



# Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 176-177, ago. 2018/jul. 2019

# RDM 176/177

## Doutrina e Atualidades:

- 1 - "A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima" (autor: Giancarlo Bonizzio)
- 2 - "Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades" (autor: Thomas Ribeiro Bergmann)
- 3 - "Os instrumentos jurídicos (in)adequados à viabilização do third-party funding no Brasil" (autores: Lorenzo Galan Miranda e Henrique Steffen Wagner)
- 4 - "O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de S.As como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela CVM" (autor: Ricardo Freitas)
- 5 - "O sistema de enforcement e o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro" (autor: Fabio Percegoni de Andrade)
- 6 - "Governança Corporativa e a In(credibilidade) do Estado Empreendedor" (autor: Bruno Nagem)
- 7 - "A responsabilidade pré-contratual e sua extensão: a propósito de recente decisão do Superior Tribunal De Justiça sobre contrato de franquia" (autor: Luis Renato Ferreira da Silva)
- 8 - "O quão preliminar é a opção de compra de participações societárias?" (autor: Pedro Henrique Carvalho da Costa)
- 9 - "O stay period e a nova sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência" (autor: Gerson Branco e Matheus Martins Costa Mombach)
- 10 - "Livre concorrência e tratamento favorecido: Como medidas antitruste podem assegurar a autonomia da inovação nas pequenas empresas" (autor: Matheus Guilherme dos Santos Moraes)

ISBN 978-65-6006-002-9



9 786560 060029 >

**IDGLOBAL**  
Instituto de Direito Global

 **rdm**  
revista de direito mercantil

  
**EXPERT**  
EDITORA DIGITAL

# **Revista de Direito Mercantil**

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE  
DIREITO  
MERCANTIL  
industrial, econômico  
e financeiro**

**176/177**

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVII (Nova Série)  
agosto 2018/julho 2019

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**  
**Industrial, econômico e financeiro**  
**Nova Série – Ano LVII – ns. 176/177 – ago. 2018/jul. 2019**  
**FUNDADORES**

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

**CONSELHO EDITORIAL**

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,  
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,  
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-  
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,  
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,  
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

**COMITÊ DE REDAÇÃO**

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS  
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,  
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,  
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,  
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC  
VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA  
SALLES, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,  
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÉA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,  
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA  
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,  
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO  
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,  
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,  
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

## **COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO**

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

## **ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE**

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA,  
CAMILA BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,  
GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, ISABELLA PETROF MIGUEL,  
MATEUS RODRIGUES BATISTA, MATHEUS CHEBLI DE ABREU,  
PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA, VICTORIA ROCHA PEREIRA,  
VIRGILIO MAFFINI GOMES, RODOLFO PAVANELLI MENEZES.

## **REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

**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:** Giancarlo Bonizzio, Thomas Ribeiro Bergmann, Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner, Ricardo Freitas, Fabio Percegoni de Andrade, Bruno Nagem, Luis Renato Ferreira da Silva, Pedro Henrique Carvalho da Costa, Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach, Matheus Guilherme dos Santos Morais

**ISBN:** 978-65-6006-002-9

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

**Pedidos dessa obra:**

[experteditora.com.br](http://experteditora.com.br)  
[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)





## **COLABORADORES**

### **GIANCARLO BONIZZIO**

Bacharel e mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Marcelo Martins Proença, no Departamento de Direito Comercial. Advogado no escritório Barbosa Müssnich Aragão em São Paulo.

### **THOMAS RIBEIRO BERGMANN**

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). Pesquisador focado em filosofia jurídica, política e moral.

### **LORENZO GALAN MIRANDA**

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor do Arbipedia. Estagiário em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados.

### **HENRIQUE STEFFEN WAGNER**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado em Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados.

### **RICARDO FREITAS**

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (1988), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2004). É advogado, fundador do escritório de advocacia Freitas Leite e autor de obras em matérias relacionadas a Mercado de Capitais, em especial, fundos de investimento. Autor do livro “A Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento”. Foi Presidente

Executivo e do Conselho de Administração da Semp Toshiba e da Semp TCL. Atualmente é sócio e diretor da Hedge Investments e membro de conselho de administração da Semp TCL e da BrasilAgro S.A..

### **FABIO PERCEGONI DE ANDRADE**

Advogado no escritório Tepedino, Berezowski e Poppa Advogados. Graduado em Direito em 2018 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com seis meses cursados na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Portugal. Pós-graduado em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **BRUNO NAGEM**

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional e em Mercado de Capitais e Derivativos, advogado na Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, Ex-professor de Direito Civil II (Responsabilidade Extracontratual e Teoria Geral dos Contratos), Estágio Supervisionado I (Advocacia Cível) e Estágio Supervisionado IV (Ações Constitucionais) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Atuação voltada para a advocacia consultiva e contenciosa, com ênfase em Direito Empresarial e Civil. Ex-presidente da Comissão de Advocacia Estatal da OAB/MG (2016-2018). Membro efetivo do Conselho Fiscal da Federação Mineira de Judô (2021- 2025).

### **LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA**

Possui doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2001). Mestrado em Direito Civil pela UFRGS (1993). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos civis e comerciais; direito societário; responsabilidade civil. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS

e Professor Colaborador do Programa de Pós Graduação em Direito da mesma Universidade.

**PEDRO HENRIQUE CARVALHO DA COSTA**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba, Paraná.

**GERSON BRANCO**

Professor Associado de Direito Empresarial da UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

**MATHEUS MARTINS COSTA MOMBACH**

Mestre em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

**MATHEUS GUILHERME DOS SANTOS MORAIS**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Aluno Destaque do Curso de Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais Direito. Advogado. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Penal pela Faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito. Coordenador da Comissão de Direitos da Infância e Juventude da OAB - 7ª Subseção Paulista. Membro Titular do Conselho Municipal da Juventude da Secretaria de Assistência Social e Desenvolvimento Humano de Barretos - SP. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Acidentário pela Faculdade Legale Educacional. Membro Efetivo Regional da Comissão de Defesa do Consumidor do Conselho Seccional da OAB/SP.



