrado pela *disregard doctrine* procura sancionar o desvio ocorrido no estrito desempenho da atividade empresarial, seja esse identificado com o abuso de direito ou qualificado como choque aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico[640].

A teoria do desvio de função (ou disfunção) defende que a desconsideração da personalidade jurídica opera-se como resultante de fraude ou abuso, que nem sempre constituem ato ilícito, vez que, de acordo com essa corrente doutrinária, a disfunção se dá sempre que o comportamento do sócio (*standards* de conduta) ou a relação estabelecida torna inútil ou ineficaz a organização societária[641].

Nesse passo, o artigo 50 do CC nos remete, diretamente, ao substrato da função social da empresa e aos demais ditames da ordem econômica, emanados da CRFB.

---

[639] JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1987, p. 136 e 137.

[640] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 144.

[641] TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10. v. II.

3.4 **Desvio de função: substrato civil-constitucional do CC para a desconsideração em grupos de fato**

Ao se aprofundar no conceito de desvio de função é que se verifica a relevância concedida pelo ordenamento à função que a pessoa jurídica de direito privado exerce no seio social. Com efeito, conforme já consolidado na hodierna doutrina, empresa é propriedade, e a pessoa jurídica que desempenha essa atividade deve atentar à função social que lhe cabe. Cunha-se, assim, o adágio de que o direito de propriedade tem função social e somente em consideração à função social desempenhada pela exploração da empresa – recolhendo impostos, gerando empregos, obtendo inovações tecnológicas, usufruindo dos recursos esgotáveis de forma autossustentável, promovendo a circulação dos bens, serviços e riquezas – é que a detenção privada de um bem de produção é legal e constitucionalmente justificável[642]. Por outras palavras, a pessoa jurídica que exerce a atividade empresarial deve cumprir um papel, de forma que sua conduta, através de seus dirigentes, atinja um fim útil, perseguido pelo interesse público. Se uma função for desempenhada por mote diverso daquele que lhe constitui a base, dá lugar a um comportamento ilegítimo, que recebe o nome de desvio[643].

O desvio de função, nessa construção, mostra-se como critério intrínseco à aplicação da teoria da desconsideração no caso de sociedades pertencentes ao mesmo grupo, pois a concessão da personalidade jurídica a cada um dos entes e sua manutenção têm como pressuposto inafastável a observância aos princípios do ordenamento relacionados à função social da empresa. Com idêntico discurso desponta sobre o tema Fábio Konder Comparato, ao afirmar que o verdadeiro critério [para a desconsideração da personalidade jurídica] está ligado à interpretação funcional do instituto, a qual é decisiva nessa matéria. Como afirma, toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da

---

642 TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99.
643 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, p. 39, abr. 2003.

personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais. A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção resultante, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito[644].

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury não se afastou dessa assertiva ao notar que a função do instituto da pessoa jurídica é permitir a reunião de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades que, de outro modo, não seriam alcançadas, permitindo limitar os riscos empresariais por meio do reconhecimento de sua existência distinta de seus membros. Contudo, esse instituto jurídico pode ter sua função desviada e ser utilizado de forma contrária às suas finalidades, consistindo esse desvio de função na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada. Especialmente no que tange a grupos societários, ressalta a autora que a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades integrantes do grupo[645].

Ao tratar de desconsideração em sociedades pertencentes a grupos de fato, Thereza Alvim também aludiu ao requisito do desvio de função, quando considerou que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ter lugar se dos atos praticados por uma ou mais sociedades resultarem prejuízos a terceiros, e desde que tais atos sejam incompatíveis com a função da pessoa jurídica, a que chamou de mau uso da pessoa jurídica[646].

---

644 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 356.

645 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 67.

646 ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 212, jul./set. 1997.

Rubens Requião, patrono da teoria subjetiva no direito brasileiro, aludiu à função social e à finalidade do instituto para justificar a aplicação da *disregard.* Para ele, o exercício de direitos, mesmo que privados, deve atender a uma finalidade social, referindo-se à função social sobretudo aos contratos e à propriedade. Assim, o mesmo ato que é conforme à lei, se for contrário a sua finalidade, é abusivo e atentatório. Requião arremata classificando a personalidade jurídica como uma concessão do Estado que objetiva a realização de um fim, motivo pelo qual a esse se deve reconhecer, por meio da justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado[647].

Com efeito, o requisito do desvio de função aproxima-se da corrente objetiva por se entender que na sua aplicação prescinde-se da aferição do elemento culpa[648], mas o uso fraudulento ou abusivo da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, causador de dano a terceiro, igualmente pode ser qualificado como desvio de função, posto que a pessoa jurídica é utilizada contrariamente a seus fins. Ou seja, o desvio de função tem viés objetivo porque prescinde do elemento culpa, mas isso não quer dizer que a subjetividade não esteja presente no caso concreto, através da presunção de fraude ou abuso pela verificação de certos comportamentos indicativos, como emergem dos *standards* de conduta já verificados.

Certo é que a personalidade é um privilégio conferido à pessoa jurídica pela lei, motivo pelo qual nunca deve se desviar dos fins para os quais foi criada[649]. Com igual discurso, Ada Pellegrini Grinover salienta que a personalização das sociedades é uma qualidade que a ordem jurídica estatal outorga a entes que a merecem, de maneira que sua manutenção só se autoriza e se justifica quando voltada à realização de determinados interesses e objetivos[650].

Marçal Justen Filho, também de olhos voltados à função social da empresa a ser desenvolvida pela pessoa jurídica, ratificou que os pressupostos para a

---

[647] REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 803, p. 755, set. 2002.
[648] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 29, abr./jun. 2004.
[649] SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 49.
[650] GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 52, n. 320, p. 8, jun. 2004.

desconsideração da personalidade jurídica não podem ter cunho estrutural, mas sim funcional, o que significa dizer que esse remédio não pode ser aplicado por um defeito na estrutura da sociedade, mas sim por um defeito quanto à sua utilização, pois a justificativa jurídica para a desconsideração ocorre quando há um descompasso entre a função abstratamente prevista para a pessoa jurídica e a função que ela concretamente realiza[651].

Fundamentalmente, pode-se auferir que a desconsideração da personalidade jurídica no caso de sociedades pertencentes a grupos societários de fato ancora-se nas circunstâncias que provocam a incompatibilidade entre o ordenamento jurídico e o resultado que se atingiria, no caso concreto, através da utilização dessas pessoas jurídicas[652]. Ou seja, havendo manipulação das pessoas jurídicas pertencentes ao grupo societário, de forma que se verifique nas suas relações com terceiros – acionistas ou credores – que a autonomia patrimonial ou subjetiva foi utilizada para burlar a lei e ferir os preceitos do ordenamento, deve a personalidade ser desconsiderada para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções, como de fato é[653].

Sobre a aplicação do requisito do desvio de função pelos tribunais pátrios, Eduardo Secchi Munhoz verificou que, embora no Brasil os juízes adotem mais a corrente subjetiva, fundamentando suas decisões em comportamentos abusivos ou fraudulentos dos sócios, acionistas ou controladores, a corrente dominante que hoje se avizinha em vários países é de cunho objetivo, calcada no desvio de função, prescindindo da caracterização do ilícito por meio da análise dos *standards* de conduta no caso concreto. Para o jurista, esse posicionamento é o mais adequado, o que de fato é consentâneo com o ordenamento, pois aplica a desconsideração da personalidade jurídica como decorrência da utilização da pessoa coletiva de forma incompatível com as funções atribuídas a esse instituto pelo ordenamento jurídico –

---

651 JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987, p. 135. No trecho de seu artigo pondera o autor: “A desconsideração não é remédio para um defeito na criação ou na manutenção da sociedade personificada. Bom por isso, seus pressupostos devem-se vincular à desnaturação funcional. O fundamento da desconsideração é o abuso funcional na utilização da pessoa jurídica, de molde a provocar um resultado incompatível, no caso concreto, com a previsão abstrata visualizada pelo ordenamento” (grifo nosso).

652 Ibidem, p. 95.

653 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.152.

criação de um centro de interesses autônomo, separação patrimonial e limitação da responsabilidade –, independentemente da apuração do elemento subjetivo[654].

Para Alexandre Couto Silva, somando-se ao que vêm decidindo os tribunais, o desvio de função é considerado como o critério básico e fundamental para operar a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a finalidade social é o mais alto atributo conferido às sociedades e não se pode desviar deste caminho sob pena de se contrapor às necessidades do ordenamento[655].

Percebe-se, assim, que a disfunção apresenta-se como um pressuposto geral para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades integrantes de grupos de fato, prescindindo-se da aferição específica do elemento culpa, o que, repita-se, não significa dizer que este não se fará presente no caso concreto. Contudo, sob a perspectiva que ora se perfilha, serão os *standards* de conduta ou os comportamentos indicativos que farão subentender a presença de fraude ou abuso em todos os casos em que restar configurado o desvio de função. Por isso, o elemento culpa torna-se prescindível, o que não significa ausente.

Igual adágio encontra-se em respeitável parte da doutrina, dentre os quais menciona-se Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, para quem a ideia de desvio de função está presente na noção de abuso de direito[656] e, arrematando o tema, Marçal Justen Filho, que sintetizou a questão, ao afirmar que há disfunção quando os fins almejados pelo direito não são realizados pelo agente – sem que se altere essa configuração pelo fato de que a intenção do agente era a de realizar os ditos fins. Por isso, a desconsideração não depende da vontade de abusar ou da consciência de prejudicar os interesses alheios. Não se indaga o elemento subjetivo do agente, mas tão somente a situação objetiva do desempenho da função. Ocorrendo estes pressupostos, aplicar-se-á a desconsideração. A investigação do elemento subjetivo do agente adquirirá

---

654 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, abr./jun. 2004, p. 30.

655 SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. São Paulo: LTR, 1999, p. 34-35.

656 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69.

relevância para outros fins, tais como a aplicação de alguma sanção acessória ou o questionamento da validade do ato praticado[657].

Como largamente demonstrado, a aplicação das correntes objetiva ou subjetiva vai depender da análise do caso concreto, sendo concebível uma série de combinações[658]. Nessa esteira, concluiu Gustavo Tepedino que, não raro, ambas as teorias (objetiva e subjetiva) são aplicadas conjuntamente, face a elasticidade do instituto que se vê diante de hipóteses que configuram tanto o abuso quanto disfunção[659]. Fábio Konder Comparato também se rendeu a essa afirmação e confidenciou que, na prática, para a configuração das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, é preciso misturar elementos objetivos e subjetivos, não sendo possível eliminar totalmente os inconvenientes contidos na teoria subjetiva[660].

