

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



rdm

revista de direito mercantil

Revista de Direito Mercantil

FUNDADORES

1a FASE: Waldemar Ferreira

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. da Costa

e Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Soveral Martins, Judith Martins-Costa, Ana de Oliveira Frazão, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Carlos Klein Zanini, Paulo de Tarso Domingues, Gustavo José Mendes Tepedino, Ricardo Oliveira Garcia, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Rui Pereira Dias, José Augusto Engrácia Antunes, Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO

Calixto Salomão Filho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Paulo Frontini, Mauro Rodrigues Penteado, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, Newton de Lucca, Juliana Krueger Pela, Paula Andréa Forgioni, José Marcelo Martins Proença, Rachel Sztajn, Balmes Vega Garcia, Antonio Martin, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, Eduardo Secchi Munhoz, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Francisco Satiro de Souza Junior, Sheila Christina Neder Cerezetti, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Vinícius Marques de Carvalho, José Alexandre Tavares Guerreiro, Manoel de Queiroz Pereira Calças, Marcos Paulo de Almeida Salles, Marcelo Vieira von Adamek, Newton Silveira

COORDENADOR ASSISTENTE DE EDIÇÃO:

João Paulo Braune Guerra

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

Camila Bovolato Rodrigues, Carolina Capani, Giulia Ferrigno Poli Ide Alves, Isabella Petrof, Julia Borges Endler, Matheus Chebli, Rodolfo Pavanelli Menezes, Sergio Coelho de Azevedo Junior, e Virgílio Maffini Gomes

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz, Daniela Nunes de Amartine, Erasmo Valladão Azevedo França e Novaes, Érico Andrade, Gabriel Tajra, Georges Gmoussa, Gustavo Cerqueira, Herbert Wiedemann, Iacyr de Aguiar Vieira, Leonardo Parentoni, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros, Luiz Daniel Haj Mussi, Luiz Felipe Galloti Rodrigues, Mariana Hofmann Fuckner, Paulo Burnier Silveira, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Thiago Saddi Tannous, Thomas Bergmann.

ISBN: 978-65-89904-60-1

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte Maio De 2022

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



AUTORES

AGUILAR VIEIRA, Iacyr de.

Ancien professeur à l'université fédérale de Viçosa, Brésil, avocat inscrit au barreau de Minas Gerais, Brésil.

AMARTINE, Daniela Nunes de.

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), com período sanduíche na Universidad Nacional de Colombia através do Programa de Desenvolvimento Acadêmico Abdias do Nascimento, fomentado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduada em Licitações e Contratos.

ANDRADE, Érico.

Professore “adjunto” nell’Università Federale di “Minas Gerais”.

ASSIS, Daniel Araújo de.

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC RS). Especialização em Gestão de Negócios e Inovação (MBA) pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA OAB/MG).

BARROS, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2016), com extensão universitária realizada na EBS Universität für Wirtschaft und Recht (2014). Mestre em Direito Empresarial na Universidade de São Paulo (2021).

BERGMANN, Thomas.

Possui graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito junto ao programa de pós-graduação *stricto*

sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

CERQUEIRA, Gustavo.

Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Nîmes.

FUCKNER, Mariana Hofmann.

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR. ÁREA DO DIREITO: Direito societário e mercado de capitais.

HAI MUSSI, Luiz Daniel.

Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito Empresarial da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR.

MOUSSA, Georges.

Graduando em Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDESP-FGV). E-mail: <georgesvicentini@aol.com>.

NIZ, Kamilla Ranny Macedo.

Graduanda na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PARENTONI, Leonardo.

Professore “adjunto” nell’Università Federale di “Minas Gerais”.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor e Mestre pela USP. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RODRIGUES, Luiz Felipe Galloti.

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

SILVEIRA, Paulo Burnier.

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP).

TAJRA, Gabriel.

Graduado em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). E-mail: <gabriel.aguiar.tajra@gmail.com>.

TANNOUS, Thiago Saddi.

Doutorado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014-2017). Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (2009).

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1973), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1992), doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1998) e livre-docência em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2012). Professor associado. Ex-Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo (2016-2019).

SUMÁRIO

O JURISTA, O MÚSICO E O TRADUTOR: NOTA INTRODUTÓRIA A “INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO MUSICAL – UM ENSAIO”, DE HERBERT WIEDEMANN	15
<i>Erasmu Valladão Azevedo França e Novaes; Thiago Saddi Tannous</i>	
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E MUSICAL – UM ENSAIO	19
<i>Herbert Wiedemann</i>	
COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PARA CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-HOTEL: NATUREZA EMPRESARIAL E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
<i>Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer</i>	
O AFROEMPREENDEDORISMO COMO NICHOS ESPECÍFICOS DE NEGÓCIOS: UM ESTUDO COMPARADO COM BASES EMPÍRICAS DO BRASIL E DA COLÔMBIA	81
<i>Daniela Nunes de Amartine; Paulo Burnier Silveira</i>	
A DIFUSÃO DE INFORMAÇÕES E O FUNCIONAMENTO DO MERCADO DE CAPITAIS	111
<i>Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros</i>	
ASPECTOS REGULATÓRIOS DA LEI SARBANES-OXLEY APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS	151
<i>Gabriel Tajra; Georges Gmoussa</i>	

IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NEL DIRITTO

BRASILIANO ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI 175

Érico Andrade; Leonardo Parentoni

CRÍTICA AO SISTEMA DE OFERTA PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO DE CONTRATOS
DE INVESTIMENTO COLETIVO HOTELEIRO SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO AO
INVESTIDOR E DA CONFIABILIDADE E DA EFICIÊNCIA DO MERCADO 201

Luiz Daniel Haj Mussi; Mariana Hofmann Fuckner

GRUPO DE SOCIEDADES NO BRASIL 257

Thomas Bergmann

LES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS : UN MOYEN DE RESTRUCTURATION

DU DROIT COMMERCIAL BRÉSILIEN* 285

Iacyr de Aguiar Vieira; Gustavo Cerqueira

A CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS UMA ANÁLISE
DA POSSIBILIDADE JURÍDICA COM BASE EM CASOS PARADIGMAS..... 305

Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz

ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADES
ANÔNIMAS: PECULIARIDADES, RESPONSABILIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS..... 351

Luiz Felipe Galloti Rodrigues

GRUPO DE SOCIEDADES NO BRASIL

GROUP OF COMPANIES IN BRAZIL

BERGMANN, Thomas

RESUMO

A Lei nº 6.404/76 adotou o chamado modelo contratual de disciplina do grupo de sociedades. Separa o regime jurídico das sociedades controladas, controladoras e coligadas (cap. XX) do regime jurídico do grupo de sociedades (cap. XXI). Aquele trata as sociedades como se fossem independentes, e esse permite ampla subordinação e dependência de uma sociedade por outra. Em razão da inspiração alemã, a doutrina logo interpretou a dualidade implicada no esquema da Lei nº 6.404/76 como grupo “de direito” e “de fato”. A doutrina é quase unânime na constatação da “falência” do modelo contratual brasileiro. Analisam-se as razões para a ineficácia das normas sobre grupos “de direito”, sobre grupos “de fato” e do modelo legal em geral. Analisa-se a suposta “falência” do modelo da Lei nº 6.404/76.