## SUMÁRIO

A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima .....	15
<i>Giancarlo Bonizzio</i>	
Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades.....	57
<i>Thomas Ribeiro Bergmann</i>	
Os Instrumentos Jurídicos (In)Adequados à Viabilização do <i>Third-Party Funding</i> no Brasil.....	87
<i>Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner</i>	
O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de Sociedades Anônimas como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela Comissão de Valores Mobiliários .....	127
<i>Ricardo de Santos Freitas</i>	
O Sistema de <i>Enforcement</i> e o Desenvolvimento do Mercado de Capitais Brasileiro .....	147
<i>Fabio Percegoni de Andrade</i>	
Governança Corporativa e a (In)Credibilidade Do Estado Empreendedor .....	167
<i>Bruno Nagem</i>	
A Responsabilidade Pré-Contratual e sua Extensão: A Propósito de Recente Decisão do Superior Tribunal de Justiça Sobre Contrato de Franquia .....	195
<i>Luis Renato Ferreira da Silva</i>	

O Quão Preliminar é a Opção de Compra de Participações Societárias? .....211

*Pedro Henrique Carvalho da Costa*

O *Stay Period* e a Nova Sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência .....229

*Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach*

Livre Concorrência e Tratamento Favorecido: Como Medidas Antitrustes Podem Assegurar a Autonomia da Inovação nas Pequenas Empresas .....263

*Matheus Guilherme dos Santos Moraes*

## CONTRIBUIÇÃO À DOGMÁTICA DO GRUPO DE SOCIEDADES

*Thomas Ribeiro Bergmann*

**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 categorias gerais de uma dogmática do grupo de sociedades.

**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 general categories of a dogmatic of the group of companies are analyzed.

**KEY-WORDS:** group of companies; contractual model; controller.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina societária é praticamente unânime na constatação da “falência” do modelo de disciplina do grupo de sociedades da Lei nº 6.404/76: “letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira”.<sup>104</sup> Consoante a exposição de motivos, o instituto do grupo de sociedades foi disciplinado no pressuposto de que venha a ser corrigido se a prática indicar essa conveniência, eis que as leis mercantis não podem pretender perenidade numa realidade em transformação, tendo necessariamente vida curta. De modo que o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso.<sup>105</sup> A doutrina é clara: “Do modelo original praticamente nada resta”.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup> O presente artigo analisa as categorias gerais por trás da problemática de uma dogmática do grupo de sociedades.

## 2. GRUPO DE SOCIEDADES NA LEGISLAÇÃO E NA DOUTRINA

Às vezes, a doutrina identifica o grupo de subordinação presa em “opções excludentes”, ora com ênfase na noção de controle, sem problematizar a de direção unitária; ora identifica o grupo com ênfase

---

104 SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 169-197, p. 169

105 Exposição de Motivos N° 196, de 24 de junho de 1976, de Ministério da Fazenda, fl. 02.

106 COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 357; SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário..., *op. cit.*, p. 169.

107 BERGMANN, Thomas. Grupo de Sociedades no Brasil, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, N. 174-175, ago 2017/jul 2018, pp.257-284.

na noção de direção unitária, sem levar devidamente em conta a sua relação com a noção de controle. Ocorre que controle e direção unitária são conceitos que possuem certa autonomia um em relação ao outro, o que permite que haja controle sem direção unitária (p. ex. situação de mero controle) e direção unitária sem controle (p. ex. situação de grupo de coordenação). Não há uma conexão necessária, mas contingente entre os conceitos, que podem se relacionar de forma complementar.

A legislação fala explicitamente de controle (art. 243 e 265), mas se refere – ainda que tacitamente – à direção unitária. Assim, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo (art. 266), sem qualquer limite à subordinação, além da previsão de que cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos (art. 266, *in fine*); aos administradores das sociedades filiadas cabe observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo (art. 273), não impondo a lei limites à convenção; Com o que se legitima a relativa falta de autonomia das sociedades controladas, cuja atividade empresarial passa a ser exercida, legalmente, no interesse alheio<sup>108</sup>, com o que perdem a sua individualidade estratégica ao estabelecer-se uma relação de subordinação sob direção única guiada por uma política empresarial comum, em que é permitida a combinação de recursos e participação em custos, receitas ou resultados (art. 276) visando os fins do grupo, afetando não apenas a atividade empresarial ou o gerenciamento, mas o próprio patrimônio das companhias, seus custos, receitas e resultados, 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. Logo, faculta-se uma direção empresarial única, abrangendo administração

---

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

e patrimônio sociais.<sup>109</sup> Houve a legitimação do poder de direção da sociedade-mãe e da primazia do interesse do grupo.<sup>110</sup>

Mesmo quando a doutrina não trata a matéria (influenciada pela legislação) com base na noção de controle, ela não reflete sobre os elementos caracterizadores de uma influência dominante relevante para fins de uma dogmática do grupo de sociedades. Nem todas as formas de controle / influência dominante possuem as mesmas características e nem todas geram uma relação de domínio / dependência relevante para a problemática de uma dogmática do grupo de sociedades. Apenas as que geram uma possibilidade estável de exercício de uma influência dominante o fazem. Embora a Lei nº 6.404/76 não se refira explicitamente à situação de domínio / dependência, ela parece seguir o modelo contratual ao diferenciar da situação de grupo a situação de domínio estável (“*de modo permanente*” – art. 243, §2º) que não requer o exercício efetivo para se configurar (exigido na definição de acionista controlador do art. 116, mas omitido na definição de sociedade controladora do art. 243, §2º). A exposição de motivos da Lei nº 6.404/76 afirma que, no caso de controle entre sociedades, não se requer o efetivo exercício do poder, o qual se presume. Contudo, não fica claro se a presunção é relativa ou absoluta. No primeiro caso, segue-se (em linhas gerais) o modelo alemão, que prevê apenas uma presunção relativa de exercício de direção unitária em caso de detenção de mecanismos de controle como a maioria do capital ou dos direitos de voto, ou outras formas de dependência. No segundo caso, a legislação segue seu próprio caminho ao estabelecer uma presunção absoluta de exercício do poder de controle entre sociedades. Nada obstante em certo sentido sempre haja exercício de poder de controle, isso não é o mesmo que presumir de forma absoluta seu exercício por quem detém os meios. Pode haver a imposição de dever de direção em diferentes hipóteses, mas essa nem sempre é uma solução adequada.

---

109 CARVALHOSA, Modesto. Grupos de sociedades – de fato e de direito..., *op. cit.*, pp. 127-9.

110 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 41.