Isso posto, no que tange à desconsideração em sociedades pertencentes a grupos de fato, o fundamento que melhor se coaduna é o desvio de função, seja em viés subjetivo ou objetivo, o que se verá na análise do caso concreto. O desvio de função, por sua vez, é pressuposto intrinsecamente ligado aos princípios da ordem econômica da Constituição da República.

3.5 **Princípios constitucionais norteadores**

No modelo ora preconizado, há de se destacar que o desvio de função, a justificar a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades pertencentes a grupo de fato, coaduna-se igualmente com a necessária observância dos princípios constitucionais que erigem a ordem econômica. Ou seja, numa interpretação sistemática, vale dizer que o Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB de 1988, consagrou valores protetivos do perfil da sociedade e prestigiou finalidades sociais a alcançar, o que faz com que as atividades tuteladas pela ordem jurídica, aqui

---

657 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 141-142.
658 Ibidem, p. 144.
659 TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12. v. II.
660 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 462.

em especial a atividade empresarial, devam ser exercidas em função e em sintonia com os objetivos da República[661].

Isso se justifica porque o legislador constituinte funcionalizou a ordem econômica, sendo o artigo 170 um núcleo de revalorização do sujeito. O primeiro sujeito nomeado pela ordem é o trabalhador, seguido do empresário (empregador que organiza a livre iniciativa) e do consumidor. É a esses sujeitos que se destinam as promessas de segurança jurídica, esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada, como titulares dos ditames da justiça social, definindo-os como cidadãos no âmbito da soberania nacional[662].

A pedra de toque da questão reside na ratificação da função social da empresa como um braço da função social da propriedade, no que se refere aos bens de produção, ao poder de controle e aos bens de acesso ao mercado[663]. Desta forma, os princípios da liberdade de iniciativa econômica e da livre concorrência são atingidos quando há um desvio de função no seio da empresa, justificando a desconsideração da personalidade jurídica[664].

O desvio de função caracteriza-se pela afronta ao princípio constitucional da função social da empresa, o que já foi explicitado pelas lições de Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau, que se pronunciaram acerca da propriedade dos bens de produção em dinamismo no capitalismo, como função social da empresa[665]. O mesmo Eros Roberto Grau descreveu "função" como um poder-dever, ou um condicionamento do poder a uma finalidade. Por isso, o princípio da função social da propriedade impõe a quem detém o poder de controle na empresa o dever de exercê-la em benefício de outras pessoas e não apenas em benefício próprio ou sem prejuízo terceiros. Isso significa que a função social atua como fonte de imposição de comportamentos positivos[666].

---

661 GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação.* São Paulo: Dialética, 2005, p. 177.
662 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Orgs.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 86-87.
663 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.
664 GRAU, Eros Roberto. *Princípio da Livre Concorrência* – Função Regulamentar e Função Normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 93, n. 4, p. 125, 1993.
665 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 248-249.
666 Ibidem, p. 249 e 250.

Nessa vereda, a função social da propriedade afirmada pelo texto constitucional não constitui um instituto jurídico único, mas um conjunto de institutos relacionados a distintos tipos de bens, dentre os quais os bens de produção caracterizadores da empresa[667]. Para Pietro Perlingieri, em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social, e no pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que as formas de propriedade devem ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento[668].

Ada Pellegrini Grinover destaca a função social como princípio geral da ordem econômica inscrito no artigo 170, III, da CRFB, fazendo com que o exercício da empresa pela sociedade empresária, independentemente do tipo societário, tenha de ser desempenhado em fiel observância a esse preceito, sob pena de desviar-se da rota traçada pela lei ou pelo contrato[669], originando a disfunção.

Assim é que o uso indevido de sociedades integrantes de um grupo de fato caracteriza desvio de função ou afronta ao axioma constitucional da função social, pois nenhuma sociedade utilizada ou gerida por meio de fraude ou abuso pode cumprir uma função positiva no seio social. Foi nesse sentido que Marçal Justen Filho disse que “ou se realiza ou não se realiza a função juridicamente prevista para o instituto”[670]. Tullio Ascarelli ainda asseverou que a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito, burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios ou ainda para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas[671].

---

667 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: Interpretação e Crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 248.
668 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.
669 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 52, n. 320, p. 10, jun. 2004.
670 JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987, p. 141.
671 ASCARELLI, Tullio. Questões a Respeito das Sociedades Coligadas. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 490.

Eros Roberto Grau, ao tratar da questão, afirma que a sociedade dotada de função social que não esteja a cumpri-la já não é mais objeto de proteção jurídica, pois sua existência justificava-se, justamente, por seus serviços, sua função e seus fins[672].

Esmiuçando ainda mais o conceito, pode-se auferir que, pela função social, ao mesmo tempo que a empresa deve servir àqueles que a exercem, deve atender à vontade social reputada fundamental pelo Estado, cujos limites são traçados pelo artigo 170 da CRFB, que trata dos princípios gerais da atividade econômica[673].

Logo, como parte integrante da ordem econômica, não resta dúvida de que a pessoa jurídica, no desempenho da atividade de empresa, não pode desviar-se de sua finalidade, sob pena de afrontar os princípios que lhe servem de base. Por outras palavras, o desvio de função constitui infração à ordem econômica, capaz de ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

Rachel Sztajn comunga desse entendimento e destaca que a aplicação da técnica de levantamento do véu se funda no emprego da personalidade jurídica de maneira não coerente com os fins que justificam suas funções e propósitos básicos[674].

Calixto Salomão Filho trouxe à colação a concepção de que as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica não mais se restringem aos casos de fraude, dando ao instituto uma perspectiva funcional de cunho constitucional[675].

Observe-se, ademais, que os princípios albergados no artigo 170 da CRFB não se esgotam na lei antitruste, mas permeiam todas as normas infraconstitucionais, em especial as que ditam as regras para o exercício da empresa e da economia de mercado. A consolidação desses princípios de natureza econômica na Carta Magna cunha a ideia de Constituição Econômica, a qual ganhou corpo na doutrina alemã durante o século XX, a partir da consideração do quanto dispôs a Constituição de Weimar a respeito da vida econômica. Conceitua-se, então, como um conjunto de

---

672 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 239; 341.

673 BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004. No mesmo trecho, o autor ainda acrescenta: “Resta inequívoca, portanto, a função social que se espera da sociedade e que limita a sua atividade, enquanto parte ativa integrante da ordem econômica, na qual irá produzir riquezas, gerar empregos e contribuir decisivamente para o desenvolvimento social e econômico do país”.

674 SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 88, n. 762, p. 94, abr. 1999.

675 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um sistema econômico, criam formas de organização e funcionamento da economia e constituem uma determinada ordem econômica[676].

A relação entre Constituição e Sistema Econômico aparece com frequência nas constituições modernas, as quais comumente contemplam pautas fundamentais em matéria econômica, motivo pelo que alguns reconhecem, ao lado de uma constituição política, a existência de uma outra, econômica[677]. No Brasil, a ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, vem erigida no artigo 170 da Carta Magna e define por seus princípios:

a) soberania nacional;
b) propriedade privada;
c) função social da propriedade;
d) livre concorrência;
e) defesa do consumidor;
f) defesa do meio ambiente[678];
g) redução das desigualdades regionais e sociais;
h) busca do pleno emprego;
i) tratamento favorecido a empresas de pequeno porte[679], tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Vê-se, pois, que para dar execução prática aos escopos e diretrizes traçados pela norma constitucional no artigo 170, e a fim de preservar e tutelar as garantias individuais, é que se baseia a regulamentação jurídica para reprimir o mau uso das

[676] Ibidem, p. 77-78.
[677] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 19, p. 11-12.
[678] A íntegra do inciso VI dispõe: defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
[679] A íntegra do inciso IX dispõe: tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

sociedades empresárias personificadas[680], dentre as quais se encontra o desvio da função social da empresa, talhado pelo artigo 50 do CC.

O desvio de função, por esse viés, relaciona-se à inobservância dos ditames da ordem econômica, aqui compreendidos a função social da empresa, como já visto, a livre concorrência e a livre iniciativa. Não se trata de um pressuposto infraconstitucional, mas de um axioma que reflete os anseios e os objetivos da República, como um dos pilares do ordenamento e da ordem jurídica e econômica na qual se insere. O desvio de função no exercício da atividade empresarial é a patologia da função social da empresa pelo mau uso da autonomia patrimonial à que o Estado conferiu legitimidade para viabilizar a consecução de certos fins.

Igual sentimento externa Fábio Ulhoa Coelho, ao abordar o princípio da autonomia patrimonial, no cenário das relações econômicas, como um aspecto da livre iniciativa de fundamental importância para a ordem jurídica, intrínseco à função social. Tal princípio, desenvolvido pela economia de mercado para motivar a iniciativa privada e permitir ao particular, na exploração de uma atividade econômica, uma limitação à possibilidade de prejuízos pessoais caso a atividade não seja frutífera, se perpetrado seu mau uso, torna-se incompatível com a ordem econômica desenhada pela Constituição.[681] Por tal razão, em que pese a assertiva de que o respeito à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas deve ser preservado enquanto tutela constitucional à livre iniciativa, tal máxima não tem caráter absoluto, admitindo-se ultrapassar o princípio de separação patrimonial sempre que este for utilizado para encobrir comportamentos irregulares, que desviem a pessoa jurídica de sua legítima função[682].

Tal construção perpassa o liberalismo econômico, chegando às definições de livre concorrência e livre iniciativa no Estado Social, que para Heloisa Carpena

---

[680] RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: A Livre Iniciativa e a Livre Concorrência. *Revista Jurídica da Fic-Unaes*, Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 80, maio/out. 1998.

[681] COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 39, mar. 1992.

[682] NEGRI, Sérgio Marcos C.de A. Repensando a *Disregard Doctrine:* Justiça, Segurança e Eficiência na Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-196.

funcionam como um instrumento do dirigismo econômico, a defender os consumidores e o próprio mercado[683].

