

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

RAQUEL RODRIGUES AMORIM

**A APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO ÂMBITO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA
DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

**Brasília
2011**

Raquel Rodrigues Amorim

**A APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO ÂMBITO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA
DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Orientadora: Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Brasília

2011

Amorim, Raquel Rodrigues

A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos societários: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do STJ./ Raquel Rodrigues Amorim. – Brasília , 2011. 89 f.

Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Brasília (UnB).

Graduação. Bacharelado em Direito.

Orientadora: Ana de Oliveira Frazão

1. Direito Comercial. 2. Sociedades Anônimas. 3. Grupos Societários. 4. Desconsideração da personalidade jurídica.

Raquel Rodrigues Amorim

A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos societários: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do STJ.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Data de aprovação: __ de _____ de 20__

Banca Examinadora

.....
Prof(a). Dra. Ana de Oliveira Frazão
Orientadora – FD/UnB

.....
Prof. Dr. Antônio Augusto B. de Aras – FD/UnB

.....
Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes – FD/UnB

Aos meus pais, que com amor e sabedoria guiam meu caminho.

Agradecimentos

Agradeço a minha família pelo eterno apoio em todos os momentos de meu desenvolvimento. Com palavras de sabedoria e respeito, sempre ofereceram o suporte necessário para enfrentar todos os obstáculos apresentados em meu caminho.

Agradeço a minha prima Camilla Martins Santana, sem a qual o presente trabalho não poderia ter sido realizado.

Agradeço enormemente a Ana de Oliveira Frazão pela orientação, marcada pelo carinho e atenção, características presentes em todos os momentos da minha graduação. Em especial, agradeço pelo exemplo acadêmico e de vida, que me inspira e motiva na busca constante de novas conquistas.

Agradeço, principalmente, aos meus amigos, a família que eu escolhi. Agradeço pelo apoio constante, pela paciência e pela ajuda no desenvolvimento da minha vida acadêmica. Especialmente agradeço a Igor Frutuoso, Paula Pires, Amanda Waquin, Lívia Brito, André Torres, Kênia Aniz, Luiza Tabet, Anderson Vargas, Paula Rodrigues, Ana Paula Fernandes, Lívia Amorim, Ana Rafaela Medeiros, Thiago Soares, e muitos outros, que fazem minha vida muito mais feliz e completa.

Por fim, agradeço a todos os professores que fizeram parte da minha vida acadêmica e a todos os servidores da FA.

Sumário

Introdução	pág. 9
-------------------------	---------------

Capítulo 1. Os Grupos Societários: considerações gerais

1.1. Origem e desenvolvimento histórico	pág. 13
1.2. Conceituação	pág. 14
1.3. Classificação dos grupos societários	pág. 16
1.3.1. Grupos de subordinação e de coordenação	pág. 17
1.3.2. Grupos centralizados e descentralizados	pág. 18
1.3.3. Grupos de fato e grupos de direito	pág. 19
1.4. Os grupos societários dentro do ordenamento jurídico	pág. 22
1.5. A constituição dos grupos societários: elementos fundamentais	pág. 24
1.5.1. A identificação dos grupos societários	pág. 25
1.5.2. O conflito de interesses	pág. 28

Capítulo 2 A Desconsideração da Personalidade jurídica no âmbito dos Grupos Societários

2.1. A crise da personalidade jurídica dos grupos societários	pág. 31
2.1.1. A responsabilidade nos grupos societários	pág. 35
2.2. A aplicabilidade da teoria da desconsideração no âmbito dos grupos societários.....	pág. 37
2.3. A previsão legislativa da desconsideração da personalidade Jurídica no ordenamento jurídico	pág. 43
2.4. A desconsideração da personalidade jurídica: pressupostos de aplicação	pág. 46
2.4.1. O abuso do poder de controle e o desvio de finalidade	pág. 48
2.4.2. A confusão patrimonial	pág. 51

Capítulo 3. Análise crítica da aplicação da teoria da desconsideração em relação aos Grupos de Sociedade pelo STJ

3.1. A importância da construção jurisprudencial na adequação do grupo econômico à realidade econômica	pág. 54
3.2. Uma análise da jurisprudência brasileira	pág. 56
3.3. A metodologia adotada no trabalho	pág. 58

3.4 Uma análise das decisões proferidas no Superior Tribunal de Justiça	pág. 61
3.4.1. A descon sideração no caso de falência da controlada	pág. 69
3.5. Considerações finais sobre o tema	pág. 78
Conclusão	pág. 80

Introdução

A modificação da ordem econômica gerou uma transição do modelo societário tradicional, baseado na sociedade que atuava individualmente, para um modelo societário mais completo, capaz de atender às novas exigências do sistema econômico globalizado. Os institutos tradicionais do direito societário, assim, deixaram de comportar a abrangência da realidade empresarial mundial, marcada pela necessidade de flexibilização e expansão, para a adequação à nova realidade econômica.

Nesse contexto, surgem os chamados grupos societários, que consistem em uma “organização na qual uma empresa influencia de modo determinante no desenvolvimento da atividade de outra sociedade, mediante participação no capital social ou em virtude de relação contratual ou fática” (PRADO, 2006, p. 40.).

Destaca-se que, ainda nos primórdios do direito societário, a prática de participação de uma sociedade no capital de outra sociedade era proibida, vez que, para os antigos legisladores e doutrinadores, ela geraria um conflito de interesses entre as sociedades participantes, pois representava verdadeira anomalia jurídica.

Somente no século XIX, com a modificação do modelo econômico vigente, houve a recepção do novo instituto, decorrente dos imperativos econômicos.¹ Revela-se, portanto, uma modificação da realidade societária tradicional para uma fase de expansão da sociedade, caracterizada por Eduardo Secchi Munhoz por uma fase marcada “pela integração das empresas em estruturas cada vez maiores nas quais, embora haja a perda da autonomia econômica das unidades, é mantida a independência jurídica” (MUNHOZ, 2002, p. 91).

Cumprе salientar que o grupo de sociedade, muito embora apresente graves problemas em relação à questão de responsabilização da sociedade detentora de posição dominante no grupo, ainda hoje, é um princípio muito pouco abordado na doutrina e jurisprudência mundial.

Com efeito, a sociedade denominada controladora tem o comando da direção financeira das sociedades participantes dos grupos, ou seja, direciona os objetivos e o fluxo do capital social das controladas de acordo com o interesse geral do grupo. Todavia, haver tal domínio do capital e dos interesses não é responsabilizada, a priori, em relação às obrigações adquiridas pela sociedade controlada.

¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002, p. 105.

Tal fenômeno será o objeto do presente estudo, vez que traz consigo uma série de complexidades e dificuldades inerentes à sua própria constituição, cuja origem subsiste na relação dicotômica entre a autonomia das sociedades participantes em contraposição à unidade de direção.

Repousa nesta dicotomia, cerne do presente trabalho, a pretensão de sopesar, à luz da doutrina e da jurisprudência atual, os aspectos mais relevantes dos grupos societários e as suas incompatibilidades com o sistema jurídico atual.

Desta forma, procura-se analisar a constituição dos grupos societários, apontando seus elementos constitutivos fundamentais, os problemas surgidos dessa conformação grupal e os meios de adequação do sistema jurídico ante a lacuna existente em relação aos grupos na legislação brasileira. Tal situação de desamparo legal fez surgir no direito societário brasileiro uma “crise” decorrente das incompatibilidades dos grupos societários com a realidade societária brasileira e do descompasso da legislação vigente com este instituto.

Dentro dessa proposta, é importante ressaltar a desconconsideração da personalidade jurídica, ampliada hoje de forma a abarcar também o instituto dos grupos societários. A aplicação da desconconsideração aos grupos societários surge em um contexto de crise como meio de solução aos casos concretos apresentados ao sistema judiciário brasileiro, que revelam de maneira real as disparidades relativas aos grupos societários.

Calixto Salomão, em nota apresentada no trabalho de Fabio Konder Comparato, (2008, p. 362), faz a seguinte consideração acerca da relevância do estudo da desconconsideração no âmbito dos grupos de sociedades:

O estudo da disciplina da responsabilidade e da desconconsideração da personalidade jurídica dentro dos grupos (de fato e de direito) é particularmente importante.

Como forma de controle externo (pelos credores, sobretudo) do comportamento das empresas do grupo e seus controladores é dispositivo complementar às regras de organização interna. Pode-se dizer inclusive que, quanto mais deficientes ou meramente formais essas regras, mais importantes e aplicadas serão as regras de desconconsideração.

Assim sendo, para certa definição da tipologia jurídica de cada estrutura grupal não basta se ater às disposições em lei, que tem por base a organização interna. É preciso também analisar o grau efetivo de separação patrimonial entre as empresas do grupo a partir do estudo da realidade da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

Contextualizado nos aspectos acima mencionados, o trabalho terá como ponto primordial de análise a insuficiência do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica

na solução dos conflitos dentro dos grupos societários e abordará de forma tangencial a questão do abuso do poder e a proteção do direito das minorias.

No primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais que circundam os grupos de sociedades. Primeiramente será feita uma análise histórico-evolutiva do instituto, a fim de estabelecer a origem e a contextualização dos grupos dentro do direito.

Ademais, serão exploradas as classificações dos grupos societários e a inserção deles dentro dos ordenamentos jurídico alemão e português, que apresentam o mesmo modelo e têm semelhanças claras com o sistema adotado pelo direito brasileiro.

Por fim, serão analisados os pressupostos de configuração dos grupos societários e os elementos inerentes ao princípio, que são geradores da chamada “crise” estabelecida no sistema jurídico.

O segundo capítulo tem por tema central da desconsideração em relação aos grupos societários. Neste capítulo, será analisada a chamada crise da personalidade jurídica decorrente da própria constituição dos grupos societários, acrescida da inexistência de uma legislação específica e abrangente para os grupos de sociedade no Brasil.

Em meio a diversas indagações em torno da desconsideração, dentro da realidade dos grupos econômicos, destacam-se as dúvidas quanto à sua aplicabilidade, tendo em vista a dificuldade da própria doutrina na caracterização dos grupos societários.

Busca-se, igualmente, investigar o resultado da tensão inerente aos grupos societários, identificada com a conjugação da unidade de direção e da diversidade de sociedades que o compõem.

É da dicotomia acima referida que surgem incontáveis controvérsias, que se traduzem em julgamentos dos quais, por vezes, resultam em decisões rasas e insuficientes para a solução dos conflitos envolvendo os grupos societários.

Dessa maneira, justifica-se o presente estudo pela necessidade de se estabelecer parâmetros bem definidos para uma eventual sistematização de proposta de solução do problema, colocando-se a urgência no estabelecimento de critérios que estabeleçam a relação entre a responsabilidade da controladora perante a autonomia da controlada.

Por fim, o último capítulo gira em torno da atuação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em relação à desconsideração da personalidade jurídica aplicada aos grupos societários. Para tal análise, a linha de pesquisa será delineada a partir do entendimento jurisprudencial construído pelo STJ ao longo da última década.

A pesquisa abordará, ainda, a dificuldade da jurisprudência em lidar com a questão dos grupos societários decorrente, principalmente, da própria dificuldade de classificação e identificação dos grupos nos casos concretos.

Em síntese, o objetivo desta pesquisa revela-se na análise da construção da jurisprudência do tribunal dos parâmetros a serem usados na desconsideração em relação aos grupos de empresas e de como esta evolução está ocorrendo.

Ademais, será feita a análise dos aspectos divergentes entre as decisões, os critérios usados para a aplicação da desconsideração e os aspectos problemáticos que tal aplicação gera dentro do direito societário.

Capítulo 1. Os Grupos Societários: considerações gerais

1.1 Origem e desenvolvimento histórico

O surgimento da empresa societária está inserido no processo evolutivo do sistema econômico, principalmente na mudança paradigmática trazida pela Terceira Revolução Industrial, ou seja, a globalização da economia.

Tal fenômeno desencadeou o aumento da complexidade das relações econômico-jurídicas, o que tornou necessária a modificação da estrutura da sociedade organizada de maneira individual, característica do modelo tradicional do direito societário, para uma estrutura mais complexa e flexível capaz de absorver tais mudanças.²

Nesse diapasão, surge no âmbito do direito societário o chamado grupo de sociedades, definido de maneira geral como sendo um ente societário constituído por uma pluralidade de sociedades, as quais se relacionam sob a égide do binômio da diversidade jurídica e da unidade administrativa.

Ainda na segunda metade do século XIX, inicia-se o que se denominou de concentração empresarial, decorrente da integração dos mercados nacionais, do aumento das relações comerciais e da circulação de bens e capitais, não mais restritos aos limites territoriais dos países. Desta feita, por ser caracteristicamente menos flexível, a sociedade tradicional não mais está apta a suportar as novas exigências do mercado.³

A expansão empresarial, também denominada de processo de concentração empresarial, se deu em duas fases distintas. A primeira fase, denominada de expansão interna, caracterizou-se pela formação de empresas monolíticas de grande porte, através do processo

² Por aqui se vê que o modelo económico concentracionístico do século XX não se alterou na sua essência, mas tão-só se complexificou: as rápidas mutações das envolventes gerais da Sociedade e da Economia do nosso tempo, vindo expor a empresa moderna a imperativos de sobrevivência cada vez mais exigentes, vieram lançar esta numa senda evolutiva de constante crescimento e expansão que rapidamente tornariam evidentes as limitações da estrutura organizativa da empresa societária individual. (ANTUNES, José A. Engrácia. “Os grupos de Sociedade”, Almedina, 2002, p. 40)

³ Assim, e desde logo, a sociedade comercial – em particular a sociedade anônima, figura que está hoje prestes a celebrar o seu quadricentenário – veio responder aos imperativos financeiros do emergente sistema económico-empresarial: ao mesmo tempo em que se tornavam patentes as insuficiências do modelo tradicional da empresa individual para assegurar em continuidade os recursos financeiros exigidos pelo seu próprio processo de expansão (até aí fundamentalmente assente na solvabilidade e no crédito pessoal do próprio empresário), as sociedades por acções rapidamente se assumiram como instrumento jurídico-organizativo por excelência da grande empresa dos nossos dias graças à sua aptidão para funcionar como uma verdadeira “bomba de capital”. (ANTUNES, José A. Engrácia, “Os grupos de Sociedade”, Almedina, 2002, p. 34-35)

de fusão e incorporação das empresas utilizando-se do capital incorporado da própria empresa para a expansão.⁴ A segunda fase, relativa à expansão externa, foi marcada pelo surgimento dos grupos econômicos, consequência direta da estrutura organizacional da nova economia mundial mais complexa e globalizada.⁵

Os grupos de sociedade surgem então como uma forma de expansão externa das empresas por meio de um processo integrativo de várias sociedades com a manutenção da autonomia e da personalidade jurídica.⁶

Eduardo Secchi Munhoz, em seu trabalho “Empresa contemporânea do Direito Societário”, bem aponta o fenômeno concentracionista como meio de resposta das empresas na busca de maior eficiência produtiva e capacidade concorrencial em um “ambiente econômico cada vez mais exigente e seletivo” (MUNHOZ, 2002, p. 89).

Destarte, os grupos econômicos têm seu surgimento nas limitações financeiras e organizacionais do crescimento interno da empresa e justifica-se pela sua conformação mais flexível e capaz de absorver as expansões das sociedades, resultando-se, por essa razão, mais vantajoso diante a complexidade da nova ordem econômica.

Abordada a origem dos grupos societários, cumpre desenvolver os elementos constitutivos gerais que envolvem o tema, entre eles o conceito de grupos societários, sua classificação e os pontos mais controversos que envolvem sua constituição.

1.2. Conceituação

Aspecto relevante no entendimento dos grupos societários repousa na sua conceituação, elemento relevante para sua inserção no direito societário. Entre as várias

⁴ A fase primária se caracteriza pelo aumento da dimensão absoluta das empresas e pela diminuição de seu número. Nesse tipo de concentração, a sociedade-empresa utiliza suas próprias capacidades financeiras, técnicas e comerciais para se expandir internamente, com o objetivo de incrementar a produção em escala (redução do custo unitário de produção proporcional ao aumento da quantidade produzida) e seu poder de mercado (conquista de novos mercados e eliminação de concorrentes). (MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002, p. 90).

⁵ Em vez de levar à expansão das estruturas internas, a concentração secundária se caracteriza pela integração das empresas em estruturas cada vez maiores nas quais, embora haja a perda da autonomia econômica das unidades, é mantida a independência jurídica. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002, p. 91).