Ao que parece, o jogo de linguagem que fala sobre o grupo de sociedades no Brasil é prejudicado por um excessivo apego a aspectos literais da legislação, com o que se corre o risco de deturpar a concepção que se faz da forma de vida por trás da disciplina jurídica. Os institutos jurídicos devem ser entendidos no seu real alcance, cumprindo descobrir o seu sentido econômico e social.<sup>111</sup> Uma maior compreensão de tal forma de vida pode auxiliar na busca de soluções mais adequadas. BOBBIO aponta que o termo “formalismo” é usado em uma série de acepções e separa dois sentidos usados na linguagem jurídica, entre os quais está o que chama de “formalismo científico”, como concepção da ciência jurídica que dá preferência à interpretação lógico-sistemática em relação à teleológica, que extrai as soluções concretas da disposição legislativa com base em operações lógicas – o que favorece uma interpretação mais intensamente literal da legislação –, desconsiderando a finalidade perseguida e o conflito de interesses que se deve dirimir.<sup>112</sup> Essa seria uma abordagem à interpretação da lei influenciada por um conceito positivista de direito, que põe ênfase no modo como se faz o direito em detrimento de seu conteúdo.<sup>113</sup> Ao que parece, a influência do positivismo jurídico pode ter induzido os intérpretes a por maior ênfase nos aspectos literais do disposto na legislação societária e a tematizar a disciplina do grupo de sociedades sem levar em conta a lógica que o modelo adotado encerra e o fato do mesmo ser “letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira”.<sup>114</sup> Assim, a tematização dos aspectos não explicitados na lei, mas sem dúvida inerentes à lógica do grupo de sociedades pode aprofundar a compreensão da disciplina legal, ajudar a ver o caminho para o mais adequado tratamento da problemática do grupo de sociedades bem como criar as condições de um mais apurado exercício da razoabilidade prática na construção de soluções jurídicas.

---

111 ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial..., *op. cit.*, p. 219.

112 BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito..., *op. cit.*, p. 146.

113 BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico..., *op. cit.*, p. 146.

114 SALOMAO FILHO, Calixto O Novo Direito Dos Grupos, in O Novo Direito Societário..., *op. cit.*, p. 169.

### 3. SITUAÇÃO DE DOMÍNIO / DEPENDÊNCIA

#### 3.1. CARACTERÍSTICAS DA SITUAÇÃO DE DOMÍNIO / DEPENDÊNCIA

A situação de domínio/dependência caracteriza-se pela possibilidade assegurada do exercício de uma influência dominante. Possibilidade que se refere ao exercício de uma influência dominante, não à existência do poder de controle ou domínio, que já deve estar nas mãos da sociedade dominante.

Tem seu fundamento no potencial conflito de interesses prejudicial aos envolvidos. Assim, a sociedade que possui o poder estável de exercer uma influência dominante sobre a atividade de outra sociedade se encontra na situação de domínio/dependência, relevante para um direito do grupo de sociedades dado os danos aos interesses da sociedade dependente, seus minoritários e credores que podem surgir de tal relação.

Como a situação de domínio / dependência caracteriza-se pela possibilidade assegurada do exercício de uma influência dominante<sup>115</sup>, é preciso precisar o que se entende por cada elemento essencial do conceito.

##### 3.1.1. POTENCIALIDADE

Como o fundamento de uma disciplina especial para a situação de domínio / dependência é o potencial conflito de interesses prejudicial a minoritários, credores e à sociedade-filha, perigo gerado pela mera detenção do poder de exercício de uma influência dominante sobre a gestão da atividade de outra sociedade, é suficiente para caracterizar

---

115 KUHLMANN; AHNIS. Konzern- und Umwandlungsrecht..., *op. cit.*, p. 29; 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. 365.

tal influência dominante a detenção do poder de controle que gera a seu titular a possibilidade de influir de maneira determinante sobre a gestão de outra sociedade, não sendo necessário o efetivo exercício de tal poder. Não se trata de possibilidade de existir um poder de domínio, mas sendo esse já existente, da possibilidade de seu uso para dominar efetivamente a atividade social de outra sociedade.<sup>116</sup> É o caso da detenção da maioria do capital votante em uma sociedade, que pode ser usado para dominar a atividade social da mesma, ou não, deixando a condução dos negócios sociais a uma minoria organizada.

A legislação portuguesa e alemã, ao definir a situação de domínio / dependência, dispõe expressamente que essa se faz presente quando se pode exercer uma influência dominante (art. 486, n. 1 e § 17 respectivamente). A doutrina também corrobora a exigência de mera possibilidade ou potencialidade da influência dominante.<sup>117</sup> Bem como afirma que tal possibilidade, em contraposição ao efetivo exercício de tal poder, configura uma das diferenças da situação de domínio / dependência em relação à situação de grupo.<sup>118</sup>

### 3.1.2. ESTABILIDADE

A situação de domínio/dependência caracteriza-se por uma influência estável. Não precisa ser duradoura no tempo, isto é, não está vinculada a uma duração mínima, mas estável por oposição a casual ou fortuita. É o caso das maiorias ocasionais nas assembleias gerais em razão da dispersão do capital social ou do abstencionismo dos acionistas, por exemplo.

---

116 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, p. 119.

117 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, pp. 118-9; KOPPENSTEINER, Hans-Georg, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. 6<sup>a</sup> Ed. v. I. Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, 196; ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, pp. 454-5.

118 KOPPENSTEINER, H., Kölner Kommentar zum Aktiengesetz..., *op. cit.*, 196 e ss.; ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, pp. 202-3; ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 455, nota 867.

Assim, é importante distinguir quando a influência dominante advém de um poder de controle institucionalizado ou, ao menos, estável, de quando aquela advém de um poder de controle casual ou, ao menos, instável. Logo, em princípio, não é suficiente uma influência advinda de circunstâncias imprevistas e pontuais, mas caberá sempre a análise de se os efeitos decorrentes de tal domínio fortuito não criaram uma situação de influência dominante duradoura e estável no caso concreto.

Ademais, a não exigência de uma duração mínima no tempo não contradiz o requisito da estabilidade, porque, aqui, estabilidade significa que a influência dominante não deve resultar de fatores fortuitos ou casuais, que não poderiam ser levados em conta razoavelmente.

Não se pode falar de influência dominante estável quando essa depende da vontade de terceiros, e não da suposta sociedade dominante, eis que, nesses casos, não se produz uma possibilidade de influência garantida, mas uma que escapa ao controle da sociedade supostamente dominante.<sup>119</sup>

### **3.1.3. ALCANCE DA INFLUÊNCIA**

A situação de domínio/dependência caracteriza-se por uma influência não meramente setorial, que incide sobre aspectos particulares da atividade e gestão social, mas uma influência geral, que detenha a possibilidade de influir de maneira determinante nos aspectos essenciais da gestão social. A empresa societária caracteriza-se como uma organização cuja atividade se estende a vários ramos do mercado e cuja gestão reparte-se em várias áreas funcionais. Assim, é sempre possível que uma sociedade influa de forma determinante em dada(s) área(s), mas não alcance com isso uma influência que possa

---

119 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, p. 120-1 e 457; ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 455 e 460.

determinar o rumo da atividade social em geral. Bem como é possível que da influência em dada(s) área(s) resulte uma influência geral, pela interdependência das várias funções empresariais. Pode ser o caso, por exemplo, da determinação da política de produção e venda de uma sociedade pelo seu único ou maior comprador, que acaba por poder determinar a gestão social em aspectos essenciais.