Ora, especificamente para a delimitação dos pressupostos ensejadores da desconsideração no que concerne às sociedades integrantes de grupos de fato, tomar-se-á por norte a direta incidência dos princípios gerais da ordem econômica às relações civis interprivadas. Nesse particular, emerge como referência o jurista Eros Grau que conceituou a ordem econômica como um conjunto de princípios e normas que definem, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica[684]. Para ele, a função social da propriedade dos bens de produção importa diretamente à ordem econômica e, nesta medida, além de ter o condão dado pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 da CRFB –, faz com que se subordine o exercício desta propriedade dinâmica aos ditames da justiça social, transformando-o em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna[685].

Preconiza Eros Roberto Grau que a livre iniciativa, enquanto fundamento da República, não expressa uma visão individualista, mas exprime-a como preceito socialmente valioso, isto é, voltado a um fim social. Embora a livre iniciativa conduza ao conceito de liberdade econômica, nesse não se esgota, alargando-se ao corolário da valorização do trabalho numa sociedade livre e pluralista[686]. Nessa medida, assevera a importância de deixar bem vincado a livre iniciativa enquanto expressão de liberdade, titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe a "iniciativa do Estado"[687].

A livre concorrência, por sua vez, é princípio que se fragmenta na norma do § 4º do artigo 173 do texto constitucional, expressando-se como brocardo de repressão aos abusos do poder econômico e transbordando, por fim, nos dispositivos da lei antitruste. Não por acaso, tem-se por adágio que as regras da lei 12529/2011 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da

---

683 CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24-25.
684 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70.
685 Ibidem, p. 247-248.
686 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206-207.
687 Ibidem, p. 206.

propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional de 1988[688]. Contudo, destaca-se, esses brocardos ultrapassam essas fronteiras e permeiam toda a atividade empresarial. Em especial no que se refere a grupos societários, o direito econômico detém elevado interesse, uma vez que a formação de grupos é ato de concentração, vertical ou horizontal, que pode conduzir a restrições de concorrência que prejudiquem os interesses da coletividade e contrariem o ordenamento jurídico[689].

Com efeito, já está sedimentado o entendimento de que a leitura do direito civil deve se operar sob um viés constitucional, a fim de permitir uma hermenêutica unitária do sistema. Tal interpretação permite que as opções valorativas da Constituição reflitam e permeiem as relações dos particulares, o que deve também valer, obviamente, para as relações societárias. É com esse corolário que se fundamenta a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades integrantes de grupos de fato na inobservância do preceito constitucional da função social da empresa, ou no desvio de função. Afinal, a economia de mercado perfilada pelo constituinte de 1988 está temperada por valores sociais[690], que devem incidir sobre relações civis e empresariais.

3.6 **Alcance, extensão e aplicação**

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no caso de desvio de função perpetrado por grupo societário não pode ter o condão de pôr em xeque a existência do grupo. Cabe lembrar que o grupo societário é um instrumento salutar para o fomento da economia e a coibição de seu mau uso deve servir, justamente, para melhorá-lo, reforçando a sua importância e contribuindo para a sua preservação, como fonte de crescimento, emprego, renda, tributos, enfim, como ferramenta de consecução dos objetivos da República.

---

688 Ibidem, p. 210-212.
689 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 180.
690 MARTINS, Ives Gandra da Silva. As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*, Londrina, v. 7-8, p. 43, 2003-2004.

Nesse passo o estudo remete, inquestionavelmente, à análise do alcance e da extensão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários de fato pela afronta aos princípios da ordem econômica, em ponderação com outros brocardos aí atinentes, em especial o princípio da manutenção da empresa, já destacado, tudo num cotejo maior com os objetivos constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária[691].

O moderno princípio da manutenção da empresa nada mais é do que um corolário de sua própria função social. Por essa máxima, a aplicação da desconsideração não significa a invalidade ou a dissolução das pessoas jurídicas por ela atingidas. Ao invés disso, o superamento da autonomia patrimonial deve se dar de forma episódica, coadunando-se com o princípio da preservação da empresa, pois a incidência da desconsideração não deve servir como um mecanismo de combate e extermínio do instituto dos grupos societários. Em passagem sobre o tema, asseverou Fábio Ulhoa Coelho que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem uma estreita ligação com o princípio da preservação da empresa, pois não postula a sua invalidade, irregularidade ou dissolução. Ao contrário, o superamento da autonomia patrimonial se perfaz, apenas, para tornar episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica. Isto é, a sociedade será ignorada apenas no julgamento da conduta abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, válida e eficaz em relação a todos os demais aspectos de sua vida jurídica[692].

Tal entendimento é também aplicável aos casos em que há desconsideração da personalidade jurídica de sociedades pertencentes a grupos societários de fato. Nessa situação, flagrado o desvio de função, a autonomia patrimonial das sociedades integrantes do grupo devem ser desconsideradas, naquele caso concreto, permanecendo, contudo, as pessoas jurídicas como sujeitos autônomos em relação aos demais atos[693]. Ou seja, especificamente no que pertine a grupo societário, esse não será exterminado com a incidência da desconsideração, que atingirá as sociedades

---

691 CRFB, artigo 3º.

692 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 40, mar. 1992.

693 MUNHOZ, Eduardo Secchi..Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 25, abr./jun. 2004.

componentes apenas episodicamente, de forma cirúrgica, para a resolução do caso concreto, mantendo-se o grupo incólume para todos os demais fins de direito para o qual foi preconizado. Prestigiando o princípio da manutenção da empresa, o grupo societário será desconsiderado somente na ação judicial entre as partes, não se estendendo a decisão judicial aos demais atos praticados pelas sociedades alcançadas pela desconsideração[694]. Por outras palavras, a desconsideração aplicada a grupos societários não extingue a personalidade jurídica dos entes congregados e, muito menos, torna único o patrimônio social para todo e qualquer fim envolvendo aquelas sociedades.

A chamada responsabilidade *externa corporis* alcançada por meio da desconsideração em grupos societários não macula a existência do grupo, propriamente dita. Sobre isso não discrepa a hodierna doutrina, como aduz Fábio Konder Comparato, que buscou definir um método para aplicação da desconsideração com base no que diz o próprio artigo 50 do CC, pelo qual a desconsideração só atingirá "certas e determinadas relações de obrigações" do devedor, permanecendo intacta a personalidade jurídica e, dessa forma, protegendo o patrimônio social. Como afirmou o autor, é possível se desconsiderar a pessoa jurídica para um determinado fim, preservando-a quanto aos restantes[695].

A aplicação da desconsideração em grupos de sociedades é atinente ao plano da eficácia, não se tratando de despersonalização, invalidade do contrato social ou dissolução.

Há autores que, contudo, discordam totalmente desta posição, afirmando que a desconsideração em grupos deve ter caráter permanente. Com esse entendimento, Eduardo Secchi Munhoz defende que, nos grupos de sociedades, aquilo que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica chama de suspensão temporária e episódica há de se tornar uma suspensão permanente e constante, pois a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades-membros, segundo ele, não constitui a exceção, mas sim a regra, que não se exaure na utilização abusiva da

---

694 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 40-41, mar. 1992.

695 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 480 e 481.

pessoa jurídica em cada caso concreto, mas nos próprios objetivos definidos pelo ordenamento jurídico[696].

A aceitação dessa posição merece reserva, embora com propriedade vislumbre o anacronismo entre a temporalidade da decisão e a caracterização da disfunção. A lógica do autor reside em compreender a disfunção como permanente e não como pontual.

Por outro lado, aceitar essa premissa trará, em primeiro lugar, um desvirtuamento do próprio instituto da desconsideração, que em seu âmago traz a característica da penetração episódica. Munhoz mesmo reconhece essa limitação quanto à posição por ele adotada ao reputar inadequada a doutrina clássica da desconsideração para solucionar problemas jurídicos suscitados pelo fenômeno grupal[697].

Em segundo lugar, a assertiva de Munhoz merece alguma reserva pela ameaça à segurança jurídica atinente às relações empresariais. Ora, salvo em matéria falimentar em que a caracterização do grupo alcançará todos os credores por força de lei, uma vez que há um concurso necessário dos créditos, não é razoável aplicar uma decisão isolada a todas as relações societárias travadas, indiscriminadamente e independente de sua natureza. Por essa lógica, as relações trabalhistas, fiscais, civis, empresariais, consumeiristas, concorrenciais, enfim, todas, indiscriminadamente, que aqui não tivessem sofrido qualquer dano ou prejuízo, poderiam se beneficiar da decisão da desconsideração, uma vez que essa, de forma definitiva, teria desconsiderado a personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo de fato (ou de direito) para considerá-las como uma única sociedade para todo e qualquer fim, tratando-se de uma despersonificação, no final das contas. Por esse prisma, o desvio de função verificado em uma única relação concreta culminaria com o fim da autonomia patrimonial do grupo societário como um todo, criando um risco empresarial de tal magnitude que poderia levar o empresariado a questionar a viabilidade do grupo face ao risco, aqui intangível e imensurável. Ou seja, na prática, representaria o fim dos entes personalizados dentro

---

[696] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 45, abr./jun. 2004.

[697] Ibidem, p. 45.

do grupo e colocaria em xeque um instituto indispensável ao atual desenvolvimento e crescimento da economia, que são os grupos societários. A opção mais adequada seria outros credores não atingidos pela decisão da desconsideração, caso tenham se sentido igualmente lesados pela utilização abusiva do grupo, também recorrerem ao judiciário, valendo-se desse precedente invocável para lhes servir de substrato à nova decisão de desconsideração. Caberá aí ao juiz analisar concretamente os novos fatos trazidos à baila.

Por fim, não parece essa a posição que melhor se harmoniza aos preceitos emanados da Constituição, posto que considera o desvio de função em abstrato e não à luz do caso *sub judice*, tangenciado pelos *standards* de conduta que o caracterizaram. Embora seja um adágio correto afirmar que o desvio de função é uma patologia da função social da empresa e que, se a atividade empresarial não atingir seus fins para aquela específica relação jurídica, não a terá atingido em toda e qualquer relação, pela afronta aos princípios do ordenamento como um todo, o que justificaria a permanente desconsideração de sua personalidade jurídica, tal leitura não pode ser tomada de forma absoluta, como mote a fundamentar a extinção permanente do grupo no caso concreto, sob pena de condenar o próprio instituto[698]. Em outros termos, embora o não cumprimento da função social tenha caráter pleno (visto que não há cumprimento parcial da função social), o remédio para a disfunção deve ser pontual, para “sarar” um prejuízo real, auferível no caso concreto.