⁶ . Instrumento dessa forma de concentração é o grupo de sociedades, que combina manutenção da personalidade jurídica e sujeição a uma direção econômica única, perseguindo-se não o interesse de cada ente jurídico, mas o interesse de todo o grupo, ou de uma sociedade dominante. (Idem, ibidem).

definições existentes na doutrina, destaca-se a elaborada pelo professor Engrácia Antunes (2002, p.22), que define os grupos de sociedade da seguinte maneira:

“Instrumento típico deste último tipo de concentração econômica é justamente o Grupo de Sociedades, unidade de acção económico-empresarial onde se afirmam, simultaneamente, a manutenção da personalidade jurídica das empresas societárias componentes e a respectiva sujeição a uma autoridade económica central e ao interesse económico global do todo”

Outra caracterização define os Grupos de Sociedades da seguinte maneira:

O grupo económico é definido como o conjunto de empresas que, ainda quando juridicamente independentes entre si, estão interligadas, seja por relações contratuais, seja pelo capital, e cuja propriedade (de activos específicos e, principalmente, do capital) pertence a indivíduos ou instituições, que exercem o controle efetivo sobre este conjunto de empresas. (GONÇALVES, 2006, p. 494)

Os grupos de sociedades apresentariam duas acepções distintas: uma em sentido estrito, que caracteriza o instituto como sendo um conjunto de empresas que conservam a personalidade jurídica, ao mesmo tempo em que encontram sob unidade direcional e outra mais ampla, que tem como ponto central de definição dos grupos o poder de controle.⁷

Cumprе salientar, em primeiro lugar, que a definição de grupos societários, ainda hoje, envolve diversos aspectos e dificuldades, tendo em vista que, como bem expõe o doutrinador José Engrácia Antunes, está no limiar entre o “mundo jurídico e o mundo económico” (2008, p.51).

No direito brasileiro, ainda não se estabelece um conceito fechado de grupos societários, haja vista os inúmeros aspectos relevantes na sua constituição: unidade de direção, autonomia, confusão patrimonial, personalidade jurídica, etc. Tais aspectos, inerentes à constituição *sui generis* dos grupos, refletem as incertezas trazidas por este instituto ao direito societário.

Ademais, do próprio conceito de grupos de sociedade é possível extrair o antagonismo originado na sua própria constituição, decorrente da autonomia das sociedades participantes e da sua dependência económica. Ao mesmo tempo em que as sociedades possuem um novo interesse unificado pelo novo objetivo estabelecido na união de direção das

⁷ Idem, ibidem, p. 52-53.

sociedades, elas mantêm a sua personalidade jurídica e, por consequência, os próprios interesses individuais.

Superada a questão relativa à origem histórico-evolutiva dos grupos societários, outro aspecto relevante para o entendimento desse fenômeno societário refere-se à sua classificação no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, serão desenvolvidas no próximo tópico as distintas classificações dos grupos societários que se apresentam relevantes para a abordagem teórica do tema relativo aos grupos societários, mas, de certa maneira, menos importantes para a realidade societária brasileira.

1.3. Classificação dos Grupos Societários

Os grupos de sociedades são resultantes de um processo histórico inconstante e se mantêm em modificação até hoje. Logo, não se apresentam de forma única nos sistemas e podem ser classificados de distintas maneiras, divergindo não somente quanto à forma, mas em relação ao modelo jurídico-societário adotado pelo sistema.

A partir da conformação factual do sistema do direito societário relativo aos grupos, é possível observar a formação de distintas formas de agrupamentos das sociedades participantes do grupo de sociedade.

Entre as diversas classificações apresentadas pela doutrina mundial destacam-se as seguintes: “grupos de subordinação e grupos de coordenação”, que tem como elemento distintivo o poder de controle; “grupos centralizados e descentralizados”, os quais se distinguem pelo grau de centralização da administração; e a diferenciação entre os “grupos de fato e grupos de direito”.

Todavia, ainda hoje não se encontra nas legislações, ou mesmo na doutrina, ponto pacífico em relação à classificação dos grupos. Diante disso, cumpre ressaltar a menor importância de uma classificação fixa dos grupos, uma vez que a sua origem e conformação não estão estabelecidas em modelos tradicionalmente fixos.

Dessa maneira, a tipologia dos grupos tem como finalidade principal estabelecer os critérios objetivos mais relevantes na constituição grupal para a abordagem teórico-formal do tema, mas não em relação à realidade societária brasileira.

O que se observa de tais categorias é a sua menor importância em relação à realidade concreta dos grupos societários, que se dividem entre aqueles que são constituídos de maneira formal, e por consequência estão adstritos à legislação, e os que não têm origem contratual. Sendo o segundo tipo não formal o mais relevante para o sistema jurídico.

1.3.1. Os grupos de subordinação e de coordenação

Uma primeira tipificação é feita em relação ao critério do poder de controle, subdividindo-se os grupos entre aqueles que mantêm uma relação de subordinação completa em relação à sociedade controladora - que detém total poder de controle sobre as controladas -, e aqueles de mera coordenação, nos quais há somente unidade de direção, não havendo subordinação em relação à empresa majoritária.

Tal classificação tem origem na doutrina alemã, que os divide em grupos econômicos de subordinação (*Unterordnungskonzerns*) e grupos econômicos de coordenação. A distinção entre os dois tipos abordados por F. Konder Comparato⁸ reside na relação dicotômica entre o poder de controle e a direção unitária.

Para a caracterização dos os grupos econômicos de subordinação, o elemento constituinte será o poder de controle exercido pela sociedade dominante sobre as sociedades dominadas.⁹ Nesse tipo grupal a sociedade está sujeita à orientação de outra sociedade, que são direcionadas aos interesses dessa sociedade dominante ou do grupo societário. Não há, dessa maneira, autonomia nas decisões da subordinada.

Por sua vez, nos grupos econômicos de coordenação, o elemento fundamental é a unidade de direção, no sentido de que se mantém a autonomia das empresas agrupadas unificando a direção grupal, que passa a fazer a harmonização da política empresarial. Não há unificação do poder de controle, sendo o conselho consultivo comum flexível.

Eduardo Secchi Munhoz,¹⁰ ao caracterizar os grupos de coordenação aponta a colaboração como sendo signo principal desse tipo grupal. A unificação ocorre somente em relação à direção, sem que a orientação comum atinja grau que afete a autonomia das decisões

⁸ COMPARATO, Fabio Konder, “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 42.

⁹ MUNHOZ. Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002, p. 116.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 116-118.

das empresas agrupadas. Parte da doutrina sequer classifica estes grupos de coordenação como espécie dos grupos societários, uma vez que seriam meras associações de empresas.

Para o autor, “se não houvesse dependência econômica nos grupos de coordenação, não poderiam ser considerados verdadeiros grupos, pois, como foi assinalado, esses se caracterizam pela *diversidade jurídica* aliada à *unidade econômica*”.¹¹

1.3.2. Os grupos centralizados e descentralizados

Outra classificação desenvolve-se a partir da análise do nível de transferência do poder decisório da chamada sociedade-filha para a sociedade-mãe ou para um grupo determinado de administradores comuns.

O critério adotado para a distinção dos grupos societários é relativo à estrutura organizacional do grupo, que poderá ser centralizado e dominado pela sociedade controladora do grupo ou em menor grau, mantendo-se a autonomia e o poder decisório de cada sociedade controlada.

Eduardo Secchi Munhoz¹² aponta um fenômeno bastante relevante da estruturação societária contemporânea: o aumento do nível de especialização das empresas agrupadas. Em muitas estruturas, as sociedades controladas não são capazes de desenvolver sozinhas determinada atividade. Exemplo disso são os grupos nos quais cada empresa é especializada em um setor específico de produção dos produtos de outra sociedade.

Trata-se de uma estrutura “integracionista”, caracterizada pela especialização de cada sociedade do grupo de maneira que sua atividade é definida pelo conjunto das atividades específicas das sociedades agrupadas. A diferenciação entre os tipos reside na autonomia das sociedades agrupadas, que poderá ter sua atividade e controle mais centralizado pela controladora ou menos evidente no tipo descentralizado.

¹¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002, p. 117.

¹² Idem, ibidem, p. 121.

1.2.3. Os grupos de fato e os grupos de direito

A principal classificação dos grupos societários e a mais aceita nos ordenamentos jurídicos têm por critério classificatório a utilização de um instrumento jurídico na constituição do grupo.

Tal classificação subdivide os grupos societários em dois tipos fundamentais: os chamados grupos de direito, concernentes àqueles constituídos por meio de instrumento jurídico formal – os contratos societários –, regulamentados pela lei societária; e aqueles que são constituídos por outro mecanismo que não seja previsto em lei, mas que dele decorra a unidade direcional das sociedades coligadas e dependência econômica delas, os denominados grupos de fato.

A origem de tal modelo reside na lei societária alemã que instituiu uma classificação dualista para os tipos de grupos societários, dividindo-os entre aqueles que são constituídos de maneira contratual, denominados grupos de direito (*Vertragskonzerne*) e os que não são regidos por instrumento jurídico formal, os grupos de fato (*Faktischer Konzerne*).¹³

O modelo introduzido pelo direito alemão foi adotado pelo direito português e pelo direito brasileiro, que fazem a subdivisão em grupos de direito e de fato em suas leis societárias.¹⁴

No direito português, os grupos de direito possuem o mesmo caráter contratual, constituindo-se por meio contrato de subordinação, de acordo com o modelo de domínio total, previsto nos arts. 488 e 489 da Lei societária portuguesa, ou ainda sob o modelo do contrato de grupo paritário.

Da mesma maneira, o direito brasileiro faz a classificação dos grupos em grupos de fato ou coligados e os grupos formais, vinculados à celebração de um contrato e controlados de maneira mais firme por outra sociedade do mesmo grupo.

¹³ ANTUNES, José Engrácia. “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p. 73.

¹⁴ Existem, na verdade, do ponto de vista da relação entre as empresas, que neles se agrupam duas espécies de *Konzerne*: os de subordinação, que supõem entre as empresas agrupadas vínculo de dependência e a que corresponde a descrição jurídica por degraus que vem de ser feita (são os *Unterordnungskonzerne*) e os igualitários (*Gleichordnungskonzerne*), a que se refere o § 18, AL. 2, do AktG de 1965, ao dizer que também constituem *Konzerne* as empresas juridicamente autônomas em que, embora não exista nenhum liame de dependência a vinculá-las, haja contudo direção única a que todas se subordinem. (CORRÊA, J. Lamartine de Oliveira, “A dupla crise da Pessoa Jurídica”, 1979, p. 573.

José Engrácia Antunes¹⁵ ensina sobre a diferença entre os dois tipos, caracteristicamente aplicáveis nos modelos jurídicos societários contratualistas do Brasil, da Alemanha e de Portugal, com o seguinte trecho:

Ora só os grupos societários que se hajam constituído com base num desses instrumentos específicos se podem qualificar, com propriedade, “grupos de direito”, por isso mesmo que só então é aquele regime jurídico excepcional entra em acção, designadamente investindo a sociedade mãe num verdadeiro e legítimo poder de direcção perante as sociedades agrupadas: todas as restantes situações de agrupamentos intersocietário que tenham a sua origem noutros instrumentos, não despoletam a aplicação de tal regime excepcional, ficando, por conseguinte, a disciplina das relações entre as sociedades componentes sob a mesma alçada dos princípios jurídicos-societários gerais, o que significa, em princípio, e designadamente, que a condução dos negócios sociais das sociedades-filhas não poderá deixar de se fazer de acordo com a respectiva vontade e interesse sociais próprios. (ANTUNES, 2002, p. 75-76)

Em análise atenta a cada um dos tipos do modelo alemão, é possível observar, em relação aos grupos de direito, uma maior rigidez decorrente da sua regulamentação legal, que estabelece não apenas os aspectos formais de constituição e organização, mas outros aspectos relevantes para a responsabilização das sociedades participantes. Eduardo Secchi Munhoz (2002, p. 118) define os grupos de direito da seguinte maneira:

Os grupos de direito são aqueles constituídos por meio de um dos instrumentos taxativamente previstos na lei, ficando sujeitos a um regime jurídico específico, excepcional em relação ao direito geral das sociedades. Trata-se da convenção de grupo, prevista na lei brasileira, análoga, em certa medida, ao *contrato de subordinação*, da lei portuguesa, e ao *Beherrschungsvertrag*, da lei alemã.

José Engrácia Antunes¹⁶ vincula os grupos de direito a dois princípios fundamentais para sua organização, o primeiro seria a legitimação do poder de controle e de subordinação dos interesses da controlada em relação aos interesses do grupo, já o outro princípio seria o de previsão de proteção legal aos sócios minoritários e aos credores das empresas constituintes dos grupos.

¹⁵ ANTUNES, José Engrácia. “Os Grupos de Sociedade”, 2002.

¹⁶ ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedade”, 2002.

Por sua vez, os grupos de fato¹⁷ são caracterizados de maneira negativa como grupos que não estão regulamentados em instrumento formal e não se sujeitam à legislação específica. Aplica-se para esta outra categoria o regime clássico das sociedades comerciais.

Importa salientar que nos grupos de fato não se estabelece qualquer relação de subordinação dos interesses das sociedades controladas em relação aos interesses dos grupos, sendo tal subordinação considerada abuso e violação ao princípio da autonomia. São os grupos de fato o tipo majoritário na realidade societária mundial, porque os grupos contratuais estabelecem muito mais limitações à constituição e organização grupal, de modo que a situação de vínculo entre sociedades acaba por ser estabelecida de maneira fática e informal na maioria das vezes.

Para J. Engrácia Antunes¹⁸ a previsão legal na lei alemã dos chamados “grupos de fato” veio para sanar, de certa maneira, as lacunas que seriam deixadas pela legislação nos casos dos grupos que não se submetessem ao modelo formal, e, por consequência, não tivessem limitações e responsabilidades definidas para o caso dos grupos de direito.

Sobre a abrangência da lei alemã, que estabeleceu critérios claros e precisos, Fabio Konder Comparato¹⁹ nos leciona que, ao estabelecer a existência dos dois tipos de organizações dos grupos empresariais, garantiu certeza jurídica ao sistema e dividiu os grupos entre aqueles que estão vinculados à legislação e aqueles que têm sua existência presumida.

Este modelo está previsto nas legislações societárias alemã, brasileira e portuguesa. No entanto, não representa uma classificação taxativa e hermética, refletindo somente o critério formal adotado pelo legislador, o que significa dizer que os outros critérios não são excluídos da dinâmica societária.

Entretanto, sua adoção pelo legislador brasileiro, o modelo dualista comporta diversas críticas. Uma delas refere-se à incompatibilidade entre o dualismo e a realidade societária mundial, que revela a disparidade entre os números dos grupos ditos de direito em comparação com a maioria dos grupos de fato.

Cumprir estabelecer nesse ponto uma análise decorrente da escolha do legislador em deixar a critério do sócio a escolha pelo modelo societário, haja vista que isso leva à tendência natural de um modelo menos limitador e com menor responsabilização dos

¹⁷ Inversamente, os grupos de facto definem-se negativamente como sendo todos aqueles outros em que o poder de direcção detido pela sociedade-mãe sobre suas filhas teve a sua origem num outro instrumento – “maxime”, participações maioritárias, acordos parassociais, contratos empresariais, uniões pessoais, relações económico-fáticas de dependência -, e ao qual a lei não faz associar expressamente qualquer regime jurídico especial. (ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p. 73.)

¹⁸ ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p. 170 ss.

¹⁹ 19 COMPARATO, Fabio Konder, “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 498-500.

grupos de fato. Se a intenção do legislador era estimular a criação de grupos previstos na lei societária e garantir uma maior segurança jurídica, a livre escolha não parece ser o critério mais coerente

1.4. Os Grupos societários dentro do ordenamento jurídico brasileiro

Como se vê no tópico anterior, o sistema jurídico societário brasileiro importou do direito societário alemão e português inúmeros conceitos e institutos, entre os quais se destaca o modelo classificatório dos grupos de fato e de direito, que tem por característica fundamental a livre escolha dos interessados na constituição contratual formal ou na conformação fática do grupo.

Nesse diapasão, faz-se necessário desenvolver uma reflexão sobre a inserção dos grupos societários dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que em muito se assemelha com o modelo alemão e com o modelo português, já abordados no tópico 1.2.