Palavras-chave: grupo de sociedades; grupo de fato; grupo de direito; modelo contratual; controladora.

ABSTRACT

The statute nº 6.404/76 adopted the so called contractual model of discipline of the group of companies. It separates the legal regime of the controlled, controller and colligated (chap. XX) of the legal regime of the group of companies (chap. XXI). That one treats the companies as if they were independent, and this one allows ample subordination and dependence of one company from another. In the face of the german inspiration, the doctrine soon interpreted the duality implied in the scheme of the statute nº 6.404/76 as “legal” and “factual”. The doctrine is almost unanimous in asserting the “collapse” of the Brazilian contractual model. The reasons for the inefficacy of the norms about “legal” groups, about “factual” groups and of the legal

model in general are analyzed. The supposed “collapse” of the legal model are analyzed.

Key-words: group of companies; factual group; legal group; contractual model; controller.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Grupo de sociedades na Lei nº 6404/76. 3. A interpretação da doutrina. 4. A ineficácia das normas sobre grupo de sociedades (“de direito”). 5. A ineficácia das normas sobre o grupo “de fato”. 6. A “falência” do modelo contratual.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hoje, o grupo de sociedades (principalmente o de subordinação) é a estrutura jurídica do grande e médio empreendimento econômico. É uma realidade a nível mundial. Representa o grosso daqueles fenômenos econômico-sociais que estão na esfera do direito societário, possuindo papel central no movimento geral de concentração de empresas, ainda que os textos legislativos acanhem-se em assim se expressar. A forma jurídica prevalecente de empresa é o grupo de sociedades, não a sociedade individual. Na medida em que uma empresa toma certa dimensão ela tende a estender a sua atividade a mais de uma sociedade, tanto por razões de eficiência na produção, como por razões de limitação de responsabilidade, entre outras. Tal extensão da empresa dá-se mediante a detenção do poder de controle da nova sociedade e da submissão desta a um plano comum ao empreendimento como um todo.⁴²⁷

427 HOMMELHOFF, Peter; HOPT, Klaus; LUTTER, Marcus; DORALT, Peter; DRUEY, Jean-Nicolas; WYMEERSCH, Eddy. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa (risultato delle ricerche e proposte al legislatore da II Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società), in *Rivista delle società*, Fasc. 2-3, Anno 46, mar/giug 2001, pp. 341-448, p. 343; CHAMPAUD, Claude. Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions. Paris: Sirey, 1962, p. 197; ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups, in ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, pp. 23-59, p. 24.

Como ensina a experiência de todos os países, o grupo de sociedades gera três tipos de riscos: opressão dos acionistas ou sócios não-controladores; fraude contra credores, comerciais, trabalhistas ou o fisco; abuso de poder econômico nos mercados.⁴²⁸

Os institutos jurídicos devem ser disciplinados de modo a funcionar efetivamente, alcançar seu fim e fazê-lo de modo mais simples e socialmente menos custoso.⁴²⁹ A disciplina da estrutura grupal deve buscar equilibrar os interesses de controladores, minoritários e credores. Uma proteção muito acentuada do interesse do controlador leva a uma demasiada vulnerabilidade do interesses de credores e minoritários; e uma proteção muito acentuada do interesse destes inviabiliza o grupo de sociedades. O ponto de equilíbrio deve ser encontrado na legalização dos interesses globais do grupo, acompanhada da imposição de limites e de uma sistemática de adequada proteção dos interesses individuais lesados.⁴³⁰

Antes da Lei nº 6404/76, o direito brasileiro tratava pontualmente de certas questões referentes ao grupo de sociedades. Exemplos têm-se no Decreto-lei nº 2.627, art. 135, 2º o qual dispunha que deverão “os diretores, no seu relatório, dar informações precisas sobre a situação das sociedades controladas ou coligadas”, ou no Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 58.400/66, art. 174, § único, ‘d’, II e art. 176, §2º, ‘b’, que não admitiam como despesa operacional, para determinação do lucro tributável da sociedade, os *royalties* e as importâncias pagas a título de assistência técnica à sociedade que detenha o controle acionário ou administrativo de outra. A Lei nº 6404/76 trouxe uma série de inovações inspiradas no direito

428 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 23, Ano XV, 1976, pp. 91-107, p. 92-3.

429 ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 221.

430 EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, N. 53, Ano XXIII, jan/mar 1984, pp. 18-40, p. 26; COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 351.

estrangeiro.⁴³¹ Entre elas está a disciplina do grupo de sociedades, inspirada em parte na lei alemã de sociedades por ações de 1965.

2. GRUPO DE SOCIEDADES NA LEI Nº 6404/76

A regulação do grupo de sociedades nos diversos países pode ser dividida em parcial e global. A regulação parcial procura dar soluções a problemas pontuais gerados pelo grupo de sociedades, sem buscar submetê-lo a um regime jurídico abrangente. Já a regulação global busca submeter o grupo de sociedades a um regime jurídico abrangente, criando uma disciplina normativa própria e específica para a problemática do grupo de sociedades no quadro geral do direito societário.⁴³²

Duas diretrizes fundamentais orientam a regulação jurídica global grupo de sociedades. A primeira consiste no reconhecimento da legitimidade do grupo de sociedades como forma de organização da empresa e da primazia do interesse do grupo, com a sua forma de operar subordinando as sociedades-filhas sob a luz de um plano comum. A segunda, contrapartida à primeira, consiste na criação de um regime jurídico de proteção às sociedades-filhas, minoritários e credores, cujos interesses são afetados pela legitimação da situação de grupo. Todas as leis e projetos de lei sobre a matéria comungam desta orientação. As divergências se dão no plano da específica conformação jurídico-positiva das citadas diretrizes.⁴³³

O Brasil foi o segundo país a regular globalmente o grupo de sociedades. A Lei nº 6404/76, seguindo o precedente alemão, estabeleceu um modelo de regulação contratual do grupo de sociedades.⁴³⁴ A doutrina contrapõe o modelo contratual ao orgânico.

431 GOMES, Orlando. Fontes e significado das inovações da L. n. 6.404, in *Revista Forense*, Vol. 275, Ano 77, jul/ago/set 1981, pp. 1-5, p. 2 e 3.

432 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 166-8.