Assim, o desvio de função a ensejar a desconsideração, apesar de significar uma afronta aos princípios constitucionais da ordem econômica, deve ser lido à luz do caso concreto, enquanto medida a compensar um real prejuízo sofrido pela má utilização e pelo desvirtuamento do instituto grupal para que, dessa forma, inclusive, seja dada aos detentores do poder de controle a possibilidade de autocorreção dos comportamentos ensejadores da aplicação da medida, o que pode parecer utópico, porém não impossível. Esse raciocínio coaduna-se, em especial, com o princípio da manutenção da empresa.

---

[698] É a clássica questão do remédio na medida certa. Na dose correta leva à cura. Se for demais, pode ocasionar a morte.

A análise cuidadosa de questões dessa natureza foi alvo de estudos de Rachel Sztajn, que observou que o risco empresarial colocado nessas proporções leva à indagação da viabilidade da própria atividade negocial, motivo pelo qual se recomenda prudência na aplicação da *disregard*, devendo prevalecer a regra de separação dos patrimônios, em desprestígio à falaciosa crença de que a teoria, transformada em lei, seria capaz de resolver todos os problemas de comportamento do mercado. Afinal, os benefícios da limitação da responsabilidade, construídos ao longo de tanto tempo, não podem desaparecer com uma penada[699].

Fábio Konder Comparato foi outro que se debruçou sobre o tema das consequências econômicas e jurídicas da desconsideração em grupos societários, tendo em vista seu custo para a segurança jurídica. Para ele, o credor assumiu o risco da responsabilidade limitada e o devedor, por sua vez, dessa se valeu. Dentro dessa perspectiva, a desconsideração parece agir negativamente sobre a expectativa das partes e sobre os riscos que cada uma assumiu. Por essa razão, a desconsideração deveria apenas ser admitida em prol dos credores negociais quando presente o abuso, pois esse criaria um risco adicional, não previsto[700]. Por esta ótica, a desconsideração constitui-se numa forma de redistribuição de riscos entre a empresa e os interesses por ela influenciados[701].

Seja em observância aos princípios da manutenção da empresa e da segurança jurídica ou até mesmo para preservar a essência metodológica do remédio da desconsideração, o entendimento de que em grupos de sociedades esse deve ser aplicado de forma permanente, pondo fim à autonomia patrimonial das sociedades

---

[699] SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 88, n. 762, p. 81-97, p. 96, abr. 1999.

[700] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 482-484.

[701] Ibidem, p. 490-491. Diz o autor nesta passagem: “Definiu-se acima um método de desconsideração que permite um certo grau de direção externa da sociedade. Viu-se também que esse método é totalmente compatível com a visão que identifica na desconsideração forma de redistribuição de riscos entre empresa e os interesses por ela influenciados. È necessário, no entanto, sistematizar os limites à teoria da desconsideração, todos já mencionados, sob pena de criar-se insegurança jurídica insuportável. O primeiro e mais relevante é constituído pelos próprios requisitos objetivos necessários para a aplicação da teoria da desconsideração. Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso de seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar de forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento”.

integrantes, mostra-se em descompasso com a proteção que o ordenamento pretende dar à autonomia das pessoas jurídicas e à atividade empresarial, propriamente dita.

Superada, pois, a questão de que mesmo em grupos societários a desconsideração da personalidade jurídica deve obedecer à técnica da temporalidade, sendo cirúrgica e episódica, passa-se a um ponto importante a ser colocado neste momento do trabalho, que cuida de que sociedades do grupo serão atingidas pela desconsideração. A doutrina não se debruçou muito sobre o tema, e a análise dos casos concretos não trazem sedimentos à formação de uma regra comum.

O enunciado 406 da 5ª Jornada de Direito Civil de forma tímida deliberou quanto à desconsideração em grupos societários com fulcro no artigo 50 do CC, que a desconsideração alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos deste artigo e quando houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades[702].

Com a devida vênia, essa conclusão parece pouco eficaz, a uma porque não explicou se o remédio vai atingir as sociedades componentes do grupo e seus integrantes ou se está restrito ao patrimônio das sociedades membro. A outra, o Enunciado cerceou a aplicação do instituto ao limite transferido entre as sociedades, criando uma "limitação" que não existe no instituto da desconsideração, que serve, justamente, para atingir o patrimônio por trás das estruturações societárias, de forma ilimitada, até a satisfação do crédito. O parâmetro do "limite do patrimônio transferido", além da dificuldade de se auferir esse "valor numérico" na prática, pode não ser suficiente para satisfazer ao montante do crédito em discussão, jogando em turvas águas todo o esforço de se atingir o patrimônio dos verdadeiros responsáveis pelos atos abusivos. Além disso, tal exigência cria um novo ônus ao credor, de demonstrar o *quantum* foi efetivamente transferido entre as sociedades. Nesse particular, é importante, inclusive, rememorar que a mera transferência patrimonial entre sociedades não significa, isoladamente, confusão patrimonial caracterizadora de abuso ou desvio, como já sinalizado quando da análise do pressuposto da confusão patrimonial.

---

[702] Enunciado 406 da 5ª Jornada de Direito Civil: Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

O entendimento que melhor reflete a hermenêutica que se pretende construir neste estudo alude à aplicação da decisão a todas as sociedades integrantes do grupo, devendo o magistrado considerar o grupo como um único ativo patrimonial para aquele caso concreto. Por outras palavras, a decisão que deliberar pela desconsideração em sociedades pertencentes a grupo de fato deve fazê-lo abarcando o patrimônio de todas as sociedades, para que esse – considerado como unitário apenas aquele caso *sub judice* – responda pelo crédito existente.

Dessa conclusão, surgem dois problemas, sendo o primeiro quanto ao atingimento das pessoas físicas ou jurídicas integrantes dessas sociedades. Ou seja, a decisão que desconsidera a personalidade jurídica das sociedades componentes do grupo é também extensível a seus membros, sócios ou controladores?

Nesse quesito, entende-se que sim, no que se refere aos sócios de sociedades de responsabilidade limitada e controladores, de forma geral, pois tais sociedades foram usadas como *alter ego* dessas pessoas para desvio de finalidade, motivo pelo qual eles devem responder com seu patrimônio pessoal pelos danos causados. Assim, por tal conclusão, não só o patrimônio pertencente às sociedades integrantes do grupo societário responderá no caso concreto, mas também o patrimônio pessoal de seus sócios ou controladores. Há algumas justificativas para esse entendimento, sendo o primeiro deles concernente ao fato de que as pessoas jurídicas não praticam nada sozinhas; são as pessoas físicas, por trás ocultadas, que perpetram o abuso por seu intermédio. Como salientou J.A. Penalva, as pessoas jurídicas são constituídas de pessoas naturais que as integram e não passam de seres acidentais, resultantes das relações dessas[703].

Especialmente na sociedade de responsabilidade limitada, mesmo sócios que não tenham participado da administração ou da gestão foram beneficiados por ela. Se não sabiam da conduta abusiva em si, tinham ferramentas para sabê-lo, pois a responsabilidade societária da limitada cabe a todos os integrantes, em menor ou maior grau, e disso nem mesmo os dissidentes podem alegar desconhecimento, como aduz o

[703] SANTOS, J.A. Penalva. A Aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de e GLANZ, Semy (Coord). *O Direito na Década de 1990*: Novos Aspectos. Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 72.

parágrafo 5° do artigo 1072 do CC[704]. O sócio de uma sociedade limitada tem o poder de examinar a qualquer tempo os livros e documentos da sociedade da qual é integrante[705] e, se não o fez, foi por desídia que não merece ser premiada com sua exclusão da desconsideração. Como se não bastasse, o sócio que não concordar com a administração ou gestão realizada pode, a qualquer tempo, retirar-se da sociedade pelo exercício do direito de retirada, não se vinculando à decisão com a qual não concordou[706]. Ou seja, na sociedade limitada, não cabe a alegação de desconhecimento ou de que não participava da gestão ou ainda de que discordou dos atos de praticados. Se permaneceu associado nessas condições, presume-se conivente. De alguma forma, o sócio teve o bônus e deverá arcar também com o ônus deste exercício empresarial abusivo.

Já nas sociedades por ações, é preciso ressalva nesse assunto. Sem dúvida, o patrimônio das sociedades anônimas integrantes do grupo societário será plenamente atingido pela decisão que desconsiderar a personalidade jurídica no caso concreto, considerando-se como um bloco econômico único, de controladora e controladas, seja em grupo de direito ou de fato, *stricto sensu* ou *lato sensu*. Pois bem. Contudo, não se pode querer estender essa decisão a todos os acionistas, o que seria totalmente desarrazoado. A regra, nesse caso, é que os acionistas não respondem pelos débitos sociais[707]. Nas sociedades por ações, os efeitos da decisão da desconsideração deverão recair apenas sobre essas e sobre seus administradores, em especial na pessoa do controlador. Essa premissa da falta de responsabilidade do acionista pelas dívidas sociais é um das causas da parca incidência da desconsideração em SA no

---

[704] Artigo 1072 CC. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1010 serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.
[...]
§ 5º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes

[705] Artigo 1021 CC. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

[706] Artigo 1077 CC. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1031.

[707] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 451.

Brasil[708], o que no caso de grupos não se sustenta, porque o que se pretende atingir é o patrimônio societário dos integrantes do próprio grupo, ainda que fiquem a salvo os acionistas das sociedades-membro.

A pessoa física do controlador (ou as pessoas, se mais de uma), tanto nas sociedades de responsabilidade limitada quanto nas sociedades por ações, deverá ser sempre e irremediavelmente atingida pela decisão da desconsideração em grupos societários. Destaca-se ainda, vivamente, que essa pessoa física do controlador pode não participar do quadro societário, como já demonstrado. Ainda assim, verificado o desvio de fim por meio do exercício de seu poder de controle, seu patrimônio particular deverá ser abarcado pela decisão judicial, a qual caberá perquirir quem exerce o controle de fato, *ab extra*.

O segundo problema a ser colocado é concernente aos sócios ou controladores estrangeiros. Como fazer quando o grupo societário tiver em sua composição sociedades empresárias e/ou controladores estrangeiros?