A Lei societária nº 6.404/1976 ²⁰ adotou o modelo dualista para o sistema jurídico brasileiro, prevendo, em seu capítulo XX as regras que regem os grupos de fato e, em seu capítulo XXI, as regras específicas para os grupos societários de direito. No entanto, cumpre salientar que a Lei societária não faz uma distinção clara entre os grupos de fato e os de direito:

Também no Brasil, a constituição dos grupos societários – neste caso os de direito - se dá somente por meio de convenção, que os vincula ao modelo estabelecido legalmente, conforme dispõe o caput do art. 265 da lei supracitada:

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

²⁰ Viviane Muller prado aborda em seu trabalho “Conflitos e Interesses nos Grupos Societários” a questão da motivação para a promulgação da lei societária “Sob o ponto de vista jurídico, em princípio, a grande empresa se reveste da forma de sociedade por ações. A meta do II PND, portanto, dependia da modernização da legislação acionária, que à época datava de 1940 e foi concebida para disciplinar outra realidade adotando como modelo a sociedade fechada. A reforma das Leis das Sociedades Anônimas tornava-se imperativa para contemplar a estrutura e o funcionamento da grande empresa privada nacional. (PRADO, Viviane Muller, “Conflitos e Interesses nos Grupos Societários”, p. 48)

Com a previsão de limites formais aos grupos de fato, procurou-se aumentar o processo de legalização destes, haja vista que a legislação deixa a escolha da celebração de contrato, isto é, da criação do grupo de direito fica vinculada tão somente à livre vontade das próprias sociedades, que, em sua maioria, não adota o modelo legal tendo em vista as maiores limitações e responsabilidades estabelecidas para o modelo.

Sobre o caráter dual do sistema adotado pelo legislador brasileiro frisa-se:

Nesse sistema dual, importa saber qual o vínculo existente entre as sociedades que legitima a sua unidade econômica. Em outras palavras, é relevante verificar se a ligação entre as sociedades se estabelece por meio de convenção grupal ou decorre da mera participação de sociedade ou empresa do capital social da outra sociedade, de modo a lhe conferir o poder de controle. (PRADO, 2006, p. 54)

Fato importante para a compreensão da lacuna existente na legislação relativa aos grupos de sociedade no Brasil é a existência de uma esmagadora maioria de grupos de fato no país, e, por consequência lógica, a grande dificuldade encontrada hoje no sistema do direito comercial na regulação e superação dos problemas trazidos pela omissão do legislador em relação ao tema.

Sobre a crise do modelo brasileiro o professor Calixto Salomão (1998, p. 169) faz a seguinte afirmação:

Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original nada resta. As principais regras conformadoras do direito grupal como originariamente idealizado encontram-se hoje sepultadas pela prática ou pelo legislador. Os grupos no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira.

O que se vê na prática é a insuficiência do modelo face à exigência de flexibilidade organizacional decorrente da relação entre as empresas que constituem os grupos. O grupo previsto na legislação brasileira tem como características uma rigidez incompatível com o propósito dos grupos societários e em razão disso é o instituto que está sumindo da realidade societária do país.

Destarte, as classificações estáticas não suportam as mutações e a flexibilidade da constituição dos grupos de sociedades modernas, que não obedecem nem mesmo os territórios e modelos jurídicos fixos.

De toda sorte, deve ser salientado que os distintos modelos desenvolvidos têm importância meramente teórica, uma vez que a constituição concreta dos grupos societários

ultrapassa os aspectos formais e fundamenta-se também em outros elementos apresentam relevância para a constituição do grupo, quais seja a unidade de direção, autonomia, confusão patrimonial, etc.

1.5. A Constituição dos grupos societários: elementos fundamentais

Ultrapassada a análise dos aspectos gerais que envolvem os grupos societários, passemos à análise dos critérios de identificação dos grupos, aspecto muito mais sensível e complexo dentro do âmbito dos grupos.

A constituição dos grupos de sociedades traz consigo elementos específicos e de certa forma divergente para a sua identificação. O embate constante entre a manutenção da personalidade jurídica e o surgimento de uma unidade econômica gera uma espécie de “anomalia”, que tem o conflito de interesse e a dificuldade de delinear elementos comuns como aspectos inerentes à própria atividade dos grupos econômicos.

Dessa maneira, sua configuração está inserida dentro da relação dicotômica e dinâmica entre a unidade de direção e a manutenção da autonomia entre as empresas componentes dos grupos e é essa relação que traz consigo uma crise relacionada à estrutura e configuração dos grupos:

Como já afirmado anteriormente, a participação de uma sociedade no capital de outra e, por consequência, a eventual existência de um grupo, não altera a sua condição de sujeito de direito independente. Todavia, sob o ponto de vista econômico, a unidade de direção implica a perda, total ou parcial, da autonomia da sociedade, na medida em que os negócios sociais são conduzidos segundo a política do grupo que, por sua vez, é definida fora dos órgãos sociais. Portanto há transferência do poder de decisão para além da estrutura societária isolada. É justamente esta interferência na autonomia econômica que desestrutura o tipo ideal de sociedade legalmente previsto. (MULLER, 2002, p. 14)

Destarte, resta claro que os dois elementos característicos na configuração dos grupos societários são, assim, a independência jurídica e a dependência econômica das sociedades controladas em relação à sociedade-mãe, elementos que estão em constante conflito e são o ponto de partida da dificuldade de constituição dos grupos dentro da ordem jurídica.

Tais elementos formam entre si a relação dicotômica que é inerente aos grupos de sociedade. Se por um lado mantém-se a personalidade de cada sociedade intocável e autônoma, por outro, a unidade econômica estabelecida gera uma nova conformação entre as empresas subordinadas e a controladora, haja vista que surge um novo interesse grupal²¹ que se sobrepõe ao interesse da empresa subordinada.

A caracterização dos elementos fundamentais que constituem os grupos é primordial para melhor entendermos a dificuldade trazida pela própria estrutura dos grupos societários, tais como a confusão patrimonial e o conflito de interesses existente na seara da distribuição da responsabilidade pelas sociedades formadoras dos grupos e da extensão da desconsideração nestes casos, ponto ainda controverso exatamente pela dificuldade de sua constituição.

1.5.1. A identificação dos grupos societários

Aspecto fundamental na análise da constituição dos grupos societários na ordem jurídica é exatamente a ausência de critérios claros e satisfatórios para isso. Resta clara a dificuldade da doutrina e da jurisprudência na definição dos grupos de sociedades, pois, não apenas a legislação vigente apresenta inúmeras lacunas em relação aos grupos, como a própria doutrina deixa de lado esta caracterização fundamental para a ordem jurídica e econômica da contemporaneidade.

Não obstante, a difícil realidade em relação ao tema, atualmente a doutrina tem apontado o estabelecimento da direção unitária como sendo elemento fundamental na constituição dos grupos societários.

A existência de uma direção unitária gera o surgimento de uma política estrutural comum que não está adstrita somente ao interesse grupal comum, mas também a uma organização global da atividade empresarial das sociedades formadoras do grupo.

José Engrácia Antunes (2002, p. 55) define a unidade de direção como elemento integrante do grupo societário da seguinte forma:

²¹ A distinção se impõe porque se o adquirente é uma sociedade, a alienação do controle irá operar, quase que inexoravelmente, o surgimento de um interesse grupal por sobre o interesse social da sociedade adquirida. Com efeito, o que distingue a sociedade controladora de um acionista controlador é que aquela tem outros negócios e gere a empresa dominada em função do conjunto de seus negócios. Ora, o direito societário comum não está aparelhado para regular as consequências que advêm da existência de um interesse grupal. (PEREIRA, Guilherme D. Cunha, *Alienação do Poder de Controle Acionário*, 1995, p.57)

Não obstante cada uma das sociedades do grupo se mantenha formalmente como um ente jurídico distinto, que exerce idealmente a sua atividade económico-empresarial na actuação de uma vontade social e na prossecução de um interesse social autónomos, formados livremente no seio dos seus órgãos próprios, a verdade é que, *de um ponto de vista material, ela se encontra dependente, em maior ou menor grau, da estratégia e interesse do toso económico tal como ele vem definido pela sociedade líder do grupo* (grifo nosso).

Segundo o mesmo autor, o grupo seria uma espécie de entidade empresarial de segundo grau²² que atua por meio de um agrupamento de sociedades individuais, representando, dessa forma, uma espécie de “super-sociedade”. Neste ponto é possível fazer uma relação com a idéia defendida por Fabio Konder Comparato²³ de que o grupo apresenta todos os elementos de uma sociedade individual e por esse motivo deveria ser tutelada de maneira mais satisfatória pela legislação.

E. Secchi Munhoz²⁴ aponta ainda uma incerteza que cerca o próprio conceito de direção unitária no direito societário, se sob uma perspectiva a unidade de direção tem como fundamento a concentração das decisões que envolvem as atividades das empresas agrupadas, por outro, revela-se muito difícil a determinação do grau mínimo dessa concentração capaz de comprovar essa unidade.

Repousa exatamente nesse aspecto a grande dificuldade encontrada pela jurisprudência na análise dos grupos societários, haja vista que a legislação manteve-se silente em relação à graduação a ser considerada e a discrepância entre os tribunais acaba por gerar certa incerteza jurídica e deixar à livre discricionariedade dos juízes a determinação dos limites e parâmetros de identificação dessa unidade.²⁵

Sob uma perspectiva da unidade de direção, esta se configuraria tão logo fosse constatada a unificação de gestão financeira das sociedades, bastando a centralização da gerência das sociedades agrupadas para que seja configurado o grupo de sociedades.

Contudo, adotando-se uma abordagem ampla do conceito, a direção unitária somente será configurada no caso em que além da centralização financeira houver uma

²² ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedades”, p. 55.

²³ COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008.

²⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 132-133.

²⁵ Sobre tal dificuldade MUNHOZ entende que “É inegável, porém, que ainda paira na lei, na doutrina, e na jurisprudência grande incerteza quanto à definição jurídica da direção unitária e, por consequência, do próprio grupo societário. A dificuldade está em encontrar o conteúdo mínimo de concentração da decisão empresarial nas mãos de outra sociedade que pode ser considerado suficiente para caracterizar a direção unitária e, portanto, a relação grupal.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 111.

unidade da direção central sobre outras áreas da sociedade, isto é, deverá haver a centralização política das sociedades em uma única sociedade dominante.²⁶

A direção unitária é, portanto, o elemento constitutivo fundamental na caracterização dos grupos societários capaz de abranger todos os tipos de grupos existentes, porquanto o poder de controle, apontado por muitos doutrinadores como o segundo elemento constitutivo, limita-se ao tipo subordinado de grupos societários.²⁷

Ela apresenta-se como elemento geral caracterizador de todos os grupos societários, seja nos grupos de coordenação, nos quais a interação entre as sociedades não ultrapassa a sua autonomia, ou ainda nos grupos de subordinação, em que a unidade direcional é elemento intrínseco à própria constituição do grupo.

Outro critério relevante para a constituição dos grupos de sociedades é a dependência econômica estabelecida entre as empresas agrupadas. Esse elemento é meio de diferenciação dos grupos de coordenação em relação aos cartéis, questão importante para a determinação da atividade lícita de interligação entre sociedades distintas.²⁸

Em relação ao poder de controle, elemento específico dos grupos de subordinação, cumpre ressaltar que este poder, para a doutrina, não está ligado somente à participação acionária de uma sociedade controladora em todas as sociedades controladas.

O poder de controle pode nascer de outras relações de negócios de ordem política e de estruturação organizacional das sociedades envolvidas, de forma que, por exemplo, no caso de uma sociedade que tem sua produção direcionada para atender às necessidades de outra sociedade do grupo é evidente a existência do poder de controle da sociedade controladora sobre a sociedade controlada.

De qualquer maneira, o que se vê no sistema de interação entre as sociedades componentes de um grupo societário é um constante embate entre os seus entes constituintes, uma vez que, a autonomia e a manutenção da personalidade jurídica tornam-se incompatíveis com a direção unitária dos grupos.

Ou seja, a própria definição de grupos como ente societário formado por uma pluralidade de sociedades que são economicamente e politicamente ligadas, ao mesmo tempo em que mantêm sua independência jurídica, traz consigo os elementos ambivalentes que tornam os grupos societários institutos tão controversos.

²⁶ Idem, ibidem, p.111.

²⁷ É por isso que, contrariamente a uma opinião assaz defendida, a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos, e não a unidade de controle, que só ocorre no grupo econômico de subordinação, muito embora este seja, de fato, o mais importante. (COMPARATO, Fabio Konder, “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 43.)

²⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 116-117.

1.5.2. O conflito de interesses

A participação de sociedades em outras sociedades era considerada uma “anomalia” jurídica pelos doutrinadores e legisladores até final do século XIX, tendo sido considerada possível nos EUA, por exemplo, somente em 1888, no estado de New Jersey com a previsão da chamada “*holding clause*”²⁹.

Tal postura era decorrente de certo temor em relação ao conflito que seria gerado entre os interesses da sociedade que iria se agregar e aqueles da sociedade receptora. Tal conflito é consequência direta da própria motivação para a formação do grupo, pois a sociedade partícipe no capital de outra tem como objetivo natural a persecução dos seus próprios interesses.

Seria de todo inocente entender que a participação das sociedades no capital de outra não tem como objeto principal a expansão e o aumento de lucros. Na própria origem dos grupos fica estabelecido um conflito entre os interesses das sociedades participantes. No mesmo sentido:

Ora, fazendo uso dessa faculdade, o que normalmente sucederá é que a sociedade participante fará actuar, no quadro da sociedade participada, a sua vontade própria e perseguirá aí também o seu interesse social próprio – vontade e interesses sociais esses que não apenas poderão opor à vontade de interesse próprios da sociedade participada, como paradoxalmente, caso a participação seja majoritária, a estes se sobreporão (...). (ANTUNES, 2002, p. 111.)

Um exemplo dado por Engrácia Antunes³⁰ é o de uma siderúrgica que participa no capital social de uma mineradora com o claro objetivo de domínio da produção da matéria-prima a preços mais acessíveis, diminuição dos gastos e aumento do seu próprio capital social, não obstante ser este objetivo oposto ao da sócia mineradora, que tem como objetivo a venda dos produtos com os maiores preços possíveis.

²⁹ The case of USA law is paradigmatic. Although the rule of limited liability was enacted as a general default rule of corporation law in 1830 and the self-incorporation system was established in most federal states long after 1855, the process leading to the admitting intercorporate stock ownership – that is, to authorize that a corporation owned the stock capital of another corporation – only began in 1888, with the adoption by the State of New Jersey, for the very first time, of the famous “holding company clause” (FREEDLAND, Martin, History of the Holding Company Legislation in New York State: Some Doubts as to the “New Jersey First” Tradition, 369ff)

³⁰ ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedades”, p. 111-112.

Ora, mantém-se mesmo nos grupos um interesse social autônomo, que está em conflito direto com o chamado interesse grupal, surgido com a constituição do grupo como um ente com interesses próprios.

Desta feita, há um embate entre o interesse individual e o interesse determinado pela sociedade dominante por meio da direção unitária, de modo que a sociedade participante perde sua autonomia e sujeita seu interesse ao interesse do grupo. Nesse mesmo sentido, Fabio Konder Comparato (2008, 357) leciona:

Essa perda da autonomia de gestão empresarial traduz-se, freqüentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo. Os patrimônios sociais tendem a confundir-se, e tudo se passa nesse campo, como frisou um autor, analogamente ao princípio dos vasos comunicantes.

Este conflito inerente à própria constituição dos grupos societários gera o que José Engrácia Antunes (2002, p. 113) chama de crise do Direito Societário:

A participação de sociedades em sociedades origina assim, para a sociedade participada, um *potencial e institucional estado de subordinação das respectivas vontades e interesses empresariais externos*, abrindo, por conseguinte, uma virtual crise do modelo no qual repousa ainda todo o edifício normativo do Direito das Sociedades.

São dois os efeitos diretos da relação entre os interesses da sociedade com o do grupo, e, por assim dizer, da unificação da direção política financeira das sociedades participantes: a perda gradativa da autonomia das empresas agrupadas em relação ao interesse da sociedade dominante e em estaria nos efeitos dessa interação patrimonial em relação a terceiros externos à relação grupal.

O interesse do grupo sobrepor-se-á ao interesse da sociedade participante que tem sua autonomia mitigada pela unidade de direção financeira e organizacional, sendo a própria autonomia de cada sociedade graduada em razão do interesse do grupo, gerando uma ameaça constante às atividades das sociedades pertencentes ao grupo.

Outro aspecto diferenciado na estrutura organizacional dos grupos decorre da figura do sócio controlador, que passa a ser outra sociedade autônoma com interesses próprios e distintos da sociedade controlada.

Nesse sentido, observa-se a modificação do sistema de interesses do “sócio controlador” nos grupos, haja vista que, nesse caso, este terá interesse distinto da sociedade que controla e poderá fazer uso do poder de controle mesmo nos casos de virtual prejuízo da

controlada, considerando-se, todavia, as limitações e responsabilidades decorrentes dos prejuízos.