433 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

434 COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações...*, *op. cit.*, p. 93; *Idem*. *Abuso de controle em grupo societário de fato: remédio*

Nesse, as consequências jurídicas das normas que tutelam os diversos interesses afetados pela existência do grupo de sociedades são desencadeadas pela mera constatação de suas notas caracterizadoras no plano econômico. A constatação da presença na realidade econômica de um conjunto de sociedades articuladas sob a direção unitária da sociedade dominante seria suficiente para desencadear os efeitos das normas que regulam o grupo de sociedades, sendo indiferente o instrumento utilizado na constituição e organização do mesmo.⁴³⁵

No modelo contratual, o regime jurídico do grupo de sociedades não se aplica pela mera constatação de seus caracteres na realidade econômica, mas depende da manifestação de vontade das sociedades que desejam formar um grupo, seja mediante a conclusão de um “contrato de grupo” – ou de declaração formal de integração ao grupo –, através do qual as sociedades se submetem formalmente à direção de uma delas. A conclusão de tal contrato – e, assim, a aplicação do regime jurídico especial – depende, em última análise, da vontade da sociedade controladora (que controla a vontade das demais).⁴³⁶

Assim, somente com a realização do contrato – ou da declaração de integração – é que resta legitimada a subordinação do interesses das sociedades-filhas ao da sociedade-mãe (§§ 291, 308 e 323 da AKtG; art. 272 e 273 da Lei nº 6404/76; art. 27 a 33 da “Proposta Cousté”). Da mesma forma, só então terão efeito as medidas de proteção dos interesses das sociedades-filhas (§§300, 302, 324 da AKtG; art. 32 da “Proposta Cousté”), dos minoritários (§§304-307 da AKtG; art. 13 a 23

jurídico cabível, in *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 306; REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86.

435 EMBID IRUJO, José Miguel. *Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica...*, *op. cit.*, pp.28 e 31; ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 177.

436 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 176; EMBID IRUJO, José Miguel. *Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica...*, *op. cit.*, p.29; PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes. *Anotações sobre os grupos de sociedades, ...*, *op. cit.*, p. 31.

da “Proposta Cousté”) e dos credores sociais (§§303, 321 e 322 da AKtG; art. 24 da “Proposta Cousté”).⁴³⁷

Caso as legislações que adotam o modelo contratual se limitassem a estabelecer um regime especial facultativo, é evidente que a disciplina dos grupos obteria escassa aplicação. Para evitar tal consequência, na ausência do instrumento legal que legitima a situação de grupo, submete-se as sociedades ao direito societário tradicional, estabelece-se uma proibição de expedir instruções aos órgãos de administração das sociedades-filhas, reforçada por uma responsabilidade agravada da sociedade-mãe e de seus administradores em caso de descumprimento.⁴³⁸ Busca-se impossibilitar o exercício de uma direção unitária.⁴³⁹

Não realizado o instrumento que a lei impõe para o reconhecimento formal do grupo de sociedades (contrato ou declaração de integração) não é permitida a subordinação do interesses das sociedades-filhas ao da sociedade-mãe, nem aplicáveis as medidas de proteção dos interesses das sociedades-filhas, dos minoritários e dos credores sociais.⁴⁴⁰ Aplicam-se as normas relativas às situações de domínio e dependência entre sociedades, que se caracteriza pela possibilidade constante de exercício de uma influência dominante de uma sociedade sobre outra (§§ 17, 311 e 317 da AKtG; art. 242 da Lei nº 6404/76; art. 34 a 37 da “Proposta Cousté”). Aqui, aplicam-se as regras do direito societário tradicional, com cada sociedade devendo buscar seu interesse social independentemente, sem subordinação, mais certas regras especiais que visam garantir a independência de cada sociedade sob pena de indenização ou compensação dos prejuízos causados pela subordinação de uma sociedade por outra (§§ 311 a 318

437 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, pp. 171-2.

438 EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica..., *op. cit.*, p.29.

439 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 176, nota 34.

440 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 32.

da AKtG; art. 245, 246, 116 e 117 da Lei nº 6404/76; art. 34 a 37 e 41 da “Proposta Cousté”),⁴⁴¹

A Lei nº 6404/76 também efetuou uma separação nítida entre situação de domínio / dependência e situação de grupo. A exposição de motivos é clara a esse respeito:

(...) o Projeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto reguladas neste capítulo (XX); sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro de Comércio, passam a constituir grupos societários, com disciplina própria, previsto no capítulo XXI.

De um lado, têm-se sociedades reguladas pelas normas de coligação e controle societário, tratadas como autônomas e sem a possibilidade de subordinação (capítulo XX) e, de outro, sociedades reguladas pelas normas especiais do capítulo XXI, que permitem a subordinação quase que ilimitada de uma sociedade por outra.

De fato, o capítulo “Grupo de Sociedades” dispõe que sociedade controladora e suas controladas podem constituir 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 (art. 265), e que a sociedade de comando do grupo de sociedades deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas (art. 265, §1º).

Ao dispor sobre a “natureza” do grupo de sociedades, afirma-se que as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa

441 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, pp. 172-3.

do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo (art. 266), sem prever qualquer limite à subordinação que a convenção pode criar entre as sociedades grupadas, além da previsão de que cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos (art. 266, *in fine*).

A convenção, ainda, deve definir a estrutura administrativa do grupo de sociedades, podendo criar órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção-geral (art. 272). Tratando dos administradores das sociedades filiadas, dispõe que sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo de sociedades que não importem violação da lei ou da convenção do grupo (art. 273), sendo que a lei não põe limites à convenção. Logo, os órgãos administrativos das sociedades filiadas devem subordinação aos administradores do grupo em tudo que não contrarie a lei ou a convenção, com o que se legitima a falta de autonomia das sociedades controladas, cuja atividade empresarial passa a ser exercida, legalmente, no interesse alheio.⁴⁴² Isto é, estabelece-se uma relação de subordinação sob direção única do grupo. A lei permite que a convenção estabeleça uma política empresarial comum, envolvendo todas as sociedades convenientes que, assim, perdem a sua individualidade estratégica⁴⁴³, devendo seguir as políticas empresariais uniformes impostas pela administração grupal.⁴⁴⁴

Ademais, a convenção pode prever combinação de recursos e participação em custos, receitas ou resultados (art. 276). Isto é, a convenção pode criar um fundo comum de recursos e resultados visando os fins do grupo, afetando não apenas a atividade empresarial

442 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 99.

443 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito, *in* Revista Jurídica de Osasco, Volume 4, 1999, pp. 125-135, p. 127.

444 EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 523.

ou o gerenciamento, mas o próprio patrimônio das companhias, seus custos, receitas e resultados.⁴⁴⁵ A lei deixa para a convenção a previsão dos mecanismos de compensação das perdas sofridas pelas sociedades-filhas e minoritários.⁴⁴⁶ Gera uma direção empresarial única, abrangendo administração e patrimônio sociais, podendo integrar os resultados de cada uma a favor da direção do grupo, ou partilhar os lucros entre as sociedades, ou formar um caixa único, ou ainda compensar resultados entre sociedades prósperas e deficitárias do grupo. Assim, a autonomia patrimonial das sociedades convenientes é passível de intensa relativização.⁴⁴⁷ Inobstante a declaração de que cada sociedade do grupo conservará sua personalidade e patrimônio próprio (art. 266), “*é bem de ver que a intercomunicação patrimonial é prevista e legalizada*”.⁴⁴⁸ Ainda assim, a lei mantém a autonomia para fins de responsabilização, eis que cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos (art. 266, *in fine*). O legislador buscou isolar a responsabilidade das sociedades convenientes, excluindo toda e qualquer responsabilidade de uma por débito da outra.⁴⁴⁹

De um lado, ao traçar as linhas gerais da disciplina do grupo de sociedades, o capítulo XXI não definiu o conteúdo da convenção, mas facultou a combinação de recursos e participação em custos, receitas ou resultados sem qualquer limite explícito entre as sociedades grupadas, bem como a submissão da administração das sociedades-filhas às instruções da direção geral do grupo. Isto é, facultou a criação de direção empresarial única, abrangendo administração e

445 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, p. 128.