Cabe lembrar que grupos societários com entes estrangeiros é muito comum, mesmo dentre os grupos de direito, em que só se exige a nacionalidade pátria da sociedade controladora. Aliás, como salientou Fábio Konder Comparato, indo um passo além, é perfeitamente lícita a criação de um grupo de sociedades, nos termos do artigo 265 e seguintes da lei acionária, em que a sociedade de comando, embora brasileira, seja submetida ao controle – direito ou indireto – de pessoas estrangeiras[709].

Naturalmente, a justiça brasileira terá mais dificuldades em atingir bens não localizados no Brasil, mas não há óbice para que a decisão judicial abarque também pessoas físicas e jurídicas sediadas fora do território nacional. A decisão condenatória terá, obviamente, de ser enviada para cumprimento por via de carta rogatória, cujo trâmite infelizmente é lento e, na prática, às vezes não muito eficaz. Contudo, a competência da justiça brasileira é indiscutível, tanto à luz do artigo 12 da LICC[710], quanto do artigo 88, III do CPC[711]. Logo, o juiz da ação deve, se preenchidos os

---

[708] Ibidem, p. 477.
[709] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 519.
[710] LICC. Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.
[711] CPC. Artigo 88. Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

requisitos no caso concreto, estender os efeitos de sua decisão às pessoas estrangeiras que tenham perpetrado o desvio de função, sejam físicas ou jurídicas.

Embora também atinente à matéria processual, o trabalho não se furtará a abordar o questionamento do momento em que cabe a desconsideração. Muito já se discutiu acerca do tema e também muita evolução houve desde que o instituto da desconsideração passou a ser empregado pelos tribunais pátrios, mesmo antes do CC de 2002. Num primeiro momento, questionou-se se não deveria ser um processo apenso ou ainda arguia-se que fase processual seria a adequada para a propositura do pedido. Todos esses debates foram superados pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 134, declarou como incidente o pedido de desconsideração, cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial[712], podendo o pedido ser formulado pela parte ou pelo Ministério Público, quando a esse couber intervir no processo[713]. Feito o pedido incidental no curso do processo, o sócio ou pessoa jurídica será citada para defender-se[714] e, após a instrução, o juiz apreciará o pedido por meio de decisão interlocutória[715], que é aquela tomada no curso do processo principal. Se o pedido da desconsideração constar da petição inicial dispensar-se-á a instauração do incidente[716].

Note-se apenas que o CPC (Lei 13105 de 2015), nos artigos 133 e seguintes, fez menção a "*sócio ou pessoa jurídica*", o que, numa primeira análise, poderia parecer um óbice para atingimento de pessoas controladoras não sócias ou acionistas ou ainda pessoas físicas. Tal limitação redacional do texto legal, contudo, não se sustenta e, tampouco, representa qualquer óbice à aplicação do instituto da desconsideração a controladores não sócios ou a pessoas físicas, posto que a hermenêutica do direito

---

[...]
III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil (grifo nosso).

712 CPC. Artigo 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial

713 CPC. Artigo 133, *caput*. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

714 CPC. Artigo 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

715 CPC. Artigo 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

716 CPC Artigo 134, § 2° Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

permite, nesse caso, entender-se pelo termo *sócio* aquele que detém o controle de fato, o sócio oculto, como se buscou demonstrar ao longo deste ensaio.

Trata-se, por óbvio, do atingimento da finalidade da norma jurídica, que não será obstacularizada por uma questão meramente terminológica. Como colocado por Rubens Requião, ao jurista cabe uma função verdadeiramente criadora, procurando os motivos profundos e o sentido real do mundo em que vivemos, buscando o significado último das normas, com vista à sua adaptação a uma realidade em permanente evoluir[717].

Alexandre Couto Silva enfrentou o tema, destacando a importância de o juiz, como responsável pela exegese da lei em conformidade com a realidade social vivida, guiar o processo de interpretação a partir da lei, com a lei e, se necessário, para além da lei. Com efeito, trata-se de uma questão de atingimento da justiça, muito além da letra fria da norma. Como observado pelo autor, os tribunais não podem permitir que o ideal de justiça não seja alcançado e que os administradores e sócios das sociedades, juntamente com seus espertos e astutos advogados, utilizem a personalidade jurídica como instrumento para escapar da lei e do ideal de justiça[718].

3.7 **Reflexões sobre a normatização**

Seguindo a trilha do que fizerem outros (poucos) ordenamentos, cabe analisar a oportunidade e conveniência de o direito pátrio regular este fenômeno, preferencialmente de forma conceitual, delimitando na norma jurídica suas características, pressupostos e atributos, o que até o momento inexiste. Importante que isso se faça tanto por meio da LSA quanto nos tipos societários do Código Civil, pois já está mais do que provado que os grupos societários, em especial os de fato, não se restringem às sociedades por ações.

---

[717] REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 803, p. 755, set. 2002. No mesmo trecho: "O jurista não pode nem deve limitar-se à mera exegese de um direito objetivo que aspira à perfeição e à infalibilidade, mas deve assumir uma função propulsiva, capaz de tornar o direito positivo sempre mais conforme às necessidades concretas da sociedade. O direito não existe fora de sua interpretação, mas apenas como é continuamente interpretado e reconstruído".

[718] SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999, p. 45; 55.

A previsão legal poderá servir de arcabouço ao aplicador e, além disso, trará legitimidade ao instituto, mitigando a postura atualmente adotada por alguns de confundir a caracterização de um grupo societário de fato com algo antijurídico, o que se trata de um raciocínio absolutamente equivocado. Ademais, a regulação trará maior segurança jurídica para o Judiciário avaliar se houve abuso ou desvio de finalidade no caso concreto, pois o ordenamento não pode tratar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como exceção e a desconsideração como regra, baseada na presunção de confusão patrimonial[719].

Uma legislação específica sobre o tema poderá igualmente abordar as transferências financeiras e de ativos de uma sociedade à outra, regulando em que limites isso pode se dar, quais as justificativas e circunstâncias e que margem de segurança essas operações devem obedecer para a garantia de minoritários e credores e para que se afaste, de uma vez por todas, a confusão patrimonial presumida.

À norma caberá ainda esclarecer quais são os limites da confusão de personalidade, que é outro critério também frequentemente utilizado para desconsiderar a autonomia jurídica das sociedades componentes de um grupo econômico. Devem ser criadas regras mínimas para a verificação dos *standards* de conduta, como estudado neste trabalho, para que seja preservada a separação das entidades do grupo e a identidade de cada uma. Veja-se que a confusão pode se dar não apenas em nível interno – quando os administradores são comuns, as assembleias gerais reúnem-se num mesmo local e horário, as sociedades possuem departamentos unificados e os empregados recebem ordens, indistintamente, de várias administrações –, mas também em nível externo, na sua apresentação perante terceiros[720].

---

[719] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, p. 75, abr./jun. 2007.

[720] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 498-499. Sobre o tema dissertam os autores neste trecho: "Num aresto de 1929, a Corte de Cassação francesa declarou que "duas sociedades cuja razão social é praticamente idêntica formam uma só e mesma realidade, notadamente se possuem a mesma sede social, as mesmas sucursais, o mesmo número de telefone e a mesma assinatura em sua correspondência". A corte de Poitiers, por sua vez, admitiu a existência de confusão patrimonial, para o efeito de estender a responsabilidade pelos débitos de uma sociedade a outra, entre duas companhias de estradas de ferro. Declarou para tanto, que elas eram administradas pelas mesmas pessoas, nos mesmos locais, e possuíam as mesmas oficinas, as mesmas ferramentas, uma reserva comum de gasolina, de óleo e de peças de reposição; que, ademais, se utilizavam dos mesmos veículos, mediante simples troca de placas.

Uma vez que a confusão, em maior e menor grau, é inerente a todo grupo societário, tanto financeiramente quanto pessoalmente (no que tange à apresentação das sociedades do grupo), e ainda pela convergência de interesses do complexo agrupado, é preciso ter parâmetros delimitadores, mesmo que não estanques e exaustivos, do que é a confusão "aceitável", para que a análise do caso concreto se torne menos árida para o aplicador.

Além da confusão (ou do que não é confusão), a legislação específica poderá dar um norte para a identificação do verdadeiro controlador dentro do seio do grupo. E aqui, obviamente, não se fala mais em controle acionário, controle interno, mas sim do controle externo, difuso, por vezes até estrangeiro. Quem, realmente, na prática, controla o grupo e à luz de que interesses? Essa questão carece de alguns parâmetros para ser respondida e a norma, em alguma medida, poderá ser um alento, para que a culpa não continue a cair no mordomo, como tantas vezes se vê, justamente por falta de ferramentas mais adequadas para enquadrar quem exerce o poder de controle de fato.

Fábio Konder Comparato encara esse problema da falta de uma normativa para os grupos societários como um verdadeiro dilema para o direito, pois, de um lado, estão as normas editadas que regulam o funcionamento de sua sociedade isolada e, de outro, está o grupo econômico com uma vida à margem da ordem jurídica[721]. Para sanar esse dilema, o autor defende a criação de um direito que regule os grupos econômicos como sistema complementar ao direito societário tradicional.

Um exemplo a servir de parâmetro nessa matéria tem-se na legislação alemã, que previu situações distintas para a proteção dos interesses dos credores sociais, sendo a primeira relativa ao grupo regularmente constituído (grupo de direito) e a segunda relativa ao grupo econômico de fato.

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

[721] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 500.

Quanto ao grupo econômico contratual, a solução escolhida pelo legislador germânico, para proteger os interesses dos terceiros credores, foi a de obrigar a sociedade dominante a, de um lado, constituir reservas de garantia adequadas na subsidiária e, de outro, a absorver os prejuízos verificados nos balanços dessa. Tendo em vista que o funcionamento do grupo tende a alterar não apenas a distribuição de lucros em cada sociedade integrante, mas também a própria apuração de resultados, a lei impõe, nas sociedades submetidas a um contrato de dominação ou de transferência de lucros, a complementação da quantia destinada, anualmente, a compor a reserva legal, de acordo com uma estimação do que seria normalmente deduzido, caso se tratasse de uma sociedade isolada. Ademais, limita, em qualquer hipótese, a importância dos lucros a serem transferidos da subsidiária à controladora. No que concerne aos prejuízos verificados, anualmente, na sociedade controlada, a controladora fica obrigada a assumi-los, a não ser que eles estejam cobertos por reservas facultativas, regularmente constituídas. Vindo a expirar um contrato de dominação, ou de transferência de lucros, a sociedade controlada é obrigada a prestar garantia aos credores, cujos direitos sejam anteriores à publicação do ato dessa extinção contratual no registro do comércio.