Sobre o conflito de interesses inerentes nos grupos societários:

Nos grupos, a figura do sócio controlador está ligada à posição de direção do conjunto de sociedades que estão sob o seu comando. É inegável que o controlador tem interesses empresariais em todas as sociedades das quais participa. Nesta linha, os seus atos não se exaurem no exercício dos direitos inerentes à sua posição de sócio em uma só sociedade e possuem um valor relacionado com a coordenação das atividades do grupo. (PRADO, 2005, p. 5)

Como se vê, a própria constituição dos grupos de sociedade traz consigo elementos antagônicos que são inerentes à sua existência. Dessa maneira, é possível averiguar que os grupos podem colocar em risco as sociedades controladas e os credores que se encontram externamente às relações do grupo, sendo, dessa forma, importante analisar a relação de responsabilidade entre as empresas participantes dos grupos, assim como as limitações trazidas por esse instituto tão importante e controverso do direito societário.

Uma consequência da constituição dos grupos societários, como já salientado nos pontos anteriores, refere-se não apenas aos aspectos gerais que envolvem o tema, mas também elementos que criam verdadeira crise no sistema societário. Crise essa caracterizada por Engrácia Antunes como sendo uma “sem precedentes nos quadros jurídico-societários”³¹

Desta feita, cumpre analisar no próximo capítulo a “crise” gerada pelo grupo societário, bem como os elementos constitutivos que desencadearam, em certa medida, tal instabilidade do sistema. Ademais, cumpre desenvolver atento estudo das soluções estabelecidas pelo sistema jurídico, em especial a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários, tema central do presente trabalho.

Capítulo 2 - Desconsideração da Personalidade jurídica no âmbito dos Grupos Societários

Superados os aspectos gerais que envolvem os grupos societários, destaca-se no tema a necessidade de apurar a situação de crise do sistema jurídico societário e em qual medida o surgimento dos grupos desencadeou tal instabilidade.

³¹ ANTUNES, Engrácia. “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p. 45.

Ademais, em razão deste estado de “crise” do sistema surgem no direito societário múltiplas soluções a fim de que as possíveis lacunas e inconsistências fossem minimizadas. Entre elas pode ser apontada como primordial a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários, tema central do capítulo que se inicia.

2.1. A crise da personalidade jurídica dos grupos societários

Aspecto bastante interessante em relação ao fenômeno dos grupos societários refere-se à sua natureza jurídica de ente despersonalizado, característica contestada por muitos doutrinadores, que vêem na constituição do grupo a origem de uma pessoa jurídica de “segundo grau”, ou ainda outra pessoa jurídica, constituída por interesse comum e unidade gerencial.

O conflito entre a existência ou inexistência de personalidade jurídica autônoma dos grupos traz consigo profunda crise originada pela sua conformação conflituosa com a estrutura formal da empresa do direito societário tradicional.

Com efeito, a relação entre a manutenção da personalidade jurídica das sociedades participantes e a unidade gerencial pautada na dependência econômica das sociedades gera vários pontos de discrepância entre a constituição grupal e o direito societário, principalmente no tocante ao limite de responsabilização do grupo e o conflito de interesses das sociedades e do grupo.

Ponto primordial do embate doutrinário reside na possibilidade de personalização do grupo societário e na relação entre as sociedades agrupadas, detentoras de personalidade jurídica autônoma, com o grupo de que fazem parte.

Parte da doutrina adota o que se chama de personificação do grupo societário, entre os defensores está Fabio Konder Comparato³², para o qual a personalização dos grupos societários é decorrência da sua própria constituição. Para o autor é possível reconhecer os três elementos constituintes em uma sociedade nos grupos societários, o que implicaria na existência do ele denomina “pessoa jurídica de segundo grau”, *verbis*:

A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a

³² COMPARATO, Fabio Konder, “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p.360.

contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos – encontram-se em todo grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, que é um grupo personalizado, a relação societária que se estabelece entre as empresas ou sociedades agrupadas implica, necessariamente, uma unidade de direção e uma intercomunicação patrimonial. (COMPARATO, 2008, p. 360)

Não obstante o posicionamento do doutrinador, o mero reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos societários traria consigo uma necessidade latente de modificação da legislação em vigor, haja vista que este gera a mudança da relação de responsabilização dentro dos grupos societários e de certa maneira tira desse instituto sua característica fundamental de mutabilidade e capacidade de adequar-se de maneira flexível às modificações das relações econômico-jurídicas do mundo contemporâneo.

Sobre a personificação do grupo de sociedades Viviane Muller Prado (2005, p.14) faz a seguinte consideração:

A principal afirmativa a ser analisada é a de que a atribuição de personalidade jurídica faz com que os entes personificados sejam considerados sujeitos de direito e, portanto, centros de imputação de direitos e deveres, dotados de independência organizacional e patrimonial em relação aos seus membros. Considerar a pessoa jurídica como sujeito de direito significa reconhecer que a concessão de personalidade jurídica a uma coletividade cria uma nova unidade jurídica.

Em relação à teoria da personificação do grupo de sociedades, José Engrácia Antunes entende ser ela completamente inadequada, uma vez que se trataria de um verdadeiro “contra-senso” em relação aos seus elementos constituintes, porquanto a personificação legal do grupo gerar o seu desaparecimento – seu “homicídio legislativo”³³ - ao colocar fim no aspecto fundamental de sua constituição, a combinação híbrida de unidade econômica com manutenção da diversidade jurídica. Segundo o autor:

Personificar significaria assim colocar a empresa plurissocietária num verdadeiro “colete de forças”, destruindo aquela típica combinação entre pluralidade jurídica e unidade econômica que constitui a fonte última das vantagens comparativas em termos de flexibilidade organizativa e aproveitamento das sinergias econômicas que justamente apresenta em face da tradicional estrutura unissocietária. (ANTUNES, 2002, p.157)

³³ ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p.155 ss.

Sobre este tema cabe ressaltar o trabalho do professor José Lamartine Corrêa, intitulado “A Dupla Crise da Personalidade Jurídica”, que recentemente foi objeto de estudo da professora Viviane Muller Prado e mantém ainda hoje, após 26 anos da sua publicação, atualidade, em razão de o sistema jurídico ainda não ter solucionado as questões que já naquele tempo eram suscitadas em relação aos grupos societários.

Acerca da aplicação da desconsideração e a possível crise funcional do ordenamento:

Ora, desconsiderar a pessoa jurídica controlada, imputando seu comportamento à controladora, e fazendo-o com fundamento na mera circunstância do controle, é mais que desconsiderar: é já por em dúvida o próprio sistema, no que tange à asserção, contida no seu âmbito, e em segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extinguem a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo. (OLIVEIRA, 1978, p. 594-595)

Enfática ou não, a opinião do professor serve para revelar a condição ainda muito instável da aplicação da desconsideração no caso específico dos grupos societários, uma vez que mesmo a sua configuração apresenta muitas dúvidas e não se apresenta de forma perfeita ao conceito de pessoa jurídica existente hoje no sistema. Daí a crise:

As sociedades unipessoais e as integradas em grupos são a mais eloquente demonstração de que é impossível tratar todas as pessoas jurídicas de forma unitária. No caso delas, houve inequívoca alteração histórica da função do instituto. E quando essa alteração de função é ignorada, e essas pessoas jurídicas são tratadas como se fossem sociedades totalmente autônomas – e dotadas de patrimônio e nitidamente distinto dos vários sócios de uma pluripessoal “típica” – então será freqüente a distorção nos resultados obtidos com a aplicação mecânica da norma. (OLIVEIRA, 1978, p. 610)

Muitos caminhos foram tomados para suprir essa inadequação do conceito de personalidade jurídica aos grupos societários. Entre eles está à consideração da personalidade jurídica da sociedade matriz como coincidente com a do grupo, pois dali sai todas as decisões de ordem financeira³⁴ e, por essa razão, a sociedade matriz teria responsabilidade perante os credores da sociedade agrupada.

³⁴ O grupo, como empresa única, seria sujeito de direito material, mas – pois não lhe é reconhecida a personalidade jurídica, não possuiria, no plano formal, todas as características de sujeito, uma vez que não pode ser titular de direitos e obrigações. Diante de tal contradição, entende o autor que a sociedade matriz teria sua personalidade coincidindo, no plano formal, com a personalidade nascente da empresa única constituída pelo grupo(...). (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, “A dupla crise da pessoa jurídica”, 1978, p. 596)

Outra abordagem existente aponta como mais coerente a responsabilização subsidiária do grupo em favor dos credores das suas sociedades participantes nos casos específicos em que a formação do grupo tenha modificado substancialmente a situação da filial.

Seu caráter híbrido de unidade econômica de entes autonomamente considerados gera uma crise em relação à distribuição das responsabilizações em insegurança jurídica aos terceiros externos às relações do grupo.

Em primeiro lugar observa-se na constituição dos grupos de sociedades o surgimento de uma minoria plural formada pelos sócios integrantes de todas as sociedades controladas, subordinadas ou sem os poderes administrativos, que estão sujeitas às decisões da sociedade dominante e passam a formar um grupo com menor grau de decisões inclusive em relação às suas próprias atividades.

Todavia, essa minoria formada tem caráter singular em relação aos minoritários de uma sociedade individual, pois, não obstante perderem sua autonomia em maior ou menor grau, mantém sua personalidade jurídica e sua atividade, sendo, por essa razão, responsável individual perante os credores que estabelecem relação com o ente individual.³⁵

A crise gerada pela constituição ambígua do grupo societário leva o sistema jurídico a adotar mecanismos de adequação e contenção de anomalias jurídicas do sistema, dentre as quais está a desconsideração da personalidade jurídica, que veio para por fim à disfunção gerada pela responsabilidade limitada das sociedades³⁶.

Interessante posicionamento apresenta o professor Eduardo Secchi Munhoz sobre a existência da chamada “crise da personalidade jurídica”. Para ele não há uma crise propriamente dita, mas um conjunto de crises que envolvem elementos distintos da personalidade jurídica, de maneira que cada aspecto dessa dita “crise” teria efeito específico nos ramos específicos do direito.

Para o autor, a crise que envolve o ramo do direito societário, pontualmente em relação aos casos dos grupos societários, envolve a ligação direta do princípio da responsabilidade limitada com o sistema organizacional dos grupos, que pulveriza de certa maneira as decisões das empresas autônomas dentro do rol de interesses gerais do grupo e

³⁵ Sob a perspectiva da sociedade controlada, entretanto, participar de um grupo não retira a sua caracterização como pessoa jurídica com organização interna, patrimônio e interesses próprios. Esta manutenção da autonomia jurídica, entretanto, presume a existência da independência econômica,¹⁴ que se expressa na exigência de atuação dos controladores e administradores conforme o interesse social. (PRADO, Viviane Muller, “Pessoa Jurídica Dependente”, 2005, p. 5)

³⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. “A Dupla Crise da Pessoa Jurídica”, p. 262.

acaba por gerar uma grande dificuldade na responsabilização daqueles que estariam no mesmo lugar que os sócios-administradores dentro de um panorama de desconsideração da personalidade jurídica.³⁷

2.1.1. A responsabilidade nos grupos societários

Tal apontamento traz consigo questão de grande relevância para o direito societário atual, qual seja a extensão da responsabilidade da sociedade controladora em relação às obrigações da sociedade controlada.

Em primeiro lugar cumpre analisar a limitação dessa responsabilidade, haja vista que a extensão das obrigações da controlada para a controladora tem por consequência a desestabilização completa da estrutura financeira do próprio grupo, que passa a responder por uma gama muito grande de obrigações advindas de outras sociedades, teoricamente autônomas e independentes para a aquisição das mesmas.

Em certa medida, a única forma de limitar a aquisição de novas obrigações, e, por sua vez, o risco ao capital da sociedade controladora, seria o controle total dessas decisões, o que acabaria de vez com o próprio grupo societário.

Primeiramente cabe salientar que a legislação brasileira faz algumas previsões legais protetivas em relação aos sócios minoritários dos grupos societários em seus artigos: art. 245, referente à responsabilidade dos administradores da sociedade coligada, controladora e controlada dos grupos de fato; arts. 116 e 117, que dispõem sobre a reparação dos minoritários lesados pela controladora em razão de desvio de poder e art. 276 que protege os acionistas das controladas nos grupos de direito.

O que se observa nos casos de desconsideração em geral é a aplicação da *disregard doctrine* para a proteção de credores externos à sociedade, em razão do silêncio do legislador quanto a tal responsabilidade. Igualmente, a desconsideração ocorre em relação ao estabelecimento de responsabilidade do grupo pelas obrigações perante terceiros da controlada como meio de evitar fraudes e abusos.

³⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 168-169.

A opção do legislador de não fazer previsão expressa de qualquer tipo de responsabilidade em relação aos credores externos apresenta-se na “exposição justificativa” do projeto da lei societária, que se fundamentou nos seguintes argumentos:

Tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades agrupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associações de sociedades com personalidade e patrimônio distintos. (COMPARATO, 2008, p. 501)

Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão fazem severas críticas sobre a opção legislativa apresentada pelo Ministro da Fazenda. Para ambos os autores a omissão do legislador na proteção dos credores de sociedades componentes de grupos de sociedades não seria justificável pelo argumento de que a criação de uma dita responsabilidade acarretaria situação de solidariedade, pois nos casos dos grupos societários o tipo de responsabilidade seria somente de subsidiariedade.

F. Konder Comparato³⁸ entende que o estabelecimento de responsabilidade, ao contrário do que foi afirmado na justificativa do texto legislativo, não acarretaria a departamentalização do grupo, uma vez que ela já existe em certa medida na realidade societária, conforme já citado no capítulo anterior. Ademais, observa o autor que os credores mais fracos, que compõem a massa dos quirografários, principalmente nos casos de falência são os mais prejudicados com o silêncio da lei e, por essa razão, deveriam ter seus direitos tutelados pelo legislador.

Contraposta à ausência de previsão da responsabilidade no grupo pelo legislador brasileiro, está a lei societária portuguesa, que adotou um sistema de responsabilização “intra-grupo” tipicamente solidária entre a “sociedade-mãe” e a “sociedade-filha”³⁹.

Destarte, o legislador português estabeleceu a responsabilidade simultânea e cumulativa – o próprio Engrácia Antunes equipara tal responsabilidade ao conceito ao tipo solidário - de todas as obrigações (art. 501 da lei portuguesa), permitindo atingir o capital da sociedade controladora para obter a satisfação dos créditos dos credores da “sociedade-filha”.

³⁸ Idem, ibidem, p. 502.

³⁹ As denominações “sociedade-mãe” e “sociedade-filha” são típicas do direito português e é recorrente na obra de José Engrácia Antunes.

No direito alemão a solução foi bem mais objetiva em relação ao resguardo ao menos do patrimônio da sociedade integrada no grupo. Em seus artigos §§ 302 e 322 estabeleceu a responsabilidade solidária da sociedade-mãe pelas dívidas da minoritária.⁴⁰

No essencial, esse regime traduz-se, duma banda, na consagração de um *poder legal de controlo* da sociedade-mãe sobre as administrações e os interesses das sociedades-filhas (em derrogação dos princípios nodais da primazia do interesse social e da independência social) e, doutra banda, no estabelecimento de contrapartidas especiais destinadas a proteger estas últimas sociedades, bem assim como os seus sócios minoritários e credores sociais (§§ 291 e segs. “Aktiengesetz”): particularmente relevante para os nossos propósitos, é a imposição à sociedade-mãe de um *dever de cobertura de todas as perdas anuais* registadas pelas respectivas filhas e, em certos casos, de uma *responsabilidade ilimitada e solidária* pelas dívidas sociais destas (§§ 302 e 322). (ANTUNES, 2005, p. 17)

A legislação brasileira manteve-se silente em relação à responsabilidade da controladora, não obstante os aspectos de confusão patrimonial e unidade direcional darem a ela a possibilidade de manobrar os interesses do grupo societário em acordo com seus próprios interesses, assim como direcionar o capital da sociedade controlada para outra empresa do grupo que controla.

Tal situação acabou deixando para a jurisprudência suprir a lacuna legal com a análise fática dos casos judicializados e com a ampliação da desconsideração da personalidade para atingir o grupo societário.

2.2. A aplicabilidade da teoria da desconsideração no âmbito dos grupos societários

Muitos autores, entre eles Eduardo Secchi Munhoz e Viviane Muller Prado, conservam o entendimento de que a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários não é completamente compatível com o instituto e revela-se insuficiente para a solução dos inúmeros problemas inerentes à própria constituição dos grupos.⁴¹

⁴⁰ ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p.170-179.