446 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 59.

447 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, p. 129-30.

448 COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 313.

449 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 105; CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, p. 130.

patrimônio sociais⁴⁵⁰, com a correspondente perda – ainda que parcial – da autonomia organizacional e patrimonial⁴⁵¹ das sociedades-filhas. Portanto, a Lei nº 6404/76 legitimou uma subordinação intensa. De outro lado, a Lei nº 6404/76 não previu medidas de garantia para os credores (cuja proteção ficou a depender da extensão que se dê à responsabilidade civil do controlador)⁴⁵², atribuindo aos sócios não-controladores apenas o direito de recesso com reembolso de suas ações ou quotas (art. 270, parágrafo único).⁴⁵³ Isto é, não criou um regime de proteção aos credores, minoritários e sociedades-filhas.

O capítulo “*Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas*” submete as sociedades ao regime comum, devendo o controlador usar seu poder para realizar o objeto social de cada companhia, sem orientá-la para fins diversos (art. 116, parágrafo único, 117, § 1º, ‘a’ e 246). O mesmo se passando com os administradores (art. 245).⁴⁵⁴ Ou seja, *sem aludir a grupo de sociedade*, a Lei nº 6.404/76 não admite que as sociedades possam atuar no interesse da outra, ou submeter-se às diretivas emanadas de outra. Isso fica claro pela regra do art. 245 que proíbe os administradores de favorecer, em prejuízo da companhia, sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado. Com isso, torna-se, em tese, impossível a atuação do grupo societário como um conjunto em que cada sociedade trabalha no

450 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, p. 41-2.

451 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 99; CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, p. 130; LOBO, Jorge. Grupo de sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 126; PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 68.

452 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades, *in* Revista dos Tribunais, Volume 647, ano 78, set 1989, pp. 7-22, p. 20.

453 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 99 e 100; PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos ..., *op. cit.*, p. 60

454 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 11.

interesse do grupo e não no próprio interesse, sublinhando a lei a autonomia econômica – e não só jurídica – de cada sociedade.⁴⁵⁵

Assim, as sociedades reguladas pelo capítulo XX mantêm íntegra a individualidade de seus objetivos empresariais, visando seus próprios interesses sociais, não possuindo a controladora ingerência sobre a política de prioridades das controladas. Além disso, devem manter regime de estrita comutatividade nas relações negociais entre si, não sendo admissíveis operações que visem à absorção de lucros entre elas mediante a transferência de despesas operacionais.⁴⁵⁶

A Lei nº 6404/76 efetuou uma separação nítida entre situação de domínio dependência e situação de grupo. E isso não foi sem propósito. Seguindo a mesma lógica do modelo contratual alemão, a disciplina adotada no Brasil tem o propósito de dissuadir. Busca desestimular a manutenção de “grupos de fato”. Ou, se se preferir, incentivar os grupos de sociedades efetivamente existentes a concluírem a convenção do art. 265, submetendo-se ao regime jurídico especial.⁴⁵⁷

A ideia motriz da lei alemã de sociedade por ações de 1964 (*Aktiengesetz*) era discriminar os grupos de fato, desencorajando a sua formação, com o fim de incitar as sociedades-mães a legalizar seu controle “de fato” por um contrato de domínio.⁴⁵⁸ Os grupos estruturados contratualmente gozam de uma liberdade ampla de dirigir o grupo de modo a subordinar seus membros⁴⁵⁹, o que corresponde inteiramente

455 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 95-7.

456 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, pp. 125-6.

457 COMPARATO, Fábio Konder. Abuso de controle em grupo societário de fato: remédio jurídico cabível..., *op. cit.*, p. 308; CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 4º Vol, T. II, arts. 243 a 300. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

458 HOPT, Klaus. Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes, *in* Revue des Sociétés, n. 3, année 105, jul/sept 1987, pp. 371-390, p. 376 e 381; COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 313.

459 WIEDEMANN; FREY. Gesellschaftsrecht. 9ª Ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 324.

à realidade econômica dos grupos.⁴⁶⁰ Assim, visando impor certos limites ao modo de atuar do grupo de sociedades (mediante a realização de um dos contratos da lei), a disciplina daqueles que não formalizam seu poder de domínio mediante os contratos tipificados na lei proíbe a sociedade-mãe de influenciar as sociedades-filhas a tomar medidas que lhes prejudicassem, a menos que paga uma compensação.⁴⁶¹ Estas e outras disposições especiais visaram evitar o perigo advindo da natureza dispositiva do modelo contratual, isto é, o risco de falta de efetividade da disciplina dos grupos e do sistema da lei em geral. Buscou-se forçar indiretamente os grupos “meramente fáticos” a legalizar a sua existência, submetendo-se aos limites da lei, ao impossibilitar o exercício de uma direção unitária ou apenas permiti-la em estruturas de grupo muito descentralizadas.⁴⁶² Assim, a discriminação legal visava dissuadir. Isto é, incitar os empresários a celebrar os contratos tipificados na lei.⁴⁶³

A Lei nº 6.404/76 legitima o grupo de sociedades (capítulo XXI) como estrutura empresarial e aceita seu modo de operar subordinando organizatória e patrimonialmente – ao menos em larga medida – as sociedades-filhas ao interesse do grupo. Ao mesmo tempo (capítulo XX), submete as sociedades coligadas, controladoras e controladas ao regime das sociedades individuais, estabelecendo meios de dissuasão. O art. 246 obriga a sociedade controladora a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. Aquele exigindo que o acionista controlador use o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto (art.

460 HOPT, Klaus. *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes...*, *op. cit.*, p. 376.

461 HOPT, Klaus. *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes...*, *op. cit.*, p. 376.

462 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária...*, *op. cit.*, p. 176, nota 340; *Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório...*, *op. cit.*, p. 46; PRADO, Viviane Muller. *Grupos societários: análise do modelo da Lei 6404/1976*, in *Revista Direito GV*, Vol. 1, N. 21, jun/dez 2005, pp. 05-28., p. 13.