Essas normas e garantias estão dispostas nos parágrafos § 300 a § 303 da AktGesetz e criam, de certa forma, uma co-obrigação patrimonial pelas perdas entre controladora e controladas, além de regular as transferências entre elas. O jurista alemão Heinz-Uwe Dettling entende que essas regulações deveriam ir além, para atingir também o exercício do direito de voto da controladora na assembleia geral de suas controladas, fugindo, assim, do princípio normativo tradicional da AktG de que o exercício do direito de voto não gera obrigação de indenizar[722].

Quanto aos f*aktische Konzerne,* a lei germânica declara que a empresa dominante não pode usar sua influência para induzir a controlada a concluir negócios danosos, ou a tomar decisões, ou incorrer em omissões, que lhe sejam prejudiciais, a não ser que compense as perdas verificadas. Não sendo feita essa composição de

[722] DETTLING, Heinz-Uwe. *Die Entstehunsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965.* Tübingen: Mohr, 1997, p. 281. Nas palavras originais do autor: “Ferner sollte das umfassende Verbot des § 300 auch für die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung gelten. Damit brach der Regierungsentwurf mit dem traditionellen Grundsatz des deutschen Aktienrechts, dass dis Ausübung des Stimmrechts aktienrechtlich keine Schadenersatzpflicht begründet”.

prejuízos, a controladora e também seus administradores respondem perante a controlada e seus acionistas. A regulação alemã dos grupos de fato encontra-se no § 311[723], cujo título é, justamente, o "limite da influência" (*Schranken des Einfluss*), dispondo que, na ausência de um contrato expresso de dominação, a influência dominante não pode ser exercida, em nenhuma hipótese, para causar danos ou prejuízos às controladas, sob pena de as perdas terem de ser compensadas. Se as perdas apuradas não forem compensadas dentro daquele ano de exercício empresarial § 311 (2), deve-se definir, para o ano seguinte, de que forma e em que prazo esses prejuízos serão compensados, tornando-se essa decisão um direito legalmente exigível para a sociedade controlada. A única ressalva quanto a esse artigo é que ele nada dispõe quanto à responsabilidade do grupo de fato perante os terceiros credores, devendo-se concluir que esses encontrarão, como remédio jurídico, a via excepcional da desconsideração.

A inspiração alienígena é boa e pode servir de base para que os legisladores pátrios também criem parâmetros para os grupos de fato no Brasil.

Duas questões, contudo, se colocam na análise de conveniência da normatização dos grupos de fato no direito brasileiro. Em primeiro lugar, é óbvio que a lei não conseguirá exaurir todas as possibilidades ou formas associativas, ou seja, sempre haverá "o fato do fato". Assim, a legislação não poderá pretender o exaurimento do tema, mas apenas servirá de parâmetro em certos aspectos, como um rol exemplificativo, porém não exaustivo. Sobretudo, a lei poderá trazer medidas garantidoras, que sirvam para proteger e minorar os riscos de minoritários e credores.

Em segundo lugar, a legislação a tratar dos grupos de fato em nada substituirá a necessária hermenêutica do problema com fulcro nos princípios constitucionais da ordem econômica, alicerces valorativos que são da tutela da atividade empresarial pelo ordenamento, a qual deve ser exercida em consonância com os objetivos da República,

---

[723] AktG § 311.
(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden.
(2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren.

na medida em que a subjetividade conferida à pessoa jurídica para o desempenho de sua atividade empresarial, dotando-lhe de capacidade de agir e autonomia patrimonial, é atributo intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da livre iniciativa[724], e esse brocardo, por sua vez, inspira-se no objetivo de reduzir as desigualdades sociais e conjuga-se com os outros ditames como o da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático[725].

Nos casos de utilização abusiva de grupos societários, o que se verifica é um desvirtuamento da função social da empresa, uma utilização contrária ao direito, que também pode ser chamada de disfunção ou desvio de função. A afronta ao princípio da função social da empresa acaba por atingir outros brocardos atinentes à ordem econômica. Por outras palavras, o desvio de função perpetrado no seio do grupo societário constitui uma afronta aos princípios que emanam da Constituição da República, razão pela qual qualquer tratamento que se dê, sem levar em conta esse viés constitucional, será insatisfatório frente ao tema.

[724] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC*, n. 30, p. 55, abr./jun. 2007.
[725] RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: A Livre Iniciativa e a Livre Concorrência. *Revista Jurídica da Fic-Unaes*, Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 67, maio/out. 1998.

CONCLUSÃO

Assim como o fenômeno das famílias multinucleares (com pais e pais; mães e mães; filhos de laboratório e úteros emprestados) é uma irreversível realidade, no campo do direito empresarial também ocorre a olhos vistos uma gigantesca mutação, talvez não tão polêmica quanto a que se vê em nível de direito de família, mas igualmente emblemática e poderosamente transformadora para a sociedade.

No contexto humano atual, não se consegue imaginar algo mais importante do que a atividade empresarial (talvez tão importante quanto, mas não mais importante). A empresa é uma atividade que, pela sua influência, dinamismo e poder, tornou-se o principal elemento explicativo da civilização, passando a ocupar o âmago do direito contemporâneo[726].

O modelo clássico no qual as pessoas se agrupavam em sociedades está se transmudando para o paradigma no qual as sociedades se vinculam entre si, por modalidades diversas, para acompanhar a pungente economia, que ultrapassa fronteiras e credos, atingindo escalas nunca dantes imaginadas. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada em todos os setores e o direito não pode ignorar esta verdade insuprimível e irreversível, mas deve discipliná-la em função dos múltiplos interesses em jogo[727].

Os grupos societários de fato são um fenômeno contemporâneo incontestável e, mais do que isso, são uma realidade necessária, positiva, propulsora da sociedade em aspectos relacionados ao progresso, à promoção social e ao desenvolvimento. O grupo societário e a rede empresarial constituem, hoje, os instrumentos por excelência de evolução da grande empresa frente à economia, não só para a obtenção de mais lucros, mas, fundamentalmente, para promover profundas mudanças de cunho social.

Nas últimas décadas, emergiram as mais variadas formas de associação, não mais calcadas nas tradicionais participações acionárias. Nesse novo modelo, o liame está no exercício de um poder de controle, muitas vezes, externo, oriundo de uma

---

[726] ALVIM, Thereza; ALVIM, Arruda (Coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9.
[727] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 499.

conexão econômica que permite a influência dominante de uma sociedade sobre as demais, independentemente do instrumento ou da forma que se criou essa rede societária.

Esse exercício externo de poder em muito se assemelha ao papel de um sócio oculto, que não aparece formalmente, mas que exerce o controle de fato. O sócio oculto, entendido como aquele que participa efetivamente da atividade empresarial de outrem e que dela aufere vantagens, é conceito que pode auxiliar na caracterização dos grupos societários de fato, para verificar a existência de um poder de controle *ab extra.* Esse exercício externo do poder equivale à noção de influência dominante, sem fulcro em atos societários formais.

Nesse passo, foi relevante ao trabalho demonstrar que a formação de um grupo de fato, *per si,* não constitui qualquer irregularidade. Ainda que haja o controle informal entre sociedades, essa sinergia encontra-se com frequência nas relações societárias atuais e daí não resulta qualquer abuso, pois a formação de um grupo societário de fato constitui o exercício regular de um direito.

O que o trabalho enfatizou foi que a relação clássica entre controle e propriedade encontra-se superada, motivo pelo qual as responsabilidades devem transmudar-se dos donos do capital para quem exerce o controle efetivo, no caso concreto. A análise desse controle efetivo pode ser determinante para caracterizar a ocorrência de um grupo de fato *lato sensu*, quando não há vinculação acionária entre as sociedades, sendo que a mera caracterização, repita-se, não traz intrínseca qualquer abusividade.

A regra deve continuar sendo a do respeito à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas que compõem o grupo, pois a simples constatação de controle e dependência (formal ou não) entre duas ou mais sociedades não pode, isoladamente, levar à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Desse modo, defendeu-se a utilização de *standards* de conduta para caracterizar as situações nas quais fosse perpetrado o abuso específico por meio da manipulação dos grupos societários. Além dos pressupostos objetivos e subjetivos para a desconsideração, há condutas comuns que denotam comportamentos abusivos (antijurídicos) específicos que são empregados na utilização dos grupos de forma contrária ao Direito. Dos casos concretos analisados pelos tribunais pátrios, emergiram

esses *standards* como as transações a preço vil; a promiscuidade de fundos; a condução das sociedades do grupo como uma entidade única; a confusão de diretores, unidades e patrimônio; o esvaziamento patrimonial e, em todos esses casos de comportamentos anômalos que indicam a utilização desvirtuada dos grupos societários, faz-se necessário perquirir, como premissa, se no caso concreto ocorreu o efetivo prejuízo do credor social por conta destes comportamentos adotados.

Por falta de previsão legal específica sobre a matéria, as decisões judiciais de natureza cível que desconsideram a personalidade jurídica em grupos societários de fato, além de se ancorarem nos *standards* de conduta, acabam por fundamentar a aplicação do instituto no artigo 50 do CC, que traz o abuso da personalidade, o desvio de fim e a confusão patrimonial como pressupostos aplicáveis.

Dentre esses pressupostos, o que melhor se coaduna com os casos de abusos específicos perpetrados por meio da utilização de grupos societários de fato é o do desvio da finalidade ou desvio de função, ocorrido no estrito desempenho da atividade empresarial, seja este desvio qualificado como abuso de direito ou identificado como choque aos princípios consagrados pela Constituição da República. Nesse passo, o estudo remeteu-se do artigo 50 do CC diretamente para o princípio da função social da empresa e demais ditames da ordem econômica.

Após traçar uma linha condutora da desconsideração em grupos societários de fato, buscando delimitar seu raio de incidência, analisou-se o alcance e a extensão da aplicação do remédio, restando claro que a aplicação da *disregard* em casos de grupos societários não pode servir para pôr em xeque o instituto.