⁴¹ O parágrafo introdutório de seu artigo acadêmico denominado “Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades” Eduardo Secchi Munhoz é bem claro quanto ao seu posicionamento crítico em relação à aplicação da desconsideração nos grupos societários: “Este trabalho tem por objetivo demonstrar a insuficiência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para solucionar os problemas afetos aos grupos

A utilização da desconconsideração da personalidade jurídica tem início atribuído à jurisprudência americana⁴², na busca da solução dos casos de fraudes e abusos dos empresários, que se resguardavam pelo princípio da separação patrimonial da empresa atrás da personalidade de sua sociedade

Tal teoria representa “a suspensão temporária da personificação, em determinado caso concreto, atribuindo-se aos seus sócios ou administradores as relações que inicialmente seriam imputadas à pessoa jurídica.” (MUNHOZ, 2002, p.148).

A professora Maria Helena Diniz (2008, p.100-101) faz a seguinte conceituação da teoria:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles, e, além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso do direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade. Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão julgante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

J. Lamartine Corrêa a define a partir da separação da pessoa-jurídica da pessoa-membro⁴³, definição semelhante à da doutrina americana, que denomina a desconconsideração como sendo “levantar o véu da personalidade”, afastando a separação patrimonial para atingir aqueles que estavam resguardados pela personalidade jurídica da empresa.

Fabio Konder Comparato⁴⁴ faz uma distinção entre a desconconsideração, que represente a suspensão temporária da personalidade, que ocorre em razão do caso concreto; e

societários.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Desconconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades”, 2004, p.25) .

⁴² A teoria encontraria sua origem na jurisprudência norte-americana, indicando-se o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, de 1809, como o primeiro precedente. (MUNHOZ, Eduardo Secchi “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 149)

⁴³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, “A Dupla Crise da Pessoa Jurídica”, 1978, p. 262-263.

⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 353.

a despersonalização, que tem efeito definitivo em razão do desaparecimento do sujeito ativo diante da ausência de condições de existência.

No mesmo sentido o professor Rubens Requião (1995, p. 277) afirma:

Mesmo nos países em que se reconhece a personalidade jurídica apenas às sociedades de capitais, surgiu, não há muito, uma doutrina que visa, em certos casos, a desconsiderar a personalidade jurídica, isto é, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios. Por isso também é conhecida por doutrina da penetração.[...] Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.

Já na sua origem a desconsideração demonstra sua fragilidade. Mesmo sendo originada no seio do *common law*, de característica notadamente casuística e concreta, não tinha bem delineados seus elementos constituintes e de aplicação, situação ainda mais grave nos casos dos grupos societários:

A teoria da desconsideração tem, portanto, origem jurisprudencial, pautando-se por soluções casuísticas, sob a influência da preocupação da justiça para o caso concreto (*equity*). Ao surgir como produto da jurisprudência, e não da chamada ciência do direito, a teoria da desconsideração tem suscitado dúvidas e incertezas em virtude das múltiplas situações e critérios utilizados pelos tribunais, motivo de perplexidade especialmente no *civil law*, que pressupõe a sistematização dogmática dos institutos. (MUNHOZ, 2002, p. 150)

O mesmo autor aponta duas correntes fundamentais que norteiam os trabalhos da doutrina e da jurisprudência no Brasil. A primeira seria a corrente subjetivista ou unitarista, que defende a aplicação da desconsideração apenas nos casos excepcionais de evidente abuso ou fraude do direito individual, isto é, somente quando comprovado o comportamento doloso ou culposos. Filiado a tal corrente estaria o professor Rubens Requião.⁴⁵

De outro lado, estariam aqueles que defendem uma vertente objetiva da desconsideração, que tem como elemento fundamental autorizador da aplicação da *disregard doctrine* o caso de desvio de função⁴⁶.

⁴⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 311.

⁴⁶ A teoria objetiva adota, portanto, uma perspectiva funcional do instituto da pessoa jurídica, reconhecendo a viabilidade da desconsideração não apenas nas hipóteses de fraude ou de abuso de direito individual, mas também, no caso de desvio de função. Cada categoria de pessoa jurídica possui função específica, definida pelo ordenamento jurídico, cabendo a desconsideração sempre que determinado ato se desviar dessa função, independentemente da aferição de culpa. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 154.)

Entre os defensores desta corrente doutrinária ficaria Calixto Salomão que entende que “do ponto de vista organizativo, essa disfunção ocorrerá sempre que o comportamento do sócio ou a relação estabelecida se tornar inútil ou ineficaz a organização societária.” (SALOMÃO, COMPARATO, 2008, p. 357).

A corrente objetivista tem como elemento fundamental a análise da atividade da empresa sob uma perspectiva das funções da empresa estabelecidas pelo próprio ordenamento, entre as quais se destaca a função social da empresa.

Todavia, sob outra perspectiva, as duas correntes doutrinárias não são incompatíveis entre si. Considerando-se o desvio de função como mera categoria do conceito abrangente de abuso de direito, o que pode ser observado é que o desvio de função está ligado diretamente ao abuso do poder de controle por parte da controladora, que ultrapassa os limites societários e desnatura a organização do grupo para finalidade distinta do interesse grupal.

Voltando à existência de uma crise funcional do sistema, já abordada no tópico 2.1. do presente capítulo, cumpre salientar que a possível incompatibilidade do instituto dos grupos societários com a chamada teoria da desconsideração nasce não na sua aplicabilidade concreta, mas na ausência de critérios claros e coerentes para a sua aplicação.

Para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos casos específicos das sociedades tradicionais, são observados critérios bem definidos – e nem por isso, menos controversos –, quais sejam: a espécie de sociedade; a natureza da relação jurídica que será objeto da desconsideração; o tipo de credor e os elementos formais para sua aplicação. No entanto, tais critérios são incompatíveis com os grupos de sociedade.

Analisando a consequência jurídica da suspensão da personalidade sob a ótica dos grupos societários, é possível observar um descompasso entre a medida e a própria existência do grupo. Com efeito, a aplicação da desconsideração no grupo societário faz com que seja perdido o caráter temporário de tal medida, pois gera consequências definitivas para as sociedades atingidas, o que geraria a desconfiguração do próprio grupo.

A sociedade responsabilizada responde pela insolvência de outra sociedade em detrimento do seu patrimônio próprio e autônomo. Dessa maneira, o efeito da suspensão da personalidade jurídica da sociedade, muito embora seja temporário, tem consequências determinantes e permanentes na organização do grupo, que tem seu patrimônio diminuído, bem como as atividades das outras sociedades prejudicadas. Sobre tal incompatibilidade importa citar a seguinte consideração:

Nos grupos de sociedades, porém, já ficou evidenciado que a interferência na autonomia da pessoa jurídica, seja no aspecto patrimonial, seja no organizativo, é de natureza estrutural, de modo que seria absolutamente desarrazoado imaginar a aplicação da teoria clássica da desconsideração. Ora, nos grupos de sociedades, aquilo que essa doutrina chama de suspensão temporária e episódica da personalidade jurídica haveria de se tornar uma suspensão permanente e constante, pois a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades-membros não constitui exceção, mas sim regra. A crise, portanto, não se localiza na utilização abusiva da pessoa jurídica em cada caso concreto, mas nos próprios objetivos definidos pelo ordenamento jurídico, que se tornaram anacrônicos, incompatíveis com a realidade sócio-econômica dos dias atuais. Daí decorre a inadequação da doutrina clássica da desconsideração para solucionar os problemas jurídicos suscitados pelo fenômeno grupal. (MUNHOZ, 2002, p. 174)

A crítica daqueles que são contrários à aplicação da *disregard doctrine* repousa, de maneira geral, repousa na sua insuficiência em relação aos grupos societários. Para parte da doutrina a desconsideração é mecanismo de adaptação do sistema aos casos concretos, no entanto, a crise gerada pelos grupos societários é de caráter funcional, inerente à sua própria existência, portanto, a mera desconsideração seria mecanismo paliativo à crise para os casos específicos de abuso ou fraude e não estaria apta, por essa razão, na solução da crise funcional do próprio sistema.⁴⁷

Ora, parece ser óbvia a constatação do professor, uma vez que o que se pode verificar é a existência de uma lacuna legislativa em relação à situação real dos grupos societários no Brasil, o que gera por consequência lógica a necessidade de adaptação do sistema para a solução dos casos problemáticos que envolvam os grupos societários.

O doutrinador J. Lamartine Corrêa (1978, p. 591) faz uma análise bastante realista deste descompasso que se instalou no sistema jurídico brasileiro:

E é evidente que, quanto menos eficazes forem tais normas, maiores serão os clamores de aplicação de soluções na linha da “desconsideração”, dada a preocupação de não deixar ao desamparo os credores das sociedades controladas, subsidiárias, ou integrantes de grupo. Há, portanto, clara relação entre a solução legislativa dada ao problema dos grupos de sociedades e a eclosão – com maior ou menor força – de técnicas reveladoras de uma crise de função: como é, de modo especial, o caso das técnicas de desconsideração.

É certo que existem incompatibilidades entre a teoria da desconsideração e os grupos societários. Entretanto, não se pode olvidar em estabelecer a nítida necessidade de sua

⁴⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 175.

utilização para a correção casuística do sistema, defasado em relação a uma legislação específica e em clara crise funcional.

Não obstante existir tal lacuna no sistema, não parece ser possível sustentar que a evidente omissão do legislador permita que seja estabelecido um sistema de fraudes e abusos nos grupos societários.

A proteção da sociedade-mãe, inatingível em um primeiro momento pelo resguardo da sua autonomia e separação patrimonial, permitiria uma série de abusos em relação ao capital das sociedades-filhas, que tem, como já foi bastante explorado, o controle da direção financeira de todas as empresas participantes do grupo.

Como já demonstrado anteriormente, a comunicação constante entre os capitais das empresas é plena, e as transferências de capital entre as sociedades dos grupos é de tal complexidade que fica quase impossível averiguar e contabilizar o montante. Fica fácil o que se chama de subcapitalização das sociedades subordinadas e as fraudes em relação a seus credores ou em relação aos credores delas.

Situação bastante grave existe em relação aos credores sociais das sociedades-filhas, que, tendo em vista a existência de pressupostos gerais de intangibilidade e autonomia do capital social da empresa, ficam restritos ao capital da sociedade subordinada, que é controlado por outra empresa de acordo com interesses alheios ao da sociedade com quem possui crédito.

José Engrácia Antunes⁴⁸ faz a distinção dos credores em duas categorias que permitem a flexibilização da proteção em relação ao grupo. Um primeiro tipo seriam os denominados “credores débeis ou involuntários”, que correspondem àqueles aos quais não é possível aplicar a teoria da concorrência perfeita, uma vez que não estão em condição de igualdade perante a sociedade e não têm meios de negociação dos termos ou condições do contrato, exemplos desses credores estão os consumidores de produtos defeituosos.⁴⁹

O segundo tipo de credor é denominado forte, e é aquele institucional ou profissional, capaz de negociar os termos do negócio e de obter, de maneira suplementar ou colateral garantia para seus créditos. Entre esses credores estão o fisco e as instituições financeiras.

⁴⁸ ANTUNES, J. Engrácia. “Os Grupos de Sociedade”, 2002, p. 140-142.

⁴⁹ Dum lado, temos os credores débeis ou involuntários (“máxime”, consumidores, vítimas, trabalhadores, ambiente), que suportam em pleno as consequências nefastas de tal efeito translativo sem qualquer possibilidade de o evitarem ou negociarem os seus termos (...). (ANTUNES, José Engrácia. “Os Grupos de Sociedades”, 2002, p. 141)

Sobre o processo de externalização dos riscos e os abusos e fraudes decorrentes desta manipulação do sistema societário do grupo José Engrácia Antunes (2002, p. 143) aponta:

A emergência dos grupos societários vem assim inverter o sentido da distribuição dos riscos empresariais realizado pelo tradicional direito das sociedades: na realidade, ao passo que, no quadro da sociedade independente, a externalização parcial desses riscos para credores sociais (que é inerente ao benefício da responsabilidade limitada dos sócios) aparece contrabalanceada pela instituição de determinadas garantias em seu favor (v. g., autonomia patrimonial perfeita, capital social, prioridades creditórias falimentares), no contexto do grupo assiste-se uma externalização virtualmente total dos riscos sem quaisquer contrapartidas.

Destarte, a desconconsideração da personalidade jurídica não deve ser vista como meio de solucionar a chamada “crise funcional” gerada pelos grupos societários, mas sim mecanismo de adequação do sistema defasado a uma realidade econômica complexa e bastante competitiva.

Um dos que defende a aplicabilidade em razão do quadro atual do direito societário é Fabio Konder Comparato, que reconhece a necessidade de regulação própria para os grupos, mas aceita a incidência da teoria da desconconsideração em virtude da realidade concreta estabelecida no Brasil.

Calixto Salomão também aborda a crise do direito societário em uma das notas feitas pelo autor na obra de Fabio Konder Comparato⁵⁰. Para ele, não mais subsiste o modelo tradicional dos grupos societários, desconstituído pelo legislador ou ainda pela prática jurisprudencial, de modo que as regras conformadoras que teoricamente regulamentam os grupos não possuem qualquer aplicabilidade, uma vez que os grupos de direito não existem na realidade fática. “Já o por assim dizer direito dos grupos de fato flutua entre regras de responsabilidade mal definidas e disciplina de conflito de interesse de difícil aplicação.”⁵¹

2.3. A previsão legislativa da desconconsideração da personalidade Jurídica no ordenamento jurídico

A desconconsideração da personalidade jurídica teve seu conceito ampliado de forma a abranger também no ordenamento jurídico brasileiro os grupos societários.

⁵⁰ SALOMÃO, Calixto, COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008.

⁵¹ SALOMÃO, Calixto, COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 414.

A legislação brasileira, ao adotar o modelo dualista para classificar os grupos societários acabou por delimitar a responsabilização somente para os grupos de direito, e, ainda assim, de forma restrita aos sócios minoritários das controladas.

A previsão legal de responsabilização limitou-se aos administradores e das sociedades controladoras dos grupos societários. Em relação aos grupos de fato, foi estabelecida responsabilidade dos administradores ou da sociedade controladora pelas perdas e danos resultantes de atos praticados em prejuízo da controlada, como disposto no arts. 245 e 246 da Lei 6.404/75. Já no âmbito dos grupos de direito, constituídos por meio de convenção, foi prevista responsabilidade da sociedade controladora pelos prejuízos causados à controlada, conforme o art. 276 da lei supracitada.

Ocorre que a opção do legislador de não estabelecer responsabilidade relativas às relações externas ao grupo é nitidamente incompatível com a realidade societária existente, na qual, os credores e as próprias sociedades minoritárias são colocados em uma posição de risco decorrente da desigualdade em relação aos grupos com que fazem negócios.

Tal situação revela o total desamparo em relação aos sócios minoritários nos grupos de fato e àqueles externos ao grupo societário, os credores das sociedades participantes. Com efeito, diante o silêncio do legislador estes sofrem com a externalização dos riscos e com a subcapitalização das sociedades controladas.

Exatamente para diminuir essa desigualdade natural do próprio sistema que as áreas do direito legislaram em resposta específica e individual à lacuna deixada pelo direito societário, fazendo previsões legais específicas que abrangem a desconsideração da personalidade para os grupos societários nos casos que envolvem questões de direito específico.

Tal movimento é reflexo da crise funcional do modelo societário existente, incapaz de solucionar os conflitos decorrentes das relações estabelecidas pelos grupos societários no sistema jurídico brasileiro.

Uma tendência seguida por muitos ramos do direito foi a de previsão da desconsideração como meio de socialização dos riscos, tendo em vista a possibilidade de manipulação e desvio da finalidade do grupo societário como meio de gerar abusos e fraudes contra aqueles que estabelecem relação com as diversas sociedades. Esta socialização dos riscos surge como mecanismo de estabilização das relações desiguais e de risco que são estabelecidas com os grupos societários. Tal propósito pode ser definido da seguinte maneira:

A desconconsideração enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento *free-rider*. Como *free-rider* define-se o agente que quer gozar das vantagens, mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização dos riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento. (SALOMÃO, 2008, p. 488).

Observa-se no ordenamento, principalmente nos ramos do direito do consumidor, do direito do trabalho e do direito ambiental - tradicionalmente protetor de sujeitos hipossuficientes nas relações jurídicas - a real tentativa de estabelecer a maior equidade da relação estabelecida entre sujeitos desiguais. Desse modo, também em relação aos grupos societários foram previstos dispositivos que estabelecessem um tipo de responsabilidade para as empresas controladoras do grupo.