Para ser geral, a possibilidade da influência dominante não necessita abarcar todos os setores da atividade da sociedade, sendo suficiente a sua relevância para os mais importantes, eis que em tais situações há igualmente risco de dano, com o que se harmoniza a extensão com a intensidade da influência.

Pela importância da política financeira e pessoal, a sociedade que possua a capacidade de influir em tais áreas, dominando a disponibilidade de recursos financeiros, ou possuindo o direito de nomear a maioria dos administradores, em princípio, encontra-se em uma situação de domínio/dependência, eis que, de tal modo, abre-se a possibilidade de influir em qualquer outro âmbito empresarial.<sup>120</sup>

### **3.2. MECANISMOS QUE PODEM GERAR A SITUAÇÃO DE DOMÍNIO / DEPENDÊNCIA**

A doutrina por vezes põe o elemento “estabilidade” como essencial ao conceito de controle, de forma que uma preponderância contingente na assembleia geral não caracterizaria o controle. Contudo, a mesma doutrina, por vezes, trata como controle situações de preponderâncias pontuais na assembleia geral para fins de tutela dos interesses envolvidos. Ademais, pode-se dizer que a noção de controle nesses sentidos se equipara com os usos da noção de influência dominante na legislação e doutrina estrangeira. Usa a noção de influência dominante na disciplina do grupo de sociedades a

---

120 KOPPENSTEINER, H., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz...*, *op. cit.*, p. 135; ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 465, 468 e 469; ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. *Derecho de Grupo de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 121-2.

lei espanhola (art. 87, LSA), a portuguesa (486º, CSC), a italiana (2223, *sexies*, CC) e a alemã (§§ 17, II e 18, I, 3 AktG), por exemplo.

Nem todas as formas de controle / influência dominante geram uma situação de domínio/dependência relevante para a problemática de uma dogmática do grupo de sociedades – eis que algumas formas são pontuais e efêmeras, ou não suficientemente abrangentes em seu escopo: não geram uma possibilidade assegurada ou estável do exercício de uma influência dominante. Isso se reflete nos mecanismos idôneos à geração de uma situação de domínio/dependência relevante. Nem todo meio idôneo a gerar a preponderância em dada deliberação da assembléia geral serve para criar a possibilidade assegurada ou estável do exercício de uma influência dominante juridicamente relevante, o que depende em larga medida de como a ordem positiva será conformada por suas fontes. Assim como o conceito de coligação não se exaure na mera detenção de participação societária como meio de influência significativa, sendo possível exercer tal influência por outros meios<sup>121</sup>, cabendo a pergunta sobre exatamente o que pode ser considerado relevante para tanto.

### 3.2.1. MAIORIA DO CAPITAL

O meio mais comum a gerar uma situação de domínio/dependência é a propriedade da maioria do capital de outra sociedade. Em princípio, isso permitiria a preponderância na assembléia geral e na eleição da maioria dos administradores. Por isso, as leis alemã (§ 17, II) e portuguesa (art. 486º, nº 2, a) estabelecem uma presunção de dependência quando uma sociedade possui a maioria do capital de outra, e a lei italiana estabelece uma presunção de direção unitária (art. 2497 *sexies* c/c art. 2359), por exemplo.

---

121 VALLADÃO FRANÇA, Erasmo; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, N. 159-160, Ano L, jul/dez 2011, pp.39-52, p. 42; CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., *op. cit.*, pp. 37-8.

Todavia, nem sempre a detenção da maioria do capital de outra sociedade garante o controle. Os conceitos de maioria do capital e maioria dos direitos de voto não necessariamente coincidem. Ainda que siga do princípio “uma ação, um voto” a coexistência em geral dos conceitos, fatores advindo da lei e do contrato social podem fazer com que a detenção da maioria do capital não leve à de uma maioria dos direitos de voto. É o caso, por exemplo, da exclusão legal do direito de voto em caso de conflito de interesses, na suspensão legal do direito de voto nas participações detidas reciprocamente ou, por disposição do contrato social, na detenção de parcela do capital sem direito a voto, como, em regra (há a exceção da Lei n. 6.404/76, 111, §1º), nas ações preferenciais, ou na criação de participações de voto plural.

### **3.2.2. MAIORIA DOS DIREITOS DE VOTO**

Outro meio comum a gerar uma situação de domínio/dependência é a detenção da maioria dos direitos de voto de outra sociedade. Trata-se de finalidade normalmente buscada através da aquisição da maioria do capital de outra sociedade, mas não resulta necessariamente desta. Por fazer prevalecer diretamente os interesses de quem possui a maioria dos votos, controlando a assembléia geral (que é o objetivo dos outros meios de domínio), prevalecendo sobre a mera detenção da maioria do capital dissociada dos direitos de voto, por vezes é reputada o mecanismo ideal para geração de uma situação de domínio / dependência.<sup>122</sup>

### **3.2.3. RELAÇÕES DE DEPENDÊNCIA PESSOAL**

Laços pessoais do mais variado tipo podem gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades. Trata-se de forma de

---

<sup>122</sup> ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, p. 125.

controle que consiste na identidade ou comunidade dos membros dos órgãos de administração de duas ou mais sociedades que garanta a condução unitária da sua gestão. Nesses, deve-se atentar ao fato de que se pode passar insensivelmente da noção de grupo de sociedades para a noção mais difusa de mero grupo de interesses, o que dificulta a sua caracterização.<sup>123</sup>

Dada a diversidade de fatores que poderão vir a ser pertinentes para o tratamento jurídico de tais laços pessoais, é importante que as circunstâncias do caso convirjam na caracterização dessa forma de controle. Forma que em muitos casos não constitui a causa do domínio exercido, mas é já efeito de um mecanismo preexistente de controle intersocietário.<sup>124</sup> Assim, deve-se distinguir as relações entre diretores como resultado de preexistente direção unitária, das relações entre diretores que produzem por si só uma direção unitária.<sup>125</sup>

### **3.2. 4. RELAÇÕES DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA**

Pode-se gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades em razão de vínculos econômicos de mais variada natureza. As variáveis possíveis são muitas e dispensam a mediação de mecanismos jurídico-societários de dominação. Assim, não é possível anteciper todas as situações possíveis. Tem-se como exemplo a dependência por débito com outra sociedade, normalmente, bancos ou a dependência gerada por um fornecedor ou cliente importante como pode ocorrer nos contratos como o de concessão mercantil ou de distribuição. Trata-se de hipóteses em que uma sociedade pode depender economicamente de outra de forma que os interesses dessa se façam sobrepor com estabilidade na assembléia geral daquela. Contudo, não é claro que toda e qualquer forma de dependência

---

123 CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions...*, *op. cit.*, p. 232.

124 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 535 e 537.