Ainda que o não cumprimento da função social da empresa tenha caráter pleno, no sentido de que não há um cumprimento parcial da função social, a aplicação da desconsideração deve ser pontual e cirúrgica, para sanar um prejuízo real auferido no caso concreto, sendo desarrazoado depreender que a desconsideração em grupos deva ter caráter permanente, o que vai contra a natureza episódica do instituto da desconsideração e coloca em risco a própria viabilidade do grupo societário, em vista da grande insegurança empresarial envolvida.

Seja em observância aos princípios da manutenção da empresa e da segurança jurídica, seja para preservar a essência metodológica do remédio da desconsideração,

a regra da desconsideração em grupos é o atingimento patrimonial das integrantes do grupo apenas no caso *sub judice*.

A decisão que optar pela desconsideração deve atingir as sociedades integrantes do grupo, considerando-as como um patrimônio único a fazer frente ao real prejuízo sofrido pelo credor. Quanto às pessoas físicas ou jurídicas envolvidas, pode-se concluir que os sócios das limitadas devem sempre responder com seu patrimônio pessoal, o que não se aplica aos acionistas das sociedades por ações, que não respondem pelos débitos sociais. Em todo e qualquer caso, os controladores terão seu patrimônio sempre irremediavelmente atingido pela decisão da desconsideração em grupos societários, ainda que sejam estrangeiros.

Além de abordar o momento processual oportuno para o pedido da desconsideração, o trabalho questionou a oportunidade e conveniência de se regular em lei própria os grupos societários de fato.

Com efeito, uma legislação específica será útil para dar legitimidade ao instituto dos grupos societários de fato, no inquestionável papel que desempenham na sociedade atual. Embora de forma não exaustiva e ainda que seja impossível exaurir a matéria, a normativa poderá trazer parâmetros e conceitos que auxiliem, na análise dos casos concretos, ajudando a separar o exercício regular de um direito das anomalias, com regulações que criem mais garantidas para os minoritários e para os terceiros credores.

Trata-se de disciplina necessária e urgente para que o direito reflita a prática societária atual, pois as normas das sociedades isoladas não mais traduzem a contemporânea realidade da atividade empresarial em todas as suas nuances. A manutenção e sobrevivência do fenômeno grupal em muito dependem de uma correta hermenêutica das relações intersocietárias para que não haja penalizações injustas.

Contudo, ainda que seja criada normativa específica para regular o instituto grupal, o problema da desconsideração em grupos societários de fato não pode ser reduzido a uma interpretação literal ou subsuntiva dentro do artigo 50 do Código Civil. A questão, por envolver a forma pela qual a ordem econômica se desenvolve, deve ser apreciada à luz dos princípios constitucionais, e não só os que regem a livre iniciativa e a função social da propriedade (da empresa), mas ainda sob o prisma dos princípios da

justiça social e da dignidade da pessoa humana, essa, ao fim e ao cabo, a razão final de toda a normativa jurídica, a quem a lei se destina, tanto para regular quanto para proteger. A utilização abusiva dos grupos societários de fato deve passar pelo filtro necessário dos princípios e normas constitucionais relativos à economia, mas também pelos demais, que convergem para a plena realização dos preceitos da ordem econômica.

Qualquer tratamento que se queira dar sem levar esse viés em consideração será insuficiente. Qualquer abordagem do tema que não coloque o cerne do problema na finalidade social a ser alcançada pela constituição dos grupos de fato, ou seja, na função social da empresa (ou em sua disfunção), não estará à altura da posição de relevo que o instituto dos grupos societários de fato merece dentro do ordenamento brasileiro.

Este trabalho constitui-se em um modesto primeiro passo. Longo ainda se afigura o caminho a ser trilhado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Do Abuso de Direito.* Coimbra: Almedina, 1999.

ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: Pontos de Convergência. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 15-29, 2003.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de Contratar e Livre Iniciativa. *RTDC/RJ,* Rio de Janeiro*,* v. 15, jul./set. 2003.

ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. Dos Grupos de Empresas e seus Reflexos nos Direitos dos Trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 37-53, nov./dez. 1987.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional:* O Descompasso entre as Disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. 2003. 300 f. Tese (Doutorado) – Universidade Eestadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

_____; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de Direito Civil-Empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 211-220, jul./set. 1997.

_____; ALVIM, Arruda (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito de Empresa.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro. São* Paulo: SRS, 2008.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Os Grupos de Sociedades.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A Revolução do Empresariado. *Revista de Direito Privado*, [S.l.], ano 3, jan./mar.2002.

_____; MICHELIN, Taís Cristina de Camargo. Novos Enfoques da Função Social da Empresa Numa Economia Globalizada. *Revista de Direito Privado*, [S.l.], n. 11, jul./set, 2002.

ASCARELLI, Tullio. Il Negozio Indiretto. In: SAGGI Giuridici*.* Milano: Giuffrè, 1949. p. 149-222.

_____. Questões a Respeito das Sociedades Coligadas. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Desconstrução do Abuso de Direito. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, 2006.

ASSIS DE ALMEIDA, Gabriel. A Lei 11638 e 2007 e as sociedades limitadas. In: ASSIS DE ALMEIDA, Gabriel. *Direito Tributário, Societário e a Reforma da lei das SA*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009.

BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução. *Direito Constitucional e Ciência Política*, Belo Horizonte, n. 19, p.13-59, 1995

BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução Crítica ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional* – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal. *Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 190-204. jan./mar. 1995.

BELTRAN, Ari Possidonio (Coord.). *A União Europeia e o Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012.

BERTOLDI, Marcelo M. O Poder de Controle da Sociedade Anônima – Alguns Aspectos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL,* Londrina, v. 7-8, 2003-2004.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BILAL, Sanoussi; OLARREAGA, Marcelo. Regionalism: Competition Policy and Abuse of Dominant Position. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Geneva, v. 32, n. 3, p. 153-66, jun. 1998.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BLANCHET, Jeanne D'arc Anne Marie Lucie. *A Função Social da Empresa, a Libertade Econômica e o Bem Comum*. Curitiba: Genesis, 2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. O Direito de Recesso nas Hipóteses de Incorporação, Fusão, Cisão e Participação em Grupos de Sociedades. Exclusão Acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 84, n. 714, p. 104-12, abr. 1995.

_____. *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas.* São Paulo: Leud, 1975.

_____. *A Teoria Jurídica da Empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Direito Comercial.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra Credores.* 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais*: Contribuição para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado. 2013. 256f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAMPELLO, Francisco de Assis de Araujo Barreto. Responsabilidade Solidária de Pessoas Físicas e Jurídicas Integrantes de Grupos Econômicos e Financeiros e os Negócios Imobiliários. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 21, n. 44, p. 41-6, maio/ago.1998.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel. Conservación de la Empresa versus Libre Concurrencia. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur.* Buenos Aires, v. 6, n. 5, p. 41-57, out. 2002.

CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil.* Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. O Abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de Direitos da ótica Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O Consumidor no Direito da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 2007. v.4.

CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. *Grupos de Sociedades.* Curitiba: Juruá, 2008.

CHEFFINS, Brian R. *Company Law:* Theory Structure and Operation. Oxford: Claredon Press, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica.* São Paulo: Forense, 1989.

_____. Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 38-44, mar. 1992.

_____. Pessoa Jurídica: Conceito e Desconsideração. *Justitia*. São Paulo, v. 49, n. 137, p.63-85, jan./mar. 1987.

_____. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

_____. *Manual de Direito Comercial.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa,* São Paulo: Saraiva, 2011. v.3.

_____. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

COELHO, Inocêncio Mártires. A Defesa da Livre Concorrência na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 6, p. 53-63, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 21, abr./jun. 1993.

_____. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo, Malheiros, n. 104.

_____. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63.

_____. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense: 1978.

_____. Estado, Empresa e Função Social. *RT*, n. 732, out. 1996.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar sobre o Espírito Positivo.* Tradução de Renato Barboza Rodrigues Pereira. e-BooksBrasil, 2015. E-book.

COSTA, Pedro Oliveira da. *O Acordo de Quotista como Instrumento de Preservação da Empresa*: A Aplicação do Princípio da Função Social dos Contratos aos Pactos Parassociais. 2003. 269f. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre Sócios*: Interpretação e Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Indenizações no Sistema de Franquia Empresarial. *Revista dos Tribunais,* v. 852, out., 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 8.

DETTLING, Heinz-Uwe. *Die Entstehunsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965.* Tübingen: Mohr, 1997.

DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque Antonio (Coord.). *Temas Atuais de Direito.* São Paulo: Malheiros, 2008.

DUARTE, Diogo Pereira. *Aspectos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio:* Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2007.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel. 2.* ed. Paris: Ancienne Librairie Tontenmoing & C Editeurs, 1923. Tomo 2.

ERPEN, Jeferson Antonio. Novo Código Civil: O Abuso do Direito no Exercício da Ação e a Livre Concorrência. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 121-124, mar./abr. 2003.

ESTRABAUD, Pierre. Lês Groupes de Societès em Droit de la Cuncurrence et em Droit Fiscal. 2014. 300 f. Dissertação (Mestrado), Université Phantéon-Assas, Paris, 2014.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Globalização Econômica.* São Paulo: Malheiros, 2010.

FERES, Marcos Vinício Chein. Regulação, Empresa e Política de Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 233-56, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre atos de Concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-9, 1997.

_____. Grupo Econômico: Implicações do Direito da Concorrência no Direito Societário e sua Repercussão no Direito do Trabalho. *Temas Atuais de Direito*, Malheiros, 2008.

FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues. A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Hipóteses e Positivação no Direito Brasileiro*. RTDC*, n. 17, jan./mar. 2004.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Direito Empresarial Contemporâneo.* São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

FERRONATTO, Adria Paula. A Empresa no Novo Código Civil: Elemento Unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais,* v. 843, jan. 2006.

FIMMANO, Francesco. Super-Società di Fatto Ed Abuso della Personalità Giuridica. Disponivel: <http://ilcaso.it/sezioneIIdottrina/opinion/interventi>. Acesso em : 20 jul.2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONSECA, Alfredo Claudio Leal da. Grupos Econômicos e Solidariedade de Empresas, Cessão, Remoção e/ou Transferência de Empregados Face à Legislação Trabalhista. *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 54, n. 11, p. 1297-300, 1990.