463 COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações...*, *op. cit.*, p. 95

116, § único); este afirmando que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, como orientar a companhia para fim estranho ao objeto social (art. 117, §1º, 'a'). O art. 245 afirma que os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao prescrito. Esta regra impossibilita a atuação do grupo de sociedades como um conjunto em que cada sociedade trabalha no interesse geral. Isso porque a sua função é manter a autonomia da sociedade na condução dos negócios conforme o interesse social.⁴⁶⁴ Na situação de grupo não caberia a aplicação da regra do art. 245 que ao impedir a subordinação dos interesses de uma sociedade em favor de outra inviabilizaria o grupo enquanto tal.⁴⁶⁵

A situação de domínio e dependência se diferencia da situação de grupo por consistir na *possibilidade estável* de exercício de uma influência dominante de uma sociedade sobre outra.⁴⁶⁶ Note-se que ao definir o conceito de acionista controlador, o art. 116, 'b', da Lei nº 6.404/76 exige como condição necessária que aquele use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. E ao definir o conceito de sociedade controladora afirma que esta deve ser titular, diretamente ou através de outras controladas, de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (243, § 2º). Isto é, a lei não

464 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 20.

465 EMBID IRUJO, José Miguel. El derecho de los grupos de sociedades em Brasil – su significación y repercusión em el ordenamiento jurídico español..., *op. cit.*, p. 28.

466 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária..., *op. cit.*, pp. 175, nota 338 e 454-64; ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades. Madrid: Civitas, 2004, pp. 118-9.

põe o uso efetivo do poder de controle como condição necessária a que se tenha uma “sociedade controladora”, mas satisfaz-se com a mera potencialidade do exercício, desde que estável (“de modo permanente”).

3. A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA

Dada a inspiração alemã, a doutrina logo interpretou a dualidade implicada no esquema da lei entre grupos com e sem contrato como grupo de direito e de fato.⁴⁶⁷ COMPARATO afirmou ser a grande peculiaridade afirmativa da disciplina brasileira dos grupos societários a “distinção, sob certo aspecto radical, entre grupos de fato e grupos de direito”. Admite que “a lei, na verdade, não contém essas expressões, de origem doutrinária. Mas elas parecem muito sugestivas e apropriadas para a compreensão do sistema legal”. E afirma que “nesse particular, a nova lei brasileira de sociedades por ações aproximou-se grosso modo do modelo alemão da *Aktiengesetz* de 1965”.

4. A INEFICÁCIA DAS NORMAS DO GRUPO DE SOCIEDADES (“DE DIREITO”)

É em larga medida consenso a ideia de que o “modelo contratual” de disciplina do grupo de sociedades não deu certo. Isto é, não sucedeu na consecução de seus fins de induzir os grupos à realização do ato formal que os submeteria às limitações jurídicas tidas por convenientes pelos legisladores. “Do modelo original praticamente nada resta”.⁴⁶⁸ “As disposições legais que tratam do grupo de direito,

467 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 94; LOBO, Jorge. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 93; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 10.

468 SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 169-197, p. 169; COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 357.

na realidade, ‘não pegaram’”.⁴⁶⁹ E isso não só no Brasil. Fala-se, assim, da falência do modelo contratual. Da totalidade dos grupos só um número muito pequeno realiza a convenção e se submete ao regime especial. Aponta-se que cerca de 90% dos grupos alemães sejam “de fato”.⁴⁷⁰

No Brasil, a doutrina chama atenção para a pobreza dos dados estatísticos, entre outras questões, também sobre os grupos de sociedades.⁴⁷¹ WALD e EIZIRIK afirmam existir “apenas oito grupos de sociedades com seus atos de constituição levados ao registro de comércio de São Paulo”.⁴⁷² VIO afirma que constavam dos bancos de dados da Receita Federal, em outubro de 2012, 428 inscrições ativas relativas a grupos de direito, e compara tal número com as mais de quatro milhões e meio de sociedades comerciais criadas no Brasil entre 1985 e 2005. “Tais números atestam amplamente o insucesso do modelo dos grupos de direito na realidade econômica brasileira”.⁴⁷³ PRADO afirma que, em 1996, havia menos de 30 grupos com registro no Departamento Nacional de Registro de Empresas. Que “os grupos contratuais são praticamente inexistentes no País”. “Após 30 anos da entrada em vigor da Lei 6.404/1976 constatou-se que o modelo dual não funciona na realidade brasileira, na medida em que os grupos convencionais são praticamente inexistentes nas estruturas das grandes empresas”.⁴⁷⁴ CARVALHOSA aponta que alguns grupos

469 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 519-20.

470 HIRSCH, A. *Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne, Droit des Groupes de Sociétés: analyse, propositions*. Paris: Librairies techniques, 1972, p. 155.

471 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 119.

472 WALD, Arnoldo; EIZIRIK, Nelson. A Designação “Grupo de Sociedades” e a Interpretação do Art. 267 da Lei das S/A, *in* *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 54, Ano XXIII, 1984, pp. 51-66, p. 63.

473 VIO, Daniel de Avila. *Grupos societários – Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato*, no *Direito Societário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 333.

474 PRADO, Viviane Muller. *Conflito de Interesses nos Grupos Societários...*, *op. cit.*, pp.68, 69, nota 101 e 70.

quiseram experimentar a novidade, mas, desde logo, desistiram e regressaram ao sistema do grupo de fato.⁴⁷⁵

Entre as razões para o fracasso do modelo afirma-se a artificialidade do modelo importado sem qualquer tradição no Brasil⁴⁷⁶, nada obstante o caráter de inovação que o instituto teria de qualquer forma, eis que o Brasil foi o segundo país a adotar o modelo contratual, atrás da Alemanha, onde o instituto era igualmente uma inovação. “Por tratar-se de direito sem fato, o ‘instituto do grupo de sociedades’, pela sua notória artificialidade, não logrou instalar-se no mundo jurídico-empresarial brasileiro”.⁴⁷⁷

Outra razão estaria na descapitalização das sociedades do grupo com o direito de recesso dos minoritários (art. 270, parágrafo único).⁴⁷⁸ Contudo, trata-se da única garantia dos minoritários contra a expropriação de seus direitos. Ademais, o direito de recesso se dá em outras operações societárias, como a incorporação, que nem por isso deixam de ser realizadas. “Seria mais razoável concluir que as sociedades controladoras não souberam negociar mecanismos adequados de tutela da posição dos acionistas externos a serem inseridos na própria convenção”.⁴⁷⁹

A doutrina aponta também para a falta de flexibilidade operacional da convenção, que exigiria que as relações entre empresas e a estrutura administrativa estejam expressamente disciplinadas na

475 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., *op. cit.*, p. 359.

476 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 71 e PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6404/1976..., *op. cit.*, p. 16; VIO, Daniel de Avila. Grupos societários..., *op. cit.*, p. 337.

477 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., *op. cit.*, p. 358.

478 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 71 e PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6404/1976..., *op. cit.*, p.16; VIO, Daniel de Avila. Grupos societários..., *op. cit.*, pp. 339-40; COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 100.