125 CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions...*, *op. cit.*, p. 232.

econômica nesse sentido deva ser considerada relevante juridicamente – e, logo, pára uma dogmática do grupo de sociedades –, ainda que a doutrina firme como diretriz no tratamento do grupo de sociedades a consideração do domínio como realidade de fato<sup>126</sup> no que concerne às formas relevantes de controle externo. Fica-se na dependência das fontes do direito positivo.

### 3.2.5. CONTRATOS

Pode-se gerar uma situação de domínio / dependência entre duas sociedades face à realização de acordos dirigidos essencialmente à formação de um grupo de sociedades. Na medida que instauram uma relação de dependência, devem ser considerados mecanismos aptos a gerarem uma situação de domínio/dependência<sup>127</sup>, ainda que essa possa ter sido gerada por um mecanismo prévio.<sup>128</sup> Trata-se dos chamados contratos de empresa. Pode-se citar os contratos de cessão total, parcial e de comunhão de lucros, de gestão de empresa, de cessão de exploração de empresa e de domínio. Tais contratos possuem legitimidade controvertida nos diversos ordenamentos, mas possuem em comum o fato de a empresa cessar, com maior ou menor intensidade, de ser explorada de modo independente.<sup>129</sup>

Pode-se, ainda, gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades em face da realização de contratos de direito comum. Trata-se de todos aqueles contratos (que não os de empresa) aptos a gerarem uma relação de dependência econômica entre as sociedades contratantes, como os de agência, distribuição (principalmente quando exclusiva), de “franchising”, de concessão

---

126 HOPT, Klaus. *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes...*, *op. cit.*, p. 390.

127 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. *Derecho de Grupo de Sociedades...*, *op. cit.*, pp. 144-5; Antunes, pp. 508-9.

128 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. *Derecho de Grupo de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 145.

129 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 512.

comercial, entre outros.<sup>130</sup> Também se pode mencionar a possibilidade de coligação contratual entre mais de uma sociedade visando a fins comuns.

A situação de domínio/dependência que tende a surgir de tais relações contratuais se confunde em boa medida com relações de dependência puramente econômicas, e a relevância de tal tipo de mecanismo para um direito do grupo de sociedades depende diretamente do tratamento dado às várias formas de dependência puramente econômica, isto é, dependência mediada por mecanismos não jurídico-societários.

### **3.2.6. DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS**

Pode-se gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades em razão de cláusulas do estatuto social. É o caso, por exemplo, de sociedade que é constituída com a vocação de ser sociedade dependência em relação à constituinte, como pode ser o caso de estatais privatizadas, mas que o Estado pretende manter em seu domínio, atribuindo-se direitos especiais, especialmente o de veto sobre certas deliberações. É também o caso das ações de voto plural, vedadas pela lei das S/A's (art. 110, §2º da Lei n. 6.404/76: "É vedado atribuir voto plural a qualquer classe de ações") e permitidas no art. 141 para eleição do conselho de administração, mas independente de previsão estatutária.

Nas sociedades anônimas e de comandita por ações – regida “pelas normas relativas à sociedade anônima” (CC/02, art. 1090) – a liberdade dos sócios na conformação do estatuto social é limitada pelo caráter cogente do regramento da estrutura e organização dos tipos sociais. Assim, é reduzida a relevância de tal mecanismo de gerar por si uma influência dominante, podendo reforçar ou consolidar uma influência já instrumentada por outros meios.<sup>131</sup>

---

130 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 517.

131 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 518 e 521.

Já nas sociedades limitadas tem-se um nível maior de liberdade na conformação do estatuto social, o que possibilita a institucionalização de uma influência dominante deliberações, voto qualificado ou plural para dados sócios.

### **3.2.7. DISPERSÃO DO CAPITAL E “MAIORIAS DE FATO” ESTÁVEIS**

Pode-se gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades face à dispersão do capital e ao constante e estável abstencionismo dos acionistas. Trata-se de caso em que sociedade que detém uma participação minoritária consegue obter estável maioria de votos nas reuniões da assembléia geral em razão circunstâncias mencionadas.

Decisivo é se a dispersão do capital e o abstencionismo dos acionistas se dão por fatores acidentais ou esporádicos, que a sociedade não poderia prever, ou se, pelo contrário, se tornaram de tal modo frequentes que a sociedade passou a poder contar com eles de forma segura e duradoura.<sup>132</sup>

Esse não é o caso das chamadas minorias de bloqueio (“dependência negativa”), mas pode vir a ser se tais minorias alcançarem estabilidade na condução da gestão social, caso em que deixarão de ser meramente “de bloqueio”.

### **3.2.8. JUNÇÃO DE MEIOS DE INFLUÊNCIA DOMINANTE**

É possível gerar uma situação de domínio/dependência entre duas sociedades unicamente pelos mecanismos já descritos. Contudo, pode-se, também, gerar uma situação de domínio/dependência pela junção de mecanismos parciais de dominação. É o caso de participações minoritárias que não ensejam controle diretamente, das procurações ou representações de voto, da identidade total ou parcial

---

<sup>132</sup> ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 507.

dos membros dos órgãos de administração, contratos do mais variado tipo e relações de pressão econômica externa sobre a gestão social. Importa, aqui, que se possa concluir pela existência da possibilidade de uma sociedade influir de modo estável e duradouro sobre as decisões dos órgãos deliberativos e sobre os órgãos administrativos de outra sociedade.<sup>133</sup>

## **4. SITUAÇÃO DE GRUPO (DIREÇÃO UNITÁRIA)**

### **4.1. CARACTERÍSTICAS DA SITUAÇÃO DE GRUPO**

A regulação jurídica dos grupos pressupõe que se defina grupo de sociedades.<sup>134</sup> O grupo de subordinação caracteriza-se pela direção unitária fundada no controle. O de coordenação caracteriza-se pela direção unitária fundada no concerto paritário entre sociedades independentes. Para o surgimento de um grupo de sociedades é imprescindível que a direção unitária seja efetivamente exercida. A mera possibilidade do exercício de tal direção não é suficiente, eis que não se terá a unidade de atuação que perfaz a unidade econômica, elemento essencial da noção de grupo.<sup>135</sup> Enquanto a situação de domínio/dependência caracteriza-se pelo exercício ocasional da influência dominante, a situação de grupo caracteriza-se pela continuidade do exercício de tal influência, visando à coordenação das atividades societárias.