O primeiro ramo do direito a fazer previsão de extensão da responsabilidade de uma sociedade participante do grupo à outras do mesmo grupo foi o direito do trabalho, que estabeleceu no art. 2º § 2º da CLT responsabilidade solidária dos débitos trabalhistas das empresas de um mesmo grupo societário, *verba legis* :

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Outra área que fez a previsão da responsabilização do grupo societário foi o direito do consumidor. Com efeito, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) surge como meio de estabelecer a equidade entre os sujeitos da relação de consumo, garantindo ao consumidor, ente hipossuficiente da relação, meios protetivos contra abusos de fraudes nos grupos econômicos.

O seu artigo 28 estabelece os critérios a serem usados para a desconconsideração:

Art. 28. O juiz poderá desconconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O Código Civil de 2002 veio para sanar de vez a lacuna existente no ordenamento com a previsão do art. 50, que dispõe expressamente sobre a desconsideração e hoje é o fundamento principal das decisões que a ensejam:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A legislação brasileira aponta a dispersão da previsão legal da desconsideração da personalidade jurídica em relação aos grupos, o que revela uma ausência de previsão legal específica na lei societária e a adaptação dos grupos para as áreas específicas do direito brasileiro. Sanou-se a lacuna existente no direito societário em cada cenário jurídico específico das áreas do direito com previsões pontuais e específicas para cada campo do direito.

2.4. A desconsideração da personalidade Jurídica: pressupostos de aplicação

Calixto Salomão⁵², em notas feitas no trabalho de Fabio Konder Comparato, estabelece um longo e completo estudo sobre o método fundamental de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. Sem tomar qualquer partido em relação às correntes doutrinárias existentes, faz uma análise abrangente dos elementos fundamentais decorrentes de todas as tendências existentes.

⁵² SALOMÃO, Calixto. In: COMPARATO, F. K., “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 477-493.

O autor faz distinção em relação ao elemento ensejador da desconsideração. Para a doutrina tradicional tal elemento residiria no ato específico de abuso de direito ou de desvio de finalidade, o que acarretaria na determinação do sujeito que praticou o ato. Todavia, no caso dos grupos societários, em razão da existência de um ente que coaduna diversos interesses distintos, o ato por si só não determinaria a desconsideração.

Nos grupos o critério a ser utilizado, segundo o autor, seria determinado pelo beneficiário do ato, que, poderia ser o grupo, nos casos em que o ato foi praticado em razão dos interesses do grupo; ou uma empresa específica do grupo.

Todavia, este ponto da teoria geral da desconsideração apresenta um elemento especialmente complexo de ser aplicado ao âmbito dos grupos societários, qual seja, a constatação do ato ser desvinculado à atividade da organização societária, uma vez que, a própria constituição grupal tem como consequência, como já exposto anteriormente, a mitigação da autonomia das sociedades subordinadas, mesmo nos casos em que se estabelece o tipo de mera coordenação ou ainda os grupos de fato.

Desta feita, tal posicionamento parece ignorar a própria conformação dos grupos, que revela a existência não apenas de um interesse geral e superior aos interesses das empresas isoladas participantes, mas uma unidade de controle financeiro que torna indissociável as atividades das empresas componentes dos grupos. Assim sendo, não parece ser possível a distinção de um único beneficiário que não seja o grupo societário como um todo.

Nesse diapasão, tal critério esbarraria na mesma dificuldade inerente à própria noção de grupos, que é a determinação dos limites da responsabilidade e vinculação entre as sociedades participantes.

De toda sorte, o terceiro elemento elencado pelo professor Calixto Salomão parece sanar algumas dificuldades trazidas por um “método” pré-estabelecido, que é o caráter casuístico da aplicação da desconsideração da personalidade.

Conforme o professor J. Lamartine C. de Oliveira, a desconsideração deve ser vista como meio corretor do sistema jurídico de aplicação extraordinária aos casos específicos, haja vista que, conforme Calixto Salomão bem expõe, “uma regra geral de desconsideração pode causar sério desestímulo às assunções de risco empresarial, com graves consequências sobre a atividade econômica.” (SALOMÃO, COMPARATO, 2008, p. 499).

Dessa maneira, segundo o autor, a desconsideração deve ser vista como mecanismo que não altera as esferas co-envolvidas, mantendo intacta a personalidade jurídica e garantindo a validade dos atos praticados de boa-fé. Ademais, a desconsideração é meio de

efetividade do processo executivo, sendo desnecessário processo autônomo para sua obtenção e, por fim, seria meio de redistribuição dos riscos.

Observando tais considerações relativas a um possível método de aplicação da desconsideração nos grupos societários, salta aos olhos o seu caráter casuístico. Por ser uma construção jurídica decorrente dos elementos concretos que circundam o caso, são necessários critérios para sua aplicação.

Cumprе ressaltar que ainda subsistem muitas dúvidas relativas aos critérios que podem ser usados para a determinação da desconsideração. Todavia, cabe ressaltar aqueles previstos pela doutrina mundial e aplicados de maneira ampla pela jurisprudência, entre os quais se destaca: abuso do poder de controle.

Nos próximos tópicos serão analisados cada um dos parâmetros que justificam a desconsideração e quais são as incompatibilidades e dificuldades de sua aplicação no âmbito dos grupos societários.

2.4.1. O abuso do poder de controle e o desvio de finalidade

Um primeiro critério apontado como elemento que justificaria a desconsideração da personalidade jurídica seria o abuso de direito, decorrente de atividades que ultrapassam de maneira ilegal ou prejudicial o poder de controle da sociedade controladora ou de seus administradores.

Em primeiro lugar cabe estabelecer a diferenciação entre as práticas que configuram abuso e aquelas que não refletem abuso. Não estaria seriam abuso de direito as inerentes à organização societária dos grupos, entre elas: as limitação das atividades das sociedades controladas, a especialização da produção em favor da sociedade-mãe, o direcionamento de parte do capital para outra sociedade do grupo ou ainda a restrição ou redistribuição dos lucros.

Tais direcionamentos são resultantes da atividade de controle e administração normal do grupo societário, não sendo constatado nenhum abuso por parte da controladora em relação a tais limitações e direcionamentos, haja vista que refletem uma escolha estrutural da administração que tem como objetivo principal o interesse do grupo societário.

O abuso aconteceria, no entanto, nas práticas que gerassem prejuízos injustificados às sociedades componentes do grupo, isto é, quando a controladora ou a

controlada usassem de maneira abusiva o poder de controle para a venda total da controlada pela *holding*, ou sua subcapitalização como meio de camuflar práticas ilícitas do direito concorrencial.⁵³

Sobre o fenômeno da subcapitalização como meio de agressão ao capital social, ele ocorre quando o capital social da sociedade subordinada, aparentemente protegido pelo princípio da separação do capital e da sua intangibilidade, é constituído de maneira insuficiente e incompatível com o capital social da sociedade controladora, de maneira a externalizar os riscos da atividade desenvolvida pela sociedade para os credores, desamparados diante a intangibilidade do capital do grupo ao qual fazia parte a empresa insolvente.

Mais uma vez deve ser feita a ponderação concreta entre os interesses da *holding* e os interesses da controlada:

Por outro lado, como também salientamos, o direito não pode descurar os relevantes interesses econômicos globais do grupo societário, que devem mesmo, sobrepor-se ao interesse particular das sociedades que o compõem. O ponto de equilíbrio deve ser encontrado na legalização desse fato, acompanhada na imposição de limites, e de toda uma sistemática de adequada proteção aos interesses individuais lesados. (COMPARATO, 2008, p. 406)

O abuso deve ser identificado em relação aos limites legais e aos princípios gerais do direito societário, de maneira a estabelecer, para o caso dos grupos societários, ente sui generis dentro do ordenamento jurídico, critérios mais abrangentes e capazes de levar em consideração as peculiaridades do sistema de interesses e organização estabelecido entre as sociedades que o compõe. O abuso ocorrerá quando houver o uso do sistema estabelecido no grupo para burla às disposições legais.

Um exemplo claro ocorre quando a sociedade controladora esvazia todo o patrimônio da controlada de forma a tornar ineficaz qualquer execução de credores contra a controlada. Dessa forma, torna-se insolvente uma sociedade que teve seu capital transferido ao capital do grupo do qual fazia parte, havendo uma fraude clara ao sistema.

⁵³ Acontece que não é apenas este o perigo decorrente da falta de regulamentação do fenômeno grupal. Há, também, casos freqüentes de fraude a disposições legais imperativas, por meio da utilização do mecanismo do grupo. Assim ocorre, por exemplo, com as participações recíprocas de capital. Já tivemos ocasião de assinalar que esse entrecruzamento de sociedades, quando intenso, pode esvaziar os poderes decisórios da assembléia geral, além de violar os princípios da integridade do balanço. (COMPARATO. F. K. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 413.)

Outro elemento fundamental de aplicação da desconsideração é o chamado desvio de finalidade, que em certa medida, pode ser considerado como uma forma específica de abuso de poder. Entre os autores que apontam tal critério como motivador da aplicação da desconsideração está Fabio Konder Comparato⁵⁴, que traz em sua teoria o desvio de finalidade como sendo requisito fundamental para a sua aplicação aos grupos se sociedade.

Juntamente com Calixto Salomão, o autor aponta a disfunção societária como elemento que amplia os conceitos tradicionais de abuso de direito e fraude, usados pela teoria tradicional como elementos ensejadores da desconsideração.

Para o autor, tal posicionamento teórico acaba por ignorar situações em que o aparente abuso é inerente às atividades, pois “deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude.”⁵⁵

Sobre a interpretação funcional da desconsideração da personalidade jurídica o autor leciona:

Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividade consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoas jurídicas e, ainda dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão dos seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais. A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante, sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, plena inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa. (COMPARATO, 2008, p. 356)

A questão dos grupos societários mais uma vez traz consigo elementos de tensão entre a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica e a sua forma organizacional. Como já salientado, o grupo de sociedades tem como característica inerente a direção unitária, isto é, a centralização das decisões financeiras e organizacionais do grupo como um ente único, o que acarreta como consequência principal a diminuição da autonomia das empresas participantes, subordinadas, em maior ou menor grau, aos interesses do grupo.

Sob essa lógica organizacional dos grupos é possível identificar a dificuldade em configurar o desvio de finalidade, haja vista que o centro de análise extrapola a atividade

⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008.

⁵⁵ COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 356.

da sociedade subordinada e responsável direta pela obrigação adquirida perante os credores, chegando a um novo e bem mais complexo conjunto de sociedades, que mantém atividades dissociadas entre si, mas vinculadas em relação ao objetivo do grupo.

Nesse sentido, para a análise de um desvio de finalidade como elemento que justifique a desconsideração, deve haver em primeiro lugar uma melhor e mais clara definição do que é o interesse grupal envolvido e se o objetivo do grupo, em seu conjunto, está sendo violado por esse ato de desvio.

Desse modo, deve haver a aplicação do conceito amplo de desvio de finalidade, que não mais está limitado pelo objetivo da sociedade individual. Nos grupos societários o objetivo geral se sobrepõe ao objetivo individual, de modo que a relação conflituosa entre os interesses representariam o desvio de função no momento em que os atos da sociedade controladora ultrapassem a proporcionalidade admitida de subordinação dos interesses da sociedade aos interesses do grupo.

2.4.2. *A confusão patrimonial*

Em alguns países, incluindo o Brasil, a jurisprudência invoca como critério de extensão da responsabilidade da controlada à holding a chamada confusão patrimonial.

Todavia, este critério está em descompasso com a própria existência do grupo societário, que, tem como característica inerente a comunicação do capital de suas sociedades componentes e tem como prática financeira a transferência de capital de uma sociedade para outra de acordo com o interesse global do grupo.

Com efeito, é possível observar uma nova conformação societária do patrimônio dentro do grupo societário, que tem por consequência direta a confusão patrimonial das sociedades participantes isso porque os patrimônios não são estanques e passam a ser transferidos sob a perspectiva grupal.

Denomina-se tal fenômeno de teoria dos vasos comunicantes:

Realmente, o princípio dos vasos comunicantes pode ser aplicado à perfeição, quando se trata de examinar a realidade patrimonial dos grupos de sociedades, pois a transferência de recursos financeiros entre seus membros se dá em nível elevado e com grande frequência, a ponto de serem considerados como autênticas organizações de mercado interno. (MUNHOZ, 2002, p. 135)

Este sistema revela a fluidez e a paralelismo flexibilidade das relações das sociedades agrupadas, que têm por característica a possibilidade de transferência dos ativos e passivos de cada empresa agrupada conforme o interesse do grupo e não mais da sociedade individual.⁵⁶

Essa transferência massiva de capital entre as sociedades participantes do grupo é vinculada diretamente à vantagem de formação dos grupos, nascidos como forma de expansão externa do capital social, pois, “nessa medida, uma das principais fontes de recursos para as sociedades do grupo são aquelas provenientes dos próprios grupos.”⁵⁷

Esta integração patrimonial resultante da direção única da política financeira do grupo atinge graus tão complexos que fica cada vez mais difícil apurar o montante total de cada sociedade participante, ou ainda saber os níveis de transação que ocorre entre as sociedades.

Sobre o tema Fabio Konder Comparato (2008, p. 499) faz a seguinte explicação:

O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal e abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da ordem jurídica; ou, ao contrário, suspende-se completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo.

A solução, para o autor, seria a criação do direito dos grupos societários como um ramo complementar do direito societário.

De toda sorte, resta à jurisprudência fazer a correção das lacunas existente no sistema para o caso concreto que é levado ao judiciário. Para isso, é preciso que sejam estabelecidos critérios de aplicação da desconsideração para o caso específico dos grupos societários, de maneira a obter da prestação jurisdicional decisões que levam em consideração

⁵⁶ As transferências de recursos entre as sociedades integrantes do grupo ocorrem nas mais diversas direções, ou seja, da dominante para as dominadas (*downstream*), destas para aquela (*upstream*), ou mesmo entre as diversas sociedades dependentes (*cross-stram*). Também se dão sob os mais diversos títulos jurídicos (v.g. concessão de empréstimos, royalties, transferência de tecnologia, venda de mercadoria, prestação de serviços, distribuição de lucros, etc.), permitindo ao grupo uma enorme margem de manobra para planejar, segundo seu interesse, a melhor alocação de recursos financeiros entre as sociedades. Os valores dessas transações financeiras dificilmente observam a lógica de mercado, mas obedecem a lógica da *organização interna de mercado*, em que os grupos se transformam. (MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 136.)

⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 137.

não apenas os critérios tradicionais da teoria da desconsideração, mas elementos específicos e muito mais amplos que envolvem os grupos.

Capítulo 3. Análise crítica da aplicação da teoria da desconsideração em relação aos Grupos de Sociedade pelo STJ

Nos capítulos anteriores, foram abordados os aspectos mais relevantes em relação aos grupos de sociedade, as características fundamentais que circundam este instituto do direito societário e a sua incompatibilidade com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Neste último capítulo, o tema da teoria da desconsideração, delimitado ao âmbito dos grupos de sociedade, será analisado em relação ao posicionamento da jurisprudência brasileira, mais especificamente do STJ.

Tem-se verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especificamente em relação aos grupos econômicos, certas incongruências e contradições quando se discute a aplicação da desconsideração nos grupos societários de forma a atingir a controladora de um grupo, na qual, a sociedade controlada encontra-se em estado de insolvência.

Por vezes admitida, por vezes não, a aplicação da teoria da desconsideração nos grupos econômicos esbarra na problemática da caracterização do grupo econômico, bem como a sua organização. Isso vem ensejando crescentes discussões doutrinárias a respeito da insuficiência da teoria da desconsideração para a solução dos problemas dos grupos societários.

Indaga-se, pois, se o STJ deve ou não uniformizar sua jurisprudência com o estabelecimento de critérios claros e mais compatíveis com a realidade do direito societário na aplicação da teoria da desconsideração, levando em conta não apenas a realidade fática da própria constituição dos grupos de fato e de direito, mas também na própria proporcionalidade desta aplicação, assim como foi feito nas cortes alemã, americana e da inglesa.

3.1. A importância da construção jurisprudencial na adequação do grupo econômico à realidade econômica.

Como já abordado nos capítulos anteriores, os grupos de sociedade estão inseridos atualmente em um contexto de profunda crise, sendo a incompatibilidade ou a dificuldade da aplicabilidade da teoria da desconsideração a tais grupos um ponto problemático para o Direito Comercial.