FORGIONI, Paula Andrea. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Fundamentos do Antitruste.* 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Malheiros, 2014.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições Impostas pelo CADE à Aprovação de Atos de Concentração: um Erro de Paradigma. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, v. 2, p. 67-85, abr./jun. 2004.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Concentração de Poder Econômico e Grupos Não Acionários perante a ótica do Código Civil. *Revista dos Tribunais,* v. 908, jun. 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Melissa Ferreira. A Ordem Econômica Constitucional e a Efetivação do Princípio da Livre Concorrência. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca, v. 5, n. 8, p. 138-57, 2002.

GHERSI, Carlos A. Funciones y Responsabilidad de la Empresa em el Mercosur*. Revista dos Tribunais*, v. 723, jan. 1996.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Função Social do Contrato e da Empresa: Aspectos Jurídicos da Responsabilidade Social nas Relações Consumeiristas. *Revista Forense,* v. 387, set./out. 2006.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de Pessoa no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 15-34, jul./set. 1992.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Responsabilização no Direito Societário de Terceiro por Obrigação da Sociedade. *Revista dos Tribunais,* v. 854, dez. 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: Interpretação e Crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Princípio da Livre Concorrência - Função Regulamentar e Função Normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 93. n. 4. p. 104-29, 1993.

_____; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato.* São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. Procedimentos de Desconsideração de Atos ou Negócios Jurídicos: O Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p.127-43, dez. 2001.

_____. *Solidariedade Social e Tributação.* São Paulo: Dialética, 2005.

_____; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade Social e Tributação.* São Paulo: Dialética, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 52, n. 320, p. 7-21, jun. 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Intervenção do Estado na Economia. *Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 73-88, abr./jun. 1996.

GUASQUE, Luiz Fabião. A Responsabilidade da Lei de Prevenção e Repressão às Infrações Contra a Ordem Econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 717, p. 506-12, jul. 1995.

GUEDES, Jefferson Carús. Função Social das Propriedades: da Funcionalidade Primitiva ao Conceito Atual de Função Social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUSMÃO, Mônica. A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Abuso do Direito de Sócio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 265-71, 2004.

_____. *Lições de Direito Empresarial.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HANNOUM, Charley. *Le Droit ET lês Groupes de Sociétés.* Paris: Librairie Génerale de Droit ET de Jurisprudence, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Direito do Trabalho e Grupos de Empresas: Aplicação da Disregard Doctrine. *Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 54, n. 10, p. 1196-1207, out. 1990.

LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, out./dez. 1992.

_____; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das Companhias.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEÃO, Antonio Carlos Amaral. A disregard theory na Lei Antitruste. *BLA: Boletim Legislativo*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, p. 258-9, mar. 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos e Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*: Elementos de Unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge. *Contrato de 'Franchising'.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Direito de Retirada nos Casos de Fusão. Incorporação. Cisão e Participação em Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 664, p. 43-49, fev. 1991.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo.* Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Livro 2.

LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. Cadernos 1.

MAGALHÃES, Jose Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A Concentração de Empresas e a Competência do CADE. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 109-21, out./dez. 1998.

MARGONI, Ana Beatriz Alves. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades*. 2011. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARIANI, Irineu. Direito de Empresa, Atividade Empresarial, Empresa e Empresário (À luz do Novo Código Civil). *Revista dos Tribunais,* v. 844, fev. 2006.

MARSHALL, Carla C. *A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*, Londrina, v. 7-8, 2003-2004.

MARTINS, João Zenha. *Cedência dos Trabalhadores e Grupos de Empresas*. Coimbra: Almedina, n. 2, 2002.

MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. *RTDC,* Rio de Janeiro, v. 6, abr./jun. 2001.

MATTOS, Cesar. O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: Uma Abordagem de Teoria dos Jogos. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 43-64, abr. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MBALA, Marcelle. *Les Conventions Intra-Groupr de Societes.* Ecole Doctorale Université Du Droit et de la Santé. Lille, França, n. 74, 2005. Disponível em: <edoctorale74.univ-lille2.fr/filedomain>. Acesso em: 04 dez. 2014

McGAUGHEY, Robert J. Disregarding the Corporate/LLC Veil. The most Litigated Issue in Corporate Law. Disponível em:<http://law7555/com/publications/html.2007>. Acesso em: 03 out. 2014

MELLO, Maria Theresa Werneck. *O Acordo de Acionistas de Comando sob a Ótica do Princípio da Função Social do Contrato e sua relação com a Função Social da Empresa.* 2006. 300f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1937

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. Considerações Acerca da Disciplina da Concorrência Desleal e do Direito Patenteário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 829, p. 80-89, nov. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 25-47, abr./jun. 2004.

NAHAS, Thereza. *Desconsideração da Pessoa Jurídica.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Responsabilidade Civil: Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa.* São Paulo: dos Tribunais, 2010. v. 3.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O CADE e a Repressão ao Abuso de Poder Econômico. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 280-304, mar. 2006.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo.* Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1977.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as Pessoas Jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PARKINSON, J.E. *Corporate Power and Responsibility.* Oxford: Claredon Press, 1996.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Reforma do Direito Civil. *Revista de Direito Civil*, v. 58.

_____. *Institutos de Direito Civil*: Direitos Reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. IV.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Os Limites da Liberdade Contratual no Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 49-56, 1999.

PEREZ, Viviane. *Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito.* 2006. 296f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Manuale di Diritto Civile.* Napoli: Scientifiche Italiane,1997.

_____. *Temi e Problemi Della Civilistica Contemporanea.* Napoli: Scientifiche Italiane, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PIMENTEL, Wellington Moreira. Aplicação da Teoria do Superamento da Personalidade Jurídica. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* v. 2, 1986.

PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a Livre Iniciativa e a Constituição Federal de 1988. *Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 6, n. 22, p. 160-176, jan./mar. 1998.

POSNER, Richard. The Rights of Creditors of Affiliated Corporations. *Chicago Unbound Journal Articles*, University of Chicago Law School n. 43, rev. 499, 1975.

POTTER, Nelly. EIRELI – Análise Crítica e Algumas Reflexões. *Revista Forense*, São Paulo, n. 418, jan. 2014.

PRADO, Viviane Muller. *Interpretação da Regra de Conflito de Interesses nos Grupos Societários de Fato Conforme a Lei 6.404/76.* 2004. 300 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Almedina, 1982.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de Legalidade na Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista Forense,* v. 293, jan./mar. 1986.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, *Revista dos Tribunais,* n. 808, fev. 2003.

RENNER, Karl. *The Institutions of Private Law and Their Social Functions.* Ontario, Canada: Penguin Books Canada, 1969.

RENZULLI, Mariangela. *Il Controllo Contrattuale.* 2010. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Universitá Degli Studi di Catania, Itália, 2010.

REQUIÃO, Rubens. A Cogestão. A Função Social da Empresa e o Estado de Direito. *Revista Forense*, v. 262, abr./jun. 1978.

_____. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais,* v. 91, n. 803. p. 751-64, set. 2002.

_____. *Curso de Direito Comercial.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

REVISTA VALOR SECTORIAL,São Paulo: Valor Econômico S/A, p. 70-73, nov. 2014

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: A Livre Iniciativa e a Livre Concorrência. *Revista Jurídica da Fic-Unaes*. Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 63-90, maio/out. 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil.* São Paulo: Bookseller, 1999. v. 1.

SAAVEDRA, José Leyva. Los grupos de empresas. *Revista de Derecho y Ciências Políticas*, Lima, v. 57, n. 2, p. 193-220, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Concorrencial*: As Condutas. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito Concorrencial*: As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Novo Direito Societário. 3. ed.* São Paulo: Malheiros, 2006.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

SANTOS, J.A. Penalva. A Aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coord). *O Direito na Década de 1990*: Novos Aspectos. Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *RTDC,* v. 6, abr./jun. 2001.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. A Execução Fiscal e a Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas, *Revista Forense,* v. 370, nov./dez. 2003.

SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad em las Sociedades Mercantiles.* Tradução de José Luig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Responsabilidade Solidária no Direito Previdenciário das Empresas Integrantes de Grupos Econômicos. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 56-54, jan.2005.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTR, 1999.

_____. *Responsabilidade dos Administradores de S/A.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Revisão Judicial das Decisões do CADE. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, n.12, p.107-21, out./dez. 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Regime Jurídico da Concentração de Empresas. *Revista Forense*, n. 261, p. 73-80, jan./mar. 1978.

SPIVACK, Gordon B. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, jan. 1970.

SQUIRE, Richard. Strategic Liability in the Corporate Group. *The University of Chicago Law Review*, v. 78, n. 2, 2011.

SZTAJN, Rachel. Terá a Personificação das Sociedades Função Econômica? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 63-77, 2005.

_____. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 88, n. 762, p. 81-97, abr. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RTDC,* n. 30, abr./jun. 2007.

_____ (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Temas de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ et al. (Orgs.). *Diálogos Sobre Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

_____. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*. [S.l.], v. 100, n. 903, p. 9–25, jan., 2011. Exemplar gentilmente cedido pelo autor.

_____ (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 810, abr. 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira. Teoria da Simulação de Atos e Negócios Jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 849, jul. 2006.

VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità giuridica delle società di capitali nella 'common law' e nela 'civil law'.* Milano: Giuffré, 1964.

VIEGAS, Frederico (Org.). *Direito Civil Contemporâneo.* Brasília: Obcursos, 2009.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale.* Torino: Fratelli Bocca Editori, 1904. v. 3.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da Arbitragem Institucional. 12 Anos da Lei 9307/1996.* São Paulo: Malheiros, 2008.

WALD, Arnoldo. O Acordo de Acionistas e o Poder de Controle do Acionista Majoritário. *Revista de Direito Mercantil*, Econômico e Financeiro, v. 10, p. 11, *s.n.*

_____. Algumas Considerações sobre as Sociedades Coligadas e os Grupos de Sociedades na Nova Lei das Sociedades Anônimas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 258, p. 83-94, abr./jun. 1977.

WEINGARTEN, Celia. Emergencia Economica: Responsabilidad de los Grupos Económicos y la Marca Bancaria. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 78-84. jan./mar. 2003.

WORMSER, Maurice. Piercing the Veil of Corporate Entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, 1912.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica no Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 3, n. 10, p. 69-85, abr./jun. 2002.

YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional.* Curitiba: Juruá, 2005.

ZOHAR, Danah. *Sociedade Quântica.* Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2006.