Por vezes, o fim que anima a sociedade que adquire os meios de influir decisivamente e impor uma direção unitária a outra não é o de formar um grupo, mas meramente inversora ou especulativa. Assim, pode haver controle sem direção unitária. Abre-se, assim, a possibilidade de comprovar tal fato. Dada a variedade de formas

---

133 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 508.

134 COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., *op. cit.*, p. 355.

135 ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades..., *op. cit.*, p. 203.

que controle e direção unitária podem tomar e a dificuldade de sua identificação, a disciplina do grupo de sociedades é complementada por um sistema de presunções. De tal modo, pode-se inverter um ônus que só pode ser desincumbido com razoável acesso a informações por parte dos administradores e controladores das sociedades do grupo. Pode-se também determinar em que hipóteses o dever de exercer a direção unitária é incontornável e inescusável. Por fim, pode-se determinar quais formas de controle intersocietário implicam necessariamente o exercício de direção unitária.

#### **4.2. MECANISMOS QUE PODEM GERAR A SITUAÇÃO DE GRUPO (DIREÇÃO UNITÁRIA)**

Os mesmos mecanismos que podem gerar uma situação de domínio / dependência podem gerar uma situação de grupo, bastando para tanto que a possibilidade que tais mecanismos garantem de exercício de uma influência dominante sobre outra sociedade sejam efetivamente exercidos na coordenação e submissão das atividades das sociedades a um plano comum.

#### **4.3. A NOÇÃO DE DIREÇÃO UNITÁRIA POSSUI UTILIDADE DOGMÁTICA AUTÔNOMA**

A noção de direção unitária possui utilidade dogmática autônoma, não redutível à utilidade da noção de controle no pensamento sobre o grupo de sociedades. Às vezes, a doutrina define o grupo com ênfase na noção de controle, sem problematizar a de direção unitária. Em outras, a doutrina define o grupo (mesmo o de subordinação) com ênfase na noção de direção unitária, sem levar devidamente em conta a sua relação com a noção de controle. Isso sugere que o pensamento sobre a matéria frequentemente se prende a alternativas excludentes, a um “dualismo excludente” entre direção unitária e controle na caracterização do grupo de sociedades.

Outras vezes, objeta-se contra a falta de operacionalidade dogmática e a vagueza da noção de direção unitária<sup>136</sup> e, conseqüentemente, da de grupo.<sup>137</sup> A parcela da realidade com que se tenta compor a referência do conceito de direção unitária seria tão variada e a divergência de opinião quanto ao que é relevante para a configuração do sentido do conceito tão profunda que não haveria como operar com um conceito tão indeterminado para fins de identificação do fenômeno e da aplicação do direito.

Contudo, se se aceita que a unidade econômica que caracteriza o grupo de sociedades não surge necessária e automaticamente da detenção de qualquer forma de controle, ainda que estável, deve-se afirmar que, no que tange ao grupo de subordinação, tal “dualismo excludente” se funda em uma incompreensão. Isso porque tanto o controle como a unidade de direção são elementos essenciais do conceito de grupo de sociedades (de subordinação), sem os quais o grupo de sociedades não seria o que é da perspectiva do direito. Sem controle há grupo de sociedades, mas de coordenação, jamais de subordinação. E a problemática atribuída ao grupo de sociedades, que demandou soluções legislativas diversas em diferentes países, surge da existência e modo de operar do grupo de subordinação, a ponto de a doutrina, por vezes, excluir do direito dos grupos os chamados “de coordenação”.<sup>138</sup> Da mesma forma, com controle, mas sem direção unitária há, no máximo, mera situação de domínio / dependência, em que não há coordenação e submissão das sociedades a um plano comum, por mais abrangente que seja. Logo, pode-se ter direção unitária sem controle (grupo de coordenação); controle sem direção unitária (situação de domínio / dependência ou situação de controle que não gera influência dominante estável e abrangente); e controle com direção unitária (grupo de subordinação). As noções de controle

---

136 EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica..., *op. cit.*, p. 21.

137 ANTUNES, José Engracia. Os Grupos de Sociedades..., *op. cit.*, p. 178.

138 P. ex.: EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica..., *op. cit.*, p. 24.

e de direção unitária devem coexistir para a caracterização do grupo de subordinação. São noções diferentes e autônomas, que podem ser relacionadas.

Ademais, a relativa vagueza no uso da noção de direção unitária é também uma característica de inúmeros conceitos jurídicos. Pense-se no conceito de boa-fé, de expectativas legítimas, de desvio de finalidade ou de abuso de direito. Em nenhum desses há uma limitação clara e inequívoca da referência. Os conceitos jurídicos não determinam a sua própria aplicação, nem os “cânones” de interpretação o podem fazer, mas dependem de uma decisão do aplicador.<sup>139</sup> E isso não parece lhes retirar a operacionalidade ou utilidade dogmática.

Além disso, inobstante a variedade de formas que pode tomar o fenômeno da direção unitária, não se trata de um fenômeno inapreensível. Uma relativa ignorância dos fatos e de todas as formas sob as quais estes podem se combinar é inerente à condição humana. Além disso, há esferas da vida cuja natureza impede a identificação de classes uniformes de atos, mas apenas características familiares que são de conhecimento comum. A textura aberta do direito significa que há áreas do comportamento nas quais muita coisa precisa ser decidida por autoridades que visem obter um equilíbrio entre interesses conflitantes em função das circunstâncias do caso.<sup>140</sup> De fato, há características familiares que são de conhecimento comum para a concretização da noção de direção unitária. Isso é, podem-se ver padrões que possibilitam à doutrina a formação de concepções diversas do conceito de direção unitária.

A doutrina, por vezes, refere com o conceito à centralização da política comercial, de marketing, de produção, patrimonial, de pessoal, financeira, de estruturação societária, podendo, em cada caso, alguns elementos estarem presentes em maior ou menor intensidade e outros ausentes, sem que seja necessária a presença

---

139 HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994, p. 126.

140 HART, Herbert. *The Concept of Law...*, *op. cit.*, pp. 128, 132 e 135.

de todos plenamente e sempre.<sup>141</sup> Aqui, tem-se que levar em conta o papel das fontes do direito positivo, na decisão do que deverá ser considerado juridicamente relevante.