Dessa maneira, os grupos societários, instituto que ainda suscita inúmeras dúvidas e pontos de discordância na doutrina mundial, têm na construção jurisprudencial meio fundamental na superação da crise por eles desencadeada.

Na busca por uma definição teórico-estrutural dentro da ordem jurídica, a jurisprudência aparece como mecanismo de adequação do modelo existente à realidade econômico-empresarial do país. De maneira casuística, aponta os reflexos das incertezas existentes no sistema jurídico, ainda repleto de lacunas legislativas e conceitos inaplicáveis ao caso concreto.

Em quase todos os ordenamentos jurídicos é possível identificar o papel central da jurisprudência na construção de um “sistema” de critérios fundamentais para a desconsideração no caso dos grupos societários. Nesse sentido, salta aos olhos a jurisprudência do direito francês, denominada *Rozemblum*⁵⁸, a qual estabeleceu os critérios necessários para a construção de uma noção de grupo societário, feição prática inexistente na legislação societária francesa:

A legislação societária francesa, por exemplo, apenas menciona a relação de controle entre sociedades, passando a jurisprudência, ao analisar os litígios envolvendo grupo societário, a verificar a forma do exercício do poder de controle e a existência de unidade e coordenação das atividades empresariais. (PRADO, 2008, p. 106)

Para tanto, a jurisprudência de *Rozemblum* elencou a existência de uma estrutura formal de grupo societário, comprovada por uma política de grupo, pautada por um interesse comum e a vedação de excessos com a manutenção de um equilíbrio entre as sociedades, como pressupostos essenciais na constituição dos grupos.

Desta feita, na concepção francesa, para a configuração de um grupo econômico é necessário que haja um sistema de coordenação sólido e amplo, de maneira que todas as sociedades estejam integradas em uma estrutura político-econômica norteada por um

⁵⁸ PRADO, Viviane Muller, “Grupos de empresas na jurisprudência do STJ”. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, 2008, p. 107

interesse comum do grupo. O elemento fundamental de formação do grupo societário, portanto, é o interesse comum e não a unidade de direção.⁵⁹

No entanto, tal entendimento não se estende a todos os tribunais franceses, os quais adotam outros critérios para a configuração dos grupos e aplicação da desconsideração. Isso revela a existência de divergência entre os tribunais quanto ao tema e a conseqüente fragilidade decorrente dessa disparidade.⁶⁰

Nos EUA, por sua vez, como Fabio Konder Comparato⁶¹ aponta, outro critério foi desenvolvido pelos tribunais: a denominada “confusão de personalidade”, que consiste na consideração ampla da confusão entre as sociedades participantes do grupo. Seu critério fundamental se fundamenta em dois tipos de “confusão de personalidade”: a interna referente à direção e organização coincidentes nas sociedades do grupo (mesma direção, mesma sede, etc.); e a externa, referente à sua apresentação da sociedade perante terceiros.⁶²

Vale ressaltar a análise crítica de Eduardo Secchi Munhoz⁶³ sobre o estudo de R. Thompson da jurisprudência americana para entender a aplicação da teoria da *disregard doctrine* nos Estados Unidos. Tal análise elenca os critérios fundamentais usados nos tribunais norte-americanos; entre eles: “(I) a espécie de sociedade (*public corporation e close corporation*); (II) número de sócios; (III) o tipo de sócio (pessoa física ou jurídica); (IV) a natureza do crédito (origem contratual ou delitual); (V) o argumento adotado para a desconsideração, etc.”⁶⁴.

Entre as conclusões apreendidas por esse estudo, destaca-se a interpretação rígida do princípio de separação de patrimônios no caso específico das empresas públicas com ações no mercado de capitais, para as quais não foi aplicada a desconsideração da personalidade jurídica em nenhum dos 1583 precedentes analisados por R. Thompson.⁶⁵ Tal

⁵⁹ Quando se fala em estrutura sólida de grupo não quer dizer apenas a existência de um conjunto de sociedades juridicamente autônomas sob direção unitária. Esta é necessária, mas não suficiente. Como já foi mencionado, o conceito relevante na jurisprudência Rozenblum não é o de direção unitária, mas sim o de interesse comum do grupo (*intérêt commun du groupe*). Logo é importante ficar claro que, na jurisprudência francesa o grupo deve ter uma forte estrutura organizacional, o que resulta na consideração apenas de organizações nas quais todas as sociedades estão ligadas, economicamente e em sua organização, formando um grupo com trocas equilibradas entre vantagens e prejuízos. (PRADO, Viviane Muller, “Grupos de empresas na jurisprudência do STJ”. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, 2008, p. 107.)

⁶⁰ Em ampla análise dos critérios de aplicação da desconsideração pela jurisprudência mundial Fabio Konder Comparato⁶⁰ aponta outro tribunal francês, a Corte de Poitiers, que admitiu a desconsideração em razão de confusão patrimonial e a mesma direção como requisitos justificadores da extensão de responsabilidade de uma sociedade a outra do mesmo grupo. (COMPARATO, F. K. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 498.

⁶¹ Idem, Ibidem, p. 497.

⁶² COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, 2008, p. 497.

⁶³ MUNHOZ, E. Secchi. “A Empresa Contemporânea e Direito Societário”, 2002.

⁶⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p. 159.

⁶⁵ Idem, ibidem.

tendência revela-se como mecanismo de proteção dos acionistas, tendo em vista a importância social das chamadas *public corporations*.

Ademais, o autor aponta a seguinte conclusão, fundamental para a desmistificação de um entendimento há muito defendido na doutrina:

Ainda quanto à pesquisa, talvez a conclusão mais importante para o presente trabalho seja a de que a personalidade foi desconsiderada com maior frequência nos casos em que os sócios são pessoas físicas (43,13%), comparativamente àqueles em que os sócios são outras sociedades (37,21%). Esse dado estatístico contraria a opinião assaz difundida na doutrina, na qual, seja a de que os grupos de sociedades, por constituírem um dos “*focos de maior incidência da crise de função*” da pessoa jurídica, levariam à aplicação da teoria da desconsideração de forma mais freqüente. (MUNHOZ, 2002, p. 161)

De toda sorte, o que tais estudos de direito comparado revelam é a fragilidade presente em todos os sistemas jurídicos, inclusive no *common law*, da aplicação da desconsideração no caso dos grupos societários, seja pela sua conformação especial e incompatível com os critérios gerais do afastamento da personalidade, seja pela ausência de critérios claros na sua aplicação.

A construção jurisprudencial é crucial na elaboração de critérios mais claros para a aplicação da desconsideração e no estabelecimento de maior segurança jurídica ao direito societário, haja vista que reflete a conformação do sistema legal dos grupos à realidade fática estabelecida no ramo societário mundial.

3.2. Uma análise da jurisprudência brasileira

No Brasil, a jurisprudência já delineia um caminho mais ou menos determinado para a aplicação da teoria. Todavia, observa-se que os trabalhos existentes sobre a jurisprudência brasileira têm um caráter muito mais estatístico que analítico, ao passo que apenas nomeia os critérios estabelecidos nos tribunais para a aplicação da desconsideração sem fazer um estudo aprofundado sobre os fundamentos usados nos precedentes.

Um primeiro estudo de grande relevância para o direito societário brasileiro foi desenvolvido pelo professor J. Lamartine Corrêa de Oliveira ⁶⁶, que não obstante ser de 1978, ainda possui grande relevância na realidade jurídica e jurisprudencial do país.

⁶⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. “A dupla crise da pessoa jurídica”, 1978.

O autor divide as decisões de acordo com sua fundamentação jurídica, isto é, conforme o critério usado para o afastamento pelo tribunal da personalidade jurídica, os quais seriam com o objetivo de evitar a “fraude à lei”, “fraude a dever contratual” e decisões genéricas que estendem a responsabilidade à outra sociedade.

Basicamente a desconsideração ocorre como meio de impedir que o sócio, ou a sociedade majoritária, se utilize da personalidade jurídica e da separação dos patrimônios como meio de burla à lei. O combate ao abuso da personalidade é elemento fundamental presente na própria origem da técnica de desconsideração da personalidade jurídica, surgida como:

Reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. (OLIVEIRA, 1978, p. 262)

Evitando, desse modo, que a pessoa jurídica seja usada para “finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico” (OLIVEIRA, 1978, p. 262).

Entre as distintas correntes que defendem a desconsideração da personalidade jurídica apontada no capítulo anterior, é possível identificar na jurisprudência brasileira uma forte tendência à adoção da teoria subjetiva da desconsideração, a qual tem por pressupostos para o afastamento da personalidade: o abuso de direito, fraude ou em prejuízo de terceiros.⁶⁷

A exemplo disso, no REsp 744.107 o Ministro Fernando Gonçalves expõe as hipóteses de desconsideração com fulcro nos pressupostos da teoria subjetiva:

Não, a espécie cuida, ainda consoante a terminologia contida no especial em causa (279.273/SP), da teoria maior, que é a regra, e onde somente pode ser aplicada a *disregard doctrine*, quando demonstrado o desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial. O tema, a toda evidência, está afeto ao art. 50 do Código Civil que, segundo GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO, "reflete, com fidelidade, os princípios basilares da teoria da desconsideração da personalidade jurídica,

⁶⁷ Verifica-se, ainda a respeito, que prevalece a orientação subjetiva, como ficou ressaltado no seguintes excerto: “Embora a correção da crítica do eminente professor de São Paulo, especialmente quanto à insuficiência da teoria subjetiva (...) verdade é que a maioria da doutrina (ver Fábio Ulhoa Coelho, Desconsideração da Personalidade Jurídica, Ed. RT, pp. 54 e ss.) e bem assim os precedentes jurisprudenciais (cf. Lamartine, Ob cit. P. 521, e João Casillo, “ Desconsideração da pessoa jurídica”, RT 528/25-37, onde estão colacionadas diversas decisões, quase todas versando sobre fraude a dever contratual, fraude à lei e insolvência) se inclinam pela aceitação do enunciado subjetivo (...). Assim estou me pondo de acordo com os que admitem a aplicação da doutrina da desconsideração, para julgar ineficaz a personificação societária sempre que for usada com abuso de direito, fraude à lei ou prejudicar terceiros. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Empresa Contemporânea e o Direito Societário”, 2002, p.163)

sendo a primeira inclusão do instituto no ordenamento jurídico pátrio com total correção".

Ainda no mesmo voto, o Ministro cita o posicionamento doutrinário que justifica a adoção de tal corrente:

Em artigo na Revista dos Tribunais - vol. 818 - o Des. JOÃO BATISTA LOPES adverte que "a desconconsideração não deve ser utilizada como instrumento de investigação de fatos: somente quando comprovado o abuso, o ilícito, a fraude é que a medida poderá ser decretada". E diz mais: "Diante disso, desde que observado o princípio do contraditório, a questão pode ser dirimida nos próprios autos...". "O que não pode ser admitido é a decretação da desconconsideração de plano, *sic et simpliciter*, a pretexto de que a observância do contraditório poderia frustrar a eficácia da medida".

Calixto Salomão faz a seguinte análise sobre a jurisprudência nacional:

Na jurisprudência, fazem-se sentir fortemente as influências dessa impositação funcional-unitária da doutrina. Característico da jurisprudência brasileira é o valor pragmático atribuído à pessoa jurídica, que fez com que a separação patrimonial seja freqüentemente reafirmada e sua desconconsideração só seja admitida em caso de previsão legal expressa ou de comportamentos considerados fraudulentos. As decisões brasileiras não são, conseqüentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconconsideração (confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma), mas segundo o fundamento jurídico invocado para fundamentar a não-consideração da personalidade jurídica. (COMPARATO, 2008, p. 473)

O autor identifica dois tipos de decisões que envolvem a desconconsideração no caso dos grupos econômicos: desconconsideração em razão de violação expressa da legislação existente, como, por exemplo, violação ao dispositivo trabalhista; e desconconsideração em razão de comprovação de abuso de direito ou fraude.

3.3. A metodologia adotada no presente estudo

A escolha da análise da jurisprudência do STJ, muito embora seja limitada, se deu em razão da inexistência de um posicionamento uníssono nos tribunais inferiores, razão que dificultaria em muito qualquer estudo abrangente suficiente para abarcar todas as tendências apresentadas pelos tribunais.

Ademais, é na construção jurisprudencial que é possível observar quais os critérios usados para a desconconsideração no âmbito dos grupos societários diante a realidade

concreta que se delineia no país, apresentando respostas às críticas e lacunas observadas pela doutrina mundial.

As decisões do STJ revelam a real caracterização dos grupos de sociedade, levando em conta os elementos fundamentais que ensejam a possibilidade de que seja levantado o véu da personalidade das sociedades controladas, além de como se dá a interpretação desse instituto ainda repleto de antagonismos.

Para o desenvolvimento do presente estudo foi realizada pesquisa fonética no repositório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça disponível no sítio eletrônico www.stj.jus.br na data de 20.06.2011.

A busca realizada teve por parâmetro os verbetes “grupos” e os distintos verbetes: “empresarial”, “empresa”, “societário”, “econômico” e “sociedade”, tendo em vista a utilização de distintas nomenclaturas sinônimas pela jurisprudência além daquela estabelecida na legislação societária vigente.

Restringiu-se a amplitude da pesquisa por meio da adição do verbe “desconsideração”, o qual delimita a pesquisa às decisões que associam os grupos societários à teoria. Cumpre salientar que não foram consideradas duas decisões em que o termo “desconsideração” não remetiam à chamada *disregard doctrine*.

Foram excluídos, para efeito do presente estudo, os precedentes que abordam outros aspectos relativos aos grupos societários, que não a “desconsideração da personalidade jurídica” no âmbito dos grupos societários.

Para efeito de delimitação metodológica, somente foram apreciados na pesquisa apresentada os acórdãos proferidos em órgãos colegiados⁶⁸, desconsiderando-se as decisões monocráticas.

Da citada pesquisa resultou-se no conjunto de 23 (vinte e três) acórdãos publicados – para efeito de contagem foram desconsiderados os acórdãos duplicados nas pesquisas com parâmetros sinônimos⁶⁹ - entre os quais foram identificados 11 (onze) recursos especiais; 03 (três) recursos ordinários em mandado de segurança; e 02 (duas) medidas cautelares; 02 (dois) agravos regimentais e 05 recursos em sede de conflito de competência.

⁶⁸ Os órgãos colegiados do Superior Tribunal de Justiça referem-se às turmas especializadas “É nas turmas de julgamento do STJ que são apreciados os recursos especiais, as medidas cautelares e os agravos de instrumento e regimentais, bem como casos específicos de habeas-corpus, entre outros.”; às seções de julgamento, “que buscam uniformizar a interpretação do Direito entre as turmas de uma mesma seção, quando estas divergirem”; e a corte especial, órgão máximo do STJ. (Informações retiradas do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=426, visitado em 19.06.2011)

⁶⁹ O sistema operacional do Superior Tribunal de Justiça pode delimitar para uma mesma decisão vários parâmetros de pesquisa, o que pode gerar a duplicidade na contagem geral dos precedentes encontrados pelo site.

Dentre os 23 (vinte e três) precedentes identificados 10 (dez) abordam tangencialmente a desconsideração da personalidade jurídica, tendo como questão central apenas matérias processuais, que apresentam relevância para este estudo.

Em um primeiro momento é possível identificar certa tendência para a aplicação da desconsideração nos grupos societários. Na maior parte dos 13 (treze) precedentes decidiu-se favoravelmente pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da coligada ou controlada para atingir a sociedade controladora do grupo ao qual fazia parte, seja pelo provimento do recurso interposto no STJ, seja pela manutenção da decisão do órgão *a quo* que aplicou a *disregard doctrine*.

Outro dado relevante observado na pesquisa é que a maioria das lides tratavam-se da *disregard* nos casos de falência da controlada, caso em que a jurisprudência tem entendimento sedimentado no sentido de ser possível afastar a personalidade da sociedade controlada para atingir o patrimônio de outras sociedades do mesmo grupo.

É possível identificar nos 13 (treze) precedentes do STJ selecionados na presente pesquisa a aplicação pela atual jurisprudência dessa tendência, apontada pelo autor.

O objetivo fundamental da aplicação da desconsideração, como se pode observar na jurisprudência do STJ, é o amparo dos credores mais fracos, deixados de lado pelo legislador, uma vez que o estabelecimento dos parâmetros de aplicação da *disregard* pelo tribunal vem para sanar a lacuna deixada pela legislação.

Não obstante, serem de grande relevância para a configuração do quadro concreto dos grupos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os dados estatísticos demonstram apenas alguns aspectos superficiais da aplicação da teoria da desconsideração pela jurisprudência aos grupos societários, tais como o grau de incidência da teoria na prática e quais os critérios mais utilizados para tal aplicação.