479 VIO, Daniel de Avila. Grupos societários..., *op. cit.*, p. 339-40.

convenção grupal, criando gravames burocráticos, com a consequente divulgação a terceiros de aspectos do modo de operar do grupo.⁴⁸⁰

Aponta-se, ainda, para a falta de incentivos fiscais à formação do grupo de sociedades. Tal incentivo foi ensaiado com o Decreto-lei nº 1.598/77 que, no entanto, foi revogado pelo Decreto-lei nº 1648/78 antes do fim do exercício financeiro seguinte, jamais sendo aplicado. Essa revogação é tida por alguns como a principal razão da inefetividade das normas sobre os grupos “de direito”: “eliminada a vantagem fiscal da organização do grupo de direito, não restou nenhuma razão prática para que os grupos de fato se transformassem em de direito”. Ademais, “não houve recepção do novo modelo pelas autoridades fazendárias, que impuseram dupla tributação no que respeita às convencionadas transferências de recursos e lucros”.⁴⁸¹

Outra razão estaria na facultatividade na realização da convenção, que depende da manifestação de vontade dos interessados na constituição.⁴⁸² Todavia, há de se notar que, no esquema da lei, a subordinação para além daquela que deve manter a comutatividade em suas operações, necessária em qualquer grupo que não seja altamente descentralizado, só é permitida mediante a celebração da convenção de grupo, “requisito obrigatório e indispensável para a condução de qualquer empresa plurissocietária efetivamente coesa e integrada”. Sem a convenção, a subordinação para além daquela que deve manter

480 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 74 e PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6404/1976, p. 17; AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de direito e economia, in ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). Os grupos de sociedades. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 177-193, p. 189; VIO, Daniel de Avila. Grupos societários..., *op. cit.*, 335-7.

481 VIO, Daniel de Avila. Grupos societários ..., *op. cit.*, pp. 335 e 340; VARGAS, Manoel. Grupo de sociedades, in LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). Direito das Companhias, Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 2051-2072, p. 2057-8; CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., *op. cit.*, p. 359.

482 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 71 e Grupos societários..., *op. cit.*, p. 16; VIO, Daniel de Avila. Grupos ..., *op. cit.*, p. 335-6; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa contemporânea e direito societário..., *op. cit.*, p. 119.

a comutatividade em suas operações é ilegal e sancionada pelos art. 245 e 246, não havendo opção. Trata-se do mecanismo de dissuasão adotado pela lei brasileira de 1976 por inspiração da solução da lei alemã de 1965. Aqui, no entanto, pode-se ver a razão fundamental para a ineficácia das normas sobre grupos “de direito”: a ineficácia das normas sobre grupos “de fato”.⁴⁸³

Assim como na lei alemã de sociedades por ações de 1965, a Lei nº 6.404/76 submete as sociedades de “grupo de fato” a um regime jurídico que as trata como economicamente autônomas.⁴⁸⁴ Na Alemanha, o grupo “de fato” não pode usar sua influência a fim de induzir uma sociedade por ações dependente a concluir negócios jurídicos que lhe sejam danosos, ou a tomar ou omitir providências em seu prejuízo, salvo indenização (§ 311, Abs. I da *Aktiengesetz*). Deve apresentar um relatório anual sobre as relações de cada sociedade com cada outra empresa do grupo (§ 312). Deve garantir a possibilidade, a requerimento de acionistas não-controladores, de exame das contas por perito judicial (§ 315). Sendo prevista a responsabilidade da sociedade dominante e de seus administradores pelos prejuízos causados a esta em razão das relações de dominação, sem indenização adequada (§§ 311, Abs. II, 317 e 318).⁴⁸⁵

COMPARATO afirma que pela falta de clareza e simplicidade as regras sobre grupos “de fato” “figuram entre as menos felizes da Lei acionária alemã de 1965, como reconhecem os próprios juristas germânicos. Em razão disso, sem dúvida, a sua efetividade é mínima”. Elas “seriam de molde a incitar os empresários a celebrar um ‘contrato de dominação’, arquivando-o no registro do comércio. Mas esse incitamento se revelou inócuo”. O “objetivo da lei societária de 1965 não vingou, na medida em que foram pouquíssimos os

483 VIO, Daniel de Avila. Grupos societários ..., *op. cit.*, p. 341

484 PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6404/1976..., *op. cit.*, p. 18.

485 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 94-5

conglomerados que, na prática alemã, submeteram-se ao regime de Konzern convencional”.⁴⁸⁶ Hoje, assim,

é mais ou menos consensual que o modelo “dualista” germânico não vingou: tal como foi afirmado desassombradamente por um dos mais eminentes estudiosos alemães na matéria, “o princípio regulatório naufragou” (Klaus HOPT).⁴⁸⁷

Em Portugal, o legislador, apesar de adotar o modelo contratual, omitiu a disciplina da situação de domínio / dependência e de sua problemática, sendo a doutrina clara ao afirmar que tal omissão leva a um

*inevitável efeito de desequilíbrio na economia geral do próprio sistema legal das sociedades coligadas, designadamente, ao contribuir indiretamente para tornar as normas relativas às relações de grupo em pura “letra morta”: com efeito, dada a filiação do sistema português na grande família dos chamados “modelos contratuais”, apenas a previsão de uma regulação expressa para o domínio intersocietário poderia, a um tempo, assegurar uma adequada normação da fenomenologia dos chamados “grupos de fato” e a manutenção da específica mais-valia jurídico-organizativa do modelo dos “grupos de direito”.*⁴⁸⁸

No Brasil, no mesmo sentido, a doutrina afirma que os grupos “são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira” e que “passados 30 anos da vigência da Lei nº 6.404/76, é preciso repensar

486 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 94-5; CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., *op. cit.*, p. 354.

487 ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa..., *op. cit.*, p. 46.

488 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 449-50.

o modelo não-definitivo adotado pelo legislador”, que “não pegou”, pois “são raríssimos os casos de empresas que estabelecem, mediante convenção, o regramento de suas relações”.⁴⁸⁹ Assim, é importante que se analise as razões da ineficácia das normas sobre grupos “de fato”.

5. A INEFICÁCIA DAS NORMAS DO GRUPO DE SOCIEDADES “DE FATO”

A disciplina do grupo “de fato” (situação de mera dependência) também resultou, em larga medida, ineficaz. Ao não admitir que cada sociedade possa atuar no interesse de outra, nem se submeter às diretivas emanadas de outra, tal disciplina desconhece as razões técnico-econômicas que levam os empresários a constituir os grupos societários. Como regramento do grupo de subordinação e de seu modo específico de operar é claramente inadequado, praticamente impossibilitando a atuação do grupo, salvo aqueles bastante descentralizados.⁴⁹⁰ Contudo, isso é decorrência natural da sua função dissuasória.