Outras vezes, a doutrina aponta com o conceito para a centralização da política financeira (gestão do caixa central, decisões de investimento, gerenciamento do risco, realocação de recursos internamente ao grupo etc.) e de pessoal (colocação dos administradores e diretores das sociedades-filhas).<sup>142</sup> Trata-se de conceito que busca dar conta do grupo financeiro de grande porte ou altamente descentralizado, em que se garante maior autonomia às sociedades-filhas (que podem exercer variadas atividades e em diferentes locais) e centraliza-se na sociedade-mãe apenas o essencial para a condução do empreendimento grupal que, normalmente, consiste no financiamento das sociedades-filhas.<sup>143</sup>

Se se aceita que *o* ou *um* problema central para a ciência do direito é o da decidibilidade, que “*seja qual for o objeto que determinemos para a ciência do direito, ele envolve a questão da decidibilidade*”<sup>144</sup> e que essa ciência tem uma tarefa hermenêutica de “*interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática*”<sup>145</sup>, que “*domina a tarefa interpretativa*”<sup>146</sup>, de “*criar condições para que eventuais conflitos possam ser resolvidos com um mínimo de perturbação social*”<sup>147</sup>, então se deve dizer que os diferentes conceitos de direção unitária (a noção de

---

141 KUHLMANN; AHNIS. Konzern- und Umwandlungsrecht..., *op. cit.*, p. 33; EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica..., *op. cit.*, p. 22.

142 EMBID IRUJO, José Miguel. Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica..., *op. cit.*, p. 22; PRADO, Viviane Muller. Conflito de Interesses nos Grupos Societários..., *op. cit.*, pp. 115-6

143 HARSCH, Sebastian. Die einheitliche Leitung im Konzern: und ihre funktionale Bestimmung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Bern/Stuttgart/Wien: Haupt Verlag, 2005, p. 5.

144 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Ciência do Direito..., *op. cit.*, p. 42.

145 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Ciência do Direito..., *op. cit.*, p. 73; REALE, Miguel. O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 242.

146 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Ciência do Direito..., *op. cit.*, p. 73.

147 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Ciência do Direito..., *op. cit.*, p. 73.

direção unitária) são úteis à ciência do direito e a um direito do grupo de sociedades se, de fato, há classes de casos em que tais conceitos podem ser úteis para se chegar a uma decisão adequada.

Ao que parece, há classes de casos em que os conceitos de direção unitária podem ser úteis para se chegar a uma decisão adequada. A um, há casos em que os elementos de centralização da política comercial, de marketing, entre outros são mais proeminentes dada a dificuldade de conhecer se há intensa centralização financeira e quem comanda centralmente a política financeira ou de pessoal do grupo, ou se adicionam a esses, dando mais nitidez à direção exercida. Além disso, há casos em que os elementos de centralização da política comercial, de marketing, entre outros não se fazem presentes, ou não são constatáveis, estando presente apenas direção unitária no sentido de centralização da política financeira e de pessoal do grupo de sociedades.

Ademais, a captação de padrões e a concretização da noção de direção unitária possibilitam que as presunções de direção unitária (tão caras na disciplina do grupo de sociedades em todo o mundo) sejam contraditáveis. Apenas se pode provar que não há fato gerador de direção unitária se se sabe em que tal fato consistiria.

Além disso, há casos em que o controle (tanto os mecanismos como seus efeitos de gerar uma influência dominante) é submetido a técnicas de ocultação, para dificultar a identificação do controlador<sup>148</sup>. Nesses casos, a identificação de uma direção unitária pode ser o único caminho para uma adequada tutela jurídica.

---

148 WARDE JR., Walfrido Jorge. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência, *in* ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). Os grupos de sociedades. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 115-150; POTTER, Nelly. Grupos Societários de Fato: Aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 137-140.

## 5. O SENTIDO DO SISTEMA DE PRESUNÇÕES NO DIREITO DO GRUPO DE SOCIEDADES

Algo fundamental são as presunções na disciplina do grupo de sociedades. Essas são usadas para, quando da configuração de dada situação, presumir outra. Podem ser absolutas ou relativas. Servem para dar uma solução ao problema gerado pela falta de informação sobre e dificuldade de prova dos eventos relevantes. Os controladores e administradores das sociedades têm, em princípio, acesso às informações sobre os eventos relevantes, mas procuram não as tornar públicas, na medida do possível.

As presunções dão uma solução ao problema ao presumir direção unitária a partir da situação de domínio / dependência, ou essa a partir da existência de participação majoritária, por exemplo. As presunções absolutas fundam-se na pressuposição de vínculo necessário entre um evento e outro, ou na inadmissibilidade de se ter um sem o outro. No direito alemão, é o caso da presunção absoluta de direção unitária quando da existência de contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*) ou da “integração” (*Eingliederung*) – § 18, I, 2 AktG.<sup>149</sup> No direito italiano, é o caso da presunção absoluta de exercício de atividade de direção e coordenamento quando essa é exercitada sobre a base de um contrato com a sociedade ou de cláusula em seu estatuto – art. 2497 *septies* do *Codice Civile*.<sup>150</sup>

Já as presunções relativas fundam-se na pressuposição de vínculo contingente, mas geralmente existente, entre dois eventos. No direito alemão, é o caso da presunção relativa de existência de situação de domínio / dependência quando da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, e da presunção relativa de exercício de direção unitária quando da existência de situação de domínio / dependência – §§ 17, II e 18, I, 3 AktG.<sup>151</sup> Fundam-se no fato de que da presença da

149 KUHLMANN; AHNIS. Konzern- und Umwandlungsrecht..., *op. cit.*, p. 35.

150 BERTA, Giorgio; GIAVAZZI, Veronica. Attività di direzione e coordinamento, *in* BERTA, Giorgio (coord.). I Gruppi Societari. Torino: G. Giappichelli, 2011, p. 54.

151 WIEDEMANN; FREY. Gesellschaftsrecht..., *op. cit.*, p. 318.

maioria do capital ou dos direitos de voto tem-se, geralmente, mas não necessariamente, a presença de uma possibilidade domínio estável e abrangente e, logo, a situação de domínio / dependência; e da presença dessa tem-se, geralmente, mas não necessariamente, o exercício de direção unitária. No direito italiano, é o caso da presunção relativa de exercício de direção unitária quando sociedade ou ente tem o dever de consolidar o balanço junto com outra(s) sociedade(s), ou que controla outra sociedade – art. 2497 *sexies*.<sup>152</sup> Fundam-se na consideração de que da presença do dever de consolidação contábil ou do controle tem-se, geralmente, exercício da atividade de direção e coordenamento. Tais presunções admitem prova em contrário e alocam o ônus da prova nas mãos de quem efetivamente tem condições de fazer a prova pertinente na maioria dos casos.

Por vezes, interpreta-se os dispositivos que preveem as presunções como estabelecendo a identidade ou, ao menos, o vínculo necessário entre duas situações que, de outro ângulo, poderiam ser vistas como diferentes. Todavia, salvo o caso das presunções absolutas (as quais se pode interpretar como estabelecendo um vínculo necessário entre uma situação e outra, no sentido de não admitir a presença de uma e não a da outra), o que se tem situações diferentes (com dessemelhanças reputadas essenciais para fins da disciplina do grupo de sociedades) que podem não coexistir, isto é, havendo uma pode não ocorrer a outra.

Assim, pode-se ter maioria do capital ou dos direitos de voto que, no entanto, não gera a possibilidade de influência dominante estável e abrangente, eis que outro mecanismo (cláusula estatutária, contrato de arrendamento de empresa etc.) ou situação (dependência econômica ou outra forma de controle externo) acaba fazendo preponderar a influência de outrem sobre a gestão da atividade societária. Igualmente, pode-se ter a possibilidade estável e abrangente de influência dominante sem que se tenha o exercício de direção

---

152 BERTA, Giorgio; GIAVAZZI, Veronica. *Attività di direzione e coordinamento...*, *op. cit.*, p. 53.

unitária, eis que, em princípio, não há uma resposta única e definitiva à questão de se há o dever de exercê-la.<sup>153</sup>

Contudo, cada disciplina relativa aos grupos deve estabelecer a que tipo de grupo faz referência e sobre qual conceito de grupo funda a própria regulação.<sup>154</sup> Dadas as objeções normalmente dirigidas à noção de direção unitária, tende-se a ver maior segurança jurídica em uma disciplina fundada na noção de controle.<sup>155</sup> Entretanto, também a noção de controle tem a sua indeterminação e pode gerar insegurança jurídica. As formas de controle de uma sociedade sobre a outra são difusas e é impossível abrangê-las em sua totalidade.<sup>156</sup> Além disso, há formas de controle que não se prestam a gerar a unidade de empreendimento exigida pela noção de direção unitária.<sup>157</sup> Ademais, há casos em que o controle é submetido a técnicas de ocultação, para dificultar a identificação do controlador. Nesses casos, a identificação de uma direção unitária pode ser o único caminho para uma adequada tutela jurídica. A própria segurança jurídica é incrementada pela noção de direção unitária nos casos de ocultação do controle.

HART afirma que a história da teoria do direito costuma ou ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas. Que a raiz dessa oscilação está na incapacidade humana de prever o futuro – ver antecipadamente todos os fatos e combinações de fatos. E que essa incapacidade tem graus variáveis em diferentes campos do comportamento. Os sistemas jurídicos suprem essa incapacidade com uma série de técnicas.<sup>158</sup> A presunção pode ser vista como uma delas.

---

153 ANTUNES, José Engrácia. The governance of corporate groups..., *op. cit.*, p. 48.

154 PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. Droit des sociétés et groups de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant. Retrait des actionnaires minoritaires. Genève: Georg, 1972, p. 35.

155 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. 367.

156 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades..., *op. cit.*, p. 7.

157 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. 366.

158 HART, Herbert. The Concept of Law..., *op. cit.*, pp. 128, 130 e 131.

Não se deve exagerar a determinação nem a indeterminação das noções de controle e direção unitária. Uma disciplina que leve as noções de controle e de direção unitária em conta, complementada pelas presunções relativas e absolutas nos casos entendidos como pertinentes parece harmonizar melhor as demandas de segurança jurídica e de adequada tutela dados os problemas advindos do fenômeno do grupo de sociedades. Além disso, pode-se sempre centrar a disciplina na noção de controle e estabelecer presunções absolutas de que determinadas formas de controle levem necessariamente a uma direção unitária, como poderia ser o caso, por exemplo, da subsidiária integral no Brasil. Sempre se pode estabelecer o dever de exercitar a direção unitária em determinadas hipóteses por aquele que detém os meios, gerando a sua responsabilização por descumprimento.

## REFERÊNCIAS

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. São Paulo: Saraiva, 2012, 23-59;

\_\_\_\_\_. Os Grupos de Sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002;

\_\_\_\_\_. The governance of corporate groups, *in* ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). Os grupos de sociedades. São Paulo: Saraiva, 2012, 23-59;

ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de. Derecho de Grupo de Sociedades. Madrid: Civitas, 2004;

ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1947;

BERTA, Giorgio; GIAVAZZI, Veronica. Attività di direzione e coordinamento, *in* BERTA, Giorgio (coord.). I Gruppi Societari. Torino: G. Giappichelli, 2011;

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006;

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

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 4º Vol, T. II, arts. 243 a 300. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011;

CHAMPAUD, Claude. Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions. Paris: Sirey, 1962;

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;

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

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

EMBED 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;

Exposição de Motivos Nº 196, de 24 de junho de 1976, de Ministério da Fazenda;

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014;

HARSCH, Sebastian. Die einheitliche Leitung im Konzern: und ihre funktionale Bestimmung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Bern/Stuttgart/Wien: Haupt Verlag, 2005;

HART, Herbert. The Concept of Law. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994;

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;

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;

KOPPENSTEINER, Hans-Georg, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. 6<sup>a</sup> Ed. v. I. 'Köln-Berlin-Bonn-München, 1987;

KUHLMANN; AHNIS. *Konzern- und Umwandlungsrecht*. 4<sup>a</sup> Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2016;

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. *Droit des sociétés et groups de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant. Retrait des actionnaires minoritaires*. Genève: Georg, 1972;

POTTER, Nelly. *Grupos Societários de Fato: Aspectos de uma realidade societária contemporânea e as consequências de sua utilização abusiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

PRADO, Viviane Muller. *Conflito de Interesses nos Grupos Societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 1992;

SALOMAO FILHO, Calixto *O Novo Direito Dos Grupos*, in *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998;

VALLADÃO FRANÇA, Erasmo; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N. 159-160, Ano L, jul/dez 2011, pp.39-52;

WARDE JR., Walfrido Jorge. *O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência*, in *ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR.,*

Walfrido Jorge (orgs.). Os grupos de sociedades. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 116-150;

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