Como não houve boa recepção do esquema da Lei nº 6.404/76, sendo realizadas poucas convenções de grupo, a grande maioria dos grupos submete-se à disciplina da situação de mera dependência. Mas esse fato em si já indica o fracasso da função dissuasória do modelo legal. No Brasil, o empresário ainda opta por não adotar a estrutura do grupo convencional.⁴⁹¹

489 SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário..., *op. cit.*, p. 169; PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 78; EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada..., *op. cit.*, pp. 519-20.

490 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 95; EMBID IRUJO, José Miguel. El derecho de los grupos de sociedades em Brasil – su significación y repercusión em el ordenamiento jurídico español..., *op. cit.*, p. 28; ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 176, nota 340.

491 PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 72.

A tentativa de impor uma proibição à subordinação mediante o exercício de uma direção unitária sob um estado de coisas em que as sociedades efetivamente se subordinam sob um plano comum poderia resultar na interdição da estrutura grupal e de seu modo de operar, ou na ineficácia da regulação. A segunda hipótese ocorreu na Alemanha, em Portugal e, ao que parece, no Brasil.

Pela falta de clareza e simplicidade as regras sobre grupos “de fato” “figuram entre as menos felizes da Lei acionária alemã de 1965, como reconhecem os próprios juristas germânicos. Em razão disso, sem dúvida, a sua efetividade é mínima”. Elas “seriam de molde de molde a incitar os empresários a celebrar um ‘contrato de dominação’, arquivando-o no registro do comércio. Mas esse incitamento se revelou inócuo”.⁴⁹²

Sabe-se que o grupo com frequência atua de modo a subordinar as sociedades integrantes, realizando uma constante realocação de recursos com vistas à maximização do retorno do investimento.⁴⁹³ A doutrina constata que “nos grupos tanto de direito como de fato, há um interesse comum, que não se confunde com o de cada sociedade” e que “é praticamente impossível que tas sociedades sob comando unificado, em geral de uma holding, não reconheçam a existência de um interesse superior ao de cada uma delas, o interesse do grupo”.⁴⁹⁴

No Brasil, tem-se notícia de pouquíssimas ações judiciais visando coibir tais medidas de subordinação não estritamente comutativas.⁴⁹⁵

Na Lei nº 6.404/76, em princípio, a legitimação dos acionistas minoritários foi disciplinada nos grupos “de fato” e “de direito” (art. 246, §1º e 276, §3º) com critérios específicos em relação ao caso das sociedades que não estejam em uma daquelas situações, cujos critérios

492 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, pp. 94-5.

493 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 40.

494 EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada..., *op. cit.*, p. 355.

495 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Prévia Deliberação Assemblear Como Condição de *Legitimatio ad Causam* na Ação Social, in Pareceres. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, p. 706; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

são fixados no art. 159.⁴⁹⁶ O art. 246 afirma que para a reparação dos danos causados pela controladora à controlada por atos praticados com abuso de poder

§ 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.

Como notou COUTO E SILVA, a “exigência de pelo menos 5% do capital social, como requisito de legitimação, não deixa de ser discriminatória”, na medida em que “acaba por impedir, pela dificuldade em obter acionistas dispostos em litigar, a propositura da ação”. Ademais, a exigência da alínea ‘b’ a “qualquer acionista” (caução pelas custas e honorários de advogado) “constitui, por igual, grave restrição ao princípio do livre acesso à justiça”, tendo em vista que “nessas questões se discutem valores elevados e o perdedor poderá pagar honorários na ordem de 10 a 20% do valor da causa”. Assim, “poucos se interessariam em ajuizar ações cujo benefício total é apropriado pela sociedade controlada”.

É extremamente desfavorável a situação do acionista promotor da ação do art. 246, §1º, ‘b’. Para contrabalançar tal situação a lei previu o incentivo do art. 246, §2º, *in fine*. Todavia, como apontou COUTO E SILVA, “não são eles suficientes para superar os riscos inerentes à perda da ação”. Afirma que sem a concessão de justiça gratuita, “só os acionistas que disponham de possibilidades financeiras elevadas

496 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 18.

é que deteriam legitimação para propor uma ação que tivesse por finalidade responsabilizar a sociedade controladora, ou aos seus administradores”.⁴⁹⁷

O art. 245 (que trata dos administradores) afirma que a sanção por seu descumprimento é a responsabilidade por perdas e danos perante a companhia. Contudo, não atribui aos acionistas poder de ação, como se dá nos parágrafos do artigo 246. A Lei nº 6.404/76 silencia a ponto de COMPARATO afirmar parecer irrecusável a aplicação das regras de legitimação ativa do art. 159, “sob pena de se condenar o texto do art. 245 à total inefetividade”.⁴⁹⁸

A formulação da pretensão à compensação a ser deduzida em juízo encontra sérias dificuldades. O dever de compensação do art. 245 inspira-se no § 311 da lei alemã. Esse exige compensação – “atomística” – pontual para cada prejuízo causado à controlada considerada como uma sociedade independente, não levando em conta os aspectos positivos de médio e longo prazo da participação real em um grupo.⁴⁹⁹

O sistema compensatório da lei, ao exigir que se trate cada sociedade como se independente fosse, necessita da suposição de que é possível reconstruir a situação de sociedade independente para fins de compensação. Assim, contudo, negligencia-se o fato de que a entrada de uma sociedade independente em um grupo representa um “ponto sem retorno”.⁵⁰⁰ Simplesmente não é possível recriar a situação hipotética de sociedade independente que determinada sociedade se encontraria caso não entrasse no grupo após certo período de integração. Nos grupos plenamente estabelecidos este é o caso.⁵⁰¹

497 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 18-9.

498 COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações..., *op. cit.*, p. 97.

499 HOMMELHOFF, Peter; HOPT, Klaus; LUTTER, Marcus; DORALT, Peter; DRUEY, Jean-Nicolas; WYMEERSCH, Eddy. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa..., *op. cit.*, p. 381-2; KUHLMANN; AHNIS. Konzern- und Umwandlungsrecht..., *op. cit.*, pp. 70 e 687.

500 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 44.

501 WIEDEMANN, Herbert. Die Unternehmensgruppe im Privatrecht. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1988, p. 47.

Ademais, é frequentemente difícil determinar ou provar que uma decisão tomada por uma sociedade-filha foi efetivamente causada pela influência da sociedade-mãe, ou se foi tomada autonomamente pela iniciativa dos dirigentes da sociedade-filha. “Se os órgãos de gestão da sociedade controlada declaram de maneira credível que sua decisão ou omissão não foi ‘incitada’ pela dominante, pode-se dizer que é o fim”, provoca HOPT.⁵⁰²

Além disso, há o problema de determinar os efeitos patrimoniais e seu caráter prejudicial ou benéfico do ponto de vista da controlada afetada. Isso pressupõe que o autointeresse patrimonial da controlada possa ser isolado o que, todavia, é extremamente difícil desde a integração da sociedade no grupo. Frequentemente, não será possível quantificar com precisão a magnitude dos efeitos de dada decisão ou o custo-benefício geral da relação entre sociedades mãe e filha.⁵⁰³ Tal quantificação depende de um número tão amplo de variáveis – muitas imprevisíveis – que o espectro de cenários alternativos é enorme. Há dificuldade consideráveis no caso de transações de longo prazo, ou de negociações de bens que não têm um mercado com preço médio estabelecido, ou cujo preço pode ser manipulado pela sociedade dominante.⁵⁰⁴ “Quanto mais competitivos são os mercados, mais verificáveis tornam-se os preços”.⁵⁰⁵

O mesmo vale para decisões da controlada sobre a realização ou omissão de investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre outros.⁵⁰⁶ Ademais, o custo-benefício geral da relação entre

502 HOPT, Klaus. Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes..., *op. cit.*, p. 382; ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 44-5.

503 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 45-6; HOPT, Klaus. Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes..., *op. cit.*, p. 382.

504 HOPT, Klaus. Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes..., *op. cit.*, p. 382.

505 DYCK, Alexander; ZINGALES, Luigi. Private Benefits of Control: An International Comparison, *in* The Journal of Finance, v. 59, n° 2, 2004, pp. 537-600, p. 576.

506 HOPT, Klaus. Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes..., *op. cit.*, p. 382.

sociedades mãe e filha envolve investimentos que se submetem ao risco empresarial, de efeitos apenas limitadamente previsíveis. “Se tal prognose de custo-benefício fosse factível com algum grau de precisão, então provavelmente a atividade empresarial não seria de forma alguma arriscada”.⁵⁰⁷

Assim, as ações sociais dos artigos. 159 e 246 da Lei nº 6.404/76 são muito pouco utilizadas⁵⁰⁸ e ineficazes.⁵⁰⁹ Os tribunais superiores enfrentaram pouquíssimas vezes o problema do conflito de interesses nos grupos de fato.⁵¹⁰ Além disso, a demora para se obter uma solução judicial das lides societárias no Brasil torna ainda mais custosa e menos eficaz a tutela. É freqüente que administradores e acionistas sejam punidos administrativamente pela CVM devido a infrações graves, mas não ocorra nenhuma condenação a ressarcimento dos prejuízos em âmbito judicial.⁵¹¹

6. A “FALÊNCIA” DO MODELO CONTRATUAL

ANTUNES afirma que somente “a previsão de uma regulação expressa para o domínio intersocietário poderia, a um tempo, assegurar uma adequada normação da fenomenologia dos chamados ‘grupos de fato’ e a manutenção da específica mais-valia jurídico-organizativa do modelo dos ‘grupos de direito’”.⁵¹² Embora a Lei nº 6.404/76 haja regulado o “domínio intersocietário no grupo de fato”, proibindo – com a finalidade de dissuadir – o modo de atuar do grupo

507 HOMMELHOFF, Peter. Die konzernleitungspflicht. Köln: Carl Heymanns, 1981, p. 127.

508 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Prévia Deliberação Assemblear Como Condição de *Legitimatío ad Causam* na Ação Social..., *op. cit.*, p. 706; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas..., *op. cit.*, p. 376.

509 VIO, Daniel de Avila. Grupos societários..., *op. cit.*, p. 349.

510 PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ, *in* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 40, 2008, pp. 87-120, p. 21; VIO, Daniel de Avila. Grupos ..., *op. cit.*, p. 349.

511 VIO, Daniel de Avila. Grupos societários ..., *op. cit.*, p. 350-1.

512 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 449-50.

de sociedades em geral, salvo o altamente descentralizado (exemplo periférico na noção de grupo societário), a disciplina restou quase totalmente ineficaz. Com isso, as normas sobre “grupo de sociedades” – que legitimavam ampla subordinação e relativização da autonomia patrimonial e operacional – restaram quase totalmente ineficazes: “o princípio regulatório naufragou”.

O governo da conduta via regras gerais só é possível na suposição de que existe uma crença generalizada, por parte daqueles a quem as ordens gerais se aplicam, de que a desobediência provavelmente será seguida pela execução da ameaça, não apenas quando da promulgação da ordem, mas continuamente, até que a ordem seja revogada ou cancelada.⁵¹³ A exposição de motivos da Lei nº 6.404/76 afirma que nas “sociedades não grupadas, os administradores - como se vê do artigo 246 - são responsabilizados por qualquer favorecimento de uma sociedade a outra; e tal favorecimento - pela freqüência e facilidade com que ocorre, em prejuízo dos minoritários - está sujeito a sanções.”⁵¹⁴ Contudo, a expectativa de sanção mostrou-se inexpressiva, não havendo crença generalizada na execução da ameaça em caso de desobediência.

Para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Isto é, é necessário é que haja uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como um modelo comum, e que essa atitude se manifeste sob a forma de críticas (inclusive autocrítica) e exigências de obediência à norma e também no reconhecimento de que tais críticas e exigências se justificam.⁵¹⁵ Contudo, a doutrina societária afirma que as “disposições legais que tratam do grupo de direito, na realidade, ‘não pegaram’”, sendo “letra absolutamente

513 HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 27, 29-30.

514 Exposição de Motivos Nº 196, de 24 de junho de 1976, de Ministério da Fazenda, fl. 32.

515 HART, Herbert. *The Concept of Law*. *op. cit.*, pp. 75-6.

morta na realidade empresarial brasileira”. No Brasil, o empresário ainda opta por não adotar a estrutura do grupo convencional.⁵¹⁶

“Os institutos novos para a prática brasileira - grupamento de sociedades e outros - estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência; as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o *legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso*”.⁵¹⁷ A característica da generalidade é imprescindível à obtenção de um modelo plausível da situação em que existe o direito.⁵¹⁸ A doutrina é clara: “Do modelo original praticamente nada resta”.⁵¹⁹ Levar a sério a intenção legislativa originária de corrigir o modelo caso a prática venha a indicar essa conveniência exige outro esquema conceitual. A situação atual é a de um modelo orgânico surgido do colapso do modelo contratual adotado.

Fica a pergunta levantada por LOBO da razão pela qual o direito do grupo de sociedades deve ficar preso a fórmulas legais que não abarcam em toda a sua amplitude a realidade dos grupos de sociedades⁵²⁰. Isso dá força ao argumento simples de que há reais vantagens em uma legislação, ou jurisprudência, ou até mesmo uma dogmática que crie critérios adequados à problemática gerada pelo modo de atuar do grupo de sociedades sobre uma situação em que

516 EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada..., *op. cit.*, pp. 519-20; SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário..., *op. cit.*, p. 169; PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, p. 72.

517 Exposição de Motivos Nº 196, de 24 de junho de 1976, de Ministério da Fazenda, fl. 02.

518 HART, Herbert. The Concept of Law. *op. cit.*, pp. 27.

519 SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 169-197, p. 169; COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 357.

520 LOBO, Jorge J. Direito dos grupos de sociedades, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, N. 107, 1997, pp. 99-122, p. 121.

tais problemas recebem soluções “emprestadas”, que não dão conta da mudança de pressupostos da situação de grupo para a situação de sociedade individual.