Todavia, para uma compreensão mais completa e profunda do assunto faz-se necessária análise mais minuciosa e subjetiva dos fundamentos usados nas decisões mais relevantes dentro desse quadro bastante reduzido.

3.4 Uma análise das decisões proferidas no Superior Tribunal de Justiça

Conforme já explicitado, foram identificadas na jurisprudência do STJ, 13 (treze) decisões entre o total de 23 (vinte e três) acórdãos selecionados pela pesquisa fonética realizada no repositório do tribunal.

A seleção se deu em razão da abrangência e do tipo de abordagem observado das decisões selecionadas. Do total analisado, em apenas 14 dos acórdãos a aplicabilidade da teoria desconconsideração da personalidade jurídica apresentou-se como tema principal, de modo que nas outras decisões foi observada a inserção do tema da desconconsideração somente de forma tangencial, estando tais decisões fundamentadas nos aspectos meramente processuais.

Desta feita, para efeito do presente estudo, os 13 (treze) acórdãos serão analisados de maneira individual, a fim de seja estabelecido um panorama geral da abordagem adotada pelo STJ, no afastamento da personalidade jurídica nos casos que envolvem os grupos societários.

Entre as decisões selecionadas na presente proposta existem algumas que merecem uma análise mais minuciosa. Entre as quais se destaca o Recurso Especial nº 744.107/SP⁷⁰, publicado no DJe de 12.08.2008.

A escolha dessas decisões se deu em razão da extensão e profundidade com que o tema da desconconsideração foi tratado, de forma que, entre as decisões catalogadas, tais precedentes se destacam por sua fundamentação e abordagem teórica.

O REsp nº 744.107/SP⁷¹, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, foi interposto pela empresa ÁUREA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A contra decisão que descon siderou a personalidade jurídica de outra empresa que faria parte do mesmo grupo econômico que a recorrente, Transportes Urbanos Cidade Tiradentes Ltda., haja vista tratar-se de mera “*longa manus*” da sociedade dominante.

O tribunal *a quo* aplicou a descon sideração sob o fundamento de que a sociedade insolvente é participante de grupo societário do qual a recorrente faz parte e tal situação de fato ensejaria o afastamento da personalidade como meio de responsabilizar outra empresa do grupo pelas obrigações adquiridas por outra sociedade do mesmo grupo

⁷⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (“disregard doctrine”). HIPÓTESES REsp 744.107/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20.05.2008. DJe de 12.08.2008.

⁷¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009

econômico. Dessa maneira, para o tribunal a mera comprovação da existência do grupo econômico foi suficiente para viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, observa-se a adoção do critério de responsabilidade solidária pelo tribunal de origem, na qual a mera configuração do grupo societário possibilita a responsabilidade da sociedade controladora pelas obrigações da controlada. Estaria na comprovação da existência do grupo societário o elemento que justificaria a extensão da responsabilidade da sociedade participante do grupo à sua controladora.

O acórdão recorrido foi destacado no seguinte trecho pelo relator:

Depreende-se da análise perfunctória dos documentos acostados aos autos, que a empresa Transportes Urbanos Cidade Tiradentes Ltda constitui uma *longa manus* do poder diretivo da empresa Áurea Administração e Participações Ltda, empresa que encabeça o denominado Grupo Constantino. O controle de uma empresa sobre a outra evidencia um grupo societário de subordinação.

Tal posicionamento, todavia, não foi mantido pela turma julgadora do STJ, que adota a responsabilidade solidária apenas para a aplicação da lei ambiental e trabalhista, isto é, apenas nos casos de burla literal ao dispositivo legal da lei ambiental ou da lei trabalhista.

In casu, a desconsideração foi adotada de acordo com a teoria subjetiva da desconsideração, também denominada “teoria maior”, na qual o afastamento da personalidade se dá perante a existência inquestionável de ato de abuso de direito, desvio de finalidade ou fraude, *verbis*:

Cabe destacar, ainda em obséquio ao debate, não versar a hipótese a chamada teoria menor, na dicção da Min. NANCY ANDRIGHI, no julgamento do Resp 279.273-SP, autorizativa da desconsideração com a simples prova da insolvência da pessoa jurídica, quando o tema versar Direito Ambiental (art. 4º da Lei 9.605/98) ou Direito do Consumidor (art. 28, § 5º, da Lei 8.078/90).

Não, a espécie cuida, ainda consoante a terminologia contida no especial em causa (279.273/SP), da teoria maior, que é a regra, e onde somente pode ser aplicada a disregard doctrine, quando demonstrado o desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial.

Com efeito, este parece ser o posicionamento da jurisprudência brasileira em relação à desconsideração de uma maneira geral. Revela-se indispensável a comprovação de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

O acórdão criticou a aplicação da *disregard doctrine* em razão da empresa ser simples *longa manus* da controladora sem que “ainda que em Juízo de superficialidade, desvio de finalidade social ou confusão patrimonial” ⁷² estivessem comprovados. Por fim, afastou a desconsideração da personalidade jurídica determinada pelo Tribunal *a quo*, impedindo o arresto dos bens da recorrida.

Forçoso observar em relação ao afastamento da personalidade jurídica no âmbito dos grupos societários possíveis excessos decorrentes de tal prática, que deve ser usado em casos de excepcionais, conforme o posicionamento apresentado pelo Ministro Aldir Passarinho em seu voto no mesmo processo:

A questão do *disregard* não é automática. O grupo empresarial não se confunde automaticamente. **Excepcionalmente, dá-se o *disregard*.** O que vem acontecendo é que determinadas medidas que, na verdade, foram criadas para evitar fraudes, à medida que, efetivamente, tornaram mais fácil de captação de patrimônio, **também passaram a ser, de certa forma, utilizadas de uma forma generalizada, o que não era o escopo com que foram criadas.**

Nesse diapasão, é possível dentro da dinâmica do grupo societário a manipulação dos interesses e investimentos como meio de burla à legislação e de fraude aos credores das sociedades controladas, haja vista que a transferência de capital ocorre em uma dinâmica tão fluida, que é quase impossível ser controlada.

Destaca-se o posicionamento do ministro Carlos Alberto Menezes Direito em voto proferido no AgRg em EREsp nº 86.502/SP ⁷³, no qual foi mantida a decisão que aplicou a desconsideração sob o fundamento principal de proteção dos credores. Não foi dado

⁷² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009

⁷³ BRASIL. STJ. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. CIRCUNSTANCIAS FATICAS DIVERSAS. DOUTRINA DO "*DISREGARD OF LEGAL ENTITY*". DIVERGENCIA INEXISTENTE. 1. ESTANDO OS ARESTOS CONFRONTADOS ASSENTADOS, SOBRETUDO, NAS CIRCUNSTANCIAS FATICAS PROPRIAS DE CADA CASO, NÃO HA FALAR EM DISSIDIO JURISPRUDENCIAL, SENDO INCABIVEIS OS EMBARGOS DE DIVERGENCIA. 2. HIPOTESE EM QUE O ACORDÃO EMBARGADO ADMITIU A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DO "*DISREGARD OF LEGAL ENTITY*", PARA IMPEDIR A FRAUDE CONTRA CREDITORES, CONSIDERANDO VALIDA PENHORA SOBRE BEM PERTENCENTE A EMBARGANTE, NOS AUTOS DE EXECUÇÃO PROPOSTA CONTRA OUTRA SOCIEDADE DO MESMO GRUPO ECONOMICO. NO PARADÍGMA, ENTRETANTO, AFASTOU-SE A DOUTRINA REFERIDA PARA QUE O SOCIO AVALISTA NÃO SEJA RESPONSABILIZADO POR LITIGANCIA DE MA-FE, RELACIONADA AO COMPORTAMENTO PROCESSUAL DA SOCIEDADE AVALIZADA. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg nos EREsp 86.502/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SECAO, julgado em 14/05/1997, DJ 30/06/1997, p. 30850)

provimento ao agravo tendo em vista que os precedentes apontados como divergentes pelo agravante, na realidade, apresentaram pertinência ao acórdão embargado.

In casu, o ministro relator entendeu pela aplicação da desconsideração para que fosse evitada a fraude contra credores, situação que restou comprovada nos autos do processo. No voto, mais uma vez identifica-se o argumento da temporariedade da medida suspensiva da personalidade, que torna a personificação da sociedade inoperante tão somente para que os bens da sociedade controladora sejam atingidos.

Destaca-se o trecho do voto em que o relator faz análise sobre a aplicação da desconsideração aos grupos societários:

Flagrante a intenção da “*doutrina da penetração*” de combater fraudes e abusos de direito, foi com essa motivação que o Acórdão embargado, ante as circunstâncias do caso, considerou válida a penhora de bem pertencente à embargante nos autos de ação movida contra outras sociedades do mesmo grupo empresarial. Assim é que, na hipótese dos autos, a “*Disregard of Legal Entity*” com origem na separação entre sócio e sociedade, foi estendida à relação existente entre sociedades do mesmo grupo empresarial

A jurisprudência brasileira se mostra cautelosa em relação a tal situação. Favorável à aplicação da extensão da responsabilidade, adota como parâmetro do afastamento da personalidade os pressupostos de unidade direcional, confusão patrimonial, abuso de direito e desvio de finalidade, sem, no entanto, observar os aspectos subjetivos que envolvem tais conceitos jurídicos. O que, na aplicação do caso concreto, acaba por ser ponderado de acordo com os elementos probatórios de configuração dos grupos e indícios de descapitalização das sociedades ou mesmo sua subcapitalização.

Outro precedente que merece destaque é o recurso especial nº 968.564/RS de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima que restou ementado da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de suposta afronta a dispositivo constitucional, por se tratar de matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.
2. O afastamento, pelo Tribunal de origem, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da parte recorrida, em face da

reavaliação das provas dos autos, não importa em cerceamento de defesa, mormente quando tal decisão não se baseou em ausência de prova, mas no entendimento de que os pressupostos autorizativos de tal medida não se encontrariam presentes.

3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.

4. Tendo o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que não estariam presentes os pressupostos para aplicação da disregard doctrine, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedente do STJ.

5. Inexistência de dissídio jurisprudencial.

6. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 968564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009) (*grifo nosso*)⁷⁴

Este acórdão explicita de maneira bastante clara os pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração pela jurisprudência: unidade de controle; confusão patrimonial; abuso de direito ou fraude contra os credores.

A constatação da situação de fraude e abuso, como já abordado no presente estudo, é muito mais complexa e não comporta juízo de mera presunção por parte do julgador. Entretanto, o STJ possui certas limitações no julgamento dos recursos, uma vez que, tem por função jurisdicional o julgamento dos casos em que a legislação infraconstitucional estiver sendo violada não cabendo ao tribunal fazer o rejuízo da demanda.

A Súmula nº 7⁷⁵ enuncia a vedação do revolvimento de matéria fático-probatória nos julgamentos dos recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça, o que gera um obstáculo no julgamento das demandas que envolvem a questão dos grupos societários e a comprovação do comportamento fraudulento ou de abuso que justificaria o afastamento da personalidade, matéria notoriamente de fato.

O que se vê nas decisões do STJ é a superação deste obstáculo, não com a burla ao enunciado citado, mas com a análise dos argumentos já esposados pelo acórdão recorrido. Ou seja, tomam-se por verdadeiros os fundamentos do acórdão recorrido.

⁷⁴ REsp 968564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009, último acesso em 19.06.2011 no sítio eletrônico: <http://www.stj.jus.br/>.

⁷⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 7. Reexame de Prova - Recurso Especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. 28/06/1990 - DJ 03.07.1990

No julgamento do recurso em análise fica claro tal posicionamento:

De toda sorte, não há falar em afronta aos arts. 130, 333, II, 458, II, e 518 do CPC, tendo em vista que, ao contrário do que aduz a recorrente, o afastamento, pelo Tribunal de origem, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se deu por falta de provas, mas, sim, em face do entendimento de que as provas produzidas nos autos não conduziram à conclusão de que os pressupostos autorizativos de tal medida extrema não estariam configurados.⁷⁶

O acórdão recorrido, integrado ao acórdão, é bem minucioso na análise dos elementos probatório e é de grande importância na análise dos pressupostos de aplicação da desconsideração nos grupos societários.

Cumprido salientar que o Tribunal de origem entendeu não haver indícios da prática fraudulenta por parte da empresa recorrida e, por conseguinte, não estarem presentes os pressupostos ensejadores da *disregard*:

Em primeiro lugar, quanto à inatividade, que de fato ocorre, ainda que conste como empresa ativa (fl. 309), **somente implica em circunstância que importa em desconsideração da personalidade jurídica quando esta inatividade e também insolvência decorram de má administração ou ato fraudulento. No caso, isso não está demonstrado.** A dívida decorre de valores locatícios da inquilina Refratários. **A credora, ora embargada, já recebeu parte do pagamento do débito, visto que se trata de processo de execução que apenas não encerrou porque a primeira venda judicial não logrou cobrir o débito inteiro.** Então, no caso, a inatividade decorre da falta e bens móveis e ferramentas e todo o mais de materiais que constituíam o parque fabril da devedora. E não restou demonstrado que a insolvência tivesse decorrido de má-administração, que não se confunde com falta de sucesso do negócio. Não há prova de má-fé ou de ato fraudulento.

(...)

Segundo, ainda que se tivesse a embargante como administradora da devedora (possui mais de 90% das quotas sociais), **não restou demonstrada má-administração.**

(...)

Quarto, não há notícia de que as sociedades, a devedora Refratários e a sócia Weco fossem ligadas de tal forma que pudessem se identificar no mundo fático.

De tal sorte que, justificada a ausência de patrimônio e não demonstrada a dissolução irregular, não demonstrada, ainda, má-fé ou ato fraudulento, não vejo como reconhecer a responsabilidade da embargante pelo débito.

Em análise do mérito, muito embora tenha aplicado o óbice da súmula 7 – impossibilidade de reanálise de matéria fática – o Ministro relator fez a seguinte exposição:

⁷⁶ REsp 968564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009, p. 8, último acesso em 19.06.2011, <http://www.stj.jus.br/>.

Com efeito, a desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.

Da mesma forma, nos termos dos arts. 116, 117 e 246 da Lei das Sociedades Anônimas, somente imputam-se à empresa controladora a obrigação de arcar com as dívidas contraídas pela empresa controlada quando decorrentes de danos causados por atos praticados com abuso de poder.⁷⁷

Algumas considerações são possíveis de serem feitas em relação ao trecho do voto. A primeira em relação ao conceito de “estrutura meramente formal”, que não parece ter vínculo com a idéia de unidade gerencial.

Como já analisado nos capítulos anteriores, a estrutura dos grupos societários tem como elemento inerente a unidade de direção de todas as sociedades sob o comando de uma sociedade controladora, seja nos grupos de fato ou nos grupos de direito subordinados ou coordenados, a unicidade das decisões dão origem a uma estrutura *sui generis* de dependência econômica de sociedades autônomas.

Dessa feita, não parece ser cabível a adoção de um critério relativo à estrutura adotada pelo grupo, porquanto serem os grupos societários em sua maioria desvinculados da estrutura legal estabelecida para os chamados grupos de direito. Desse modo, tais grupos são estabelecidos com elementos próprios que convergem em relação à unidade de direção e não outro critério vinculado à estrutura.

Uma decisão em particular chama atenção em relação aos fundamentos usados para a não aplicação da desconsideração dos grupos. Trata-se do REsp 28.168/SP, julgado em 14/06/1995, que assim restou ementado:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DE EXECUÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. C.T.N., ART. 185. APLICAÇÃO.

I - Embora integrantes do mesmo grupo empresarial, as empresas alienante e executada tem personalidade jurídica própria. Na espécie, não ha noticia de que pendesse, em relação a alienante, execução fiscal com credito regularmente inscrito quando da alienação ora questionada. Ademais, não se cogita de credito solidário pelo simples fato de ambas as empresas alienante e executada pertencerem ao mesmo grupo econômico. Tampouco tem a aplicação a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pois, no caso, não

⁷⁷ REsp 968564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009, p. 10, último acesso em 19.06.2011, <http://www.stj.jus.br/>.

se afirmou que, antes da alienação questionada, tivesse a executada alienado o bem penhorado a alienante. Há de considerar-se, ainda, que a alienação questionada foi precedida de alvará judicial expedido pelo juízo da concordata, o que torna inaceitável responsabilizar empresa outra que não a executada pelo débito cobrado.

II - Inaplicação a espécie do art. 185 do CTN.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 28.168/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/1995, DJ 07/08/1995, p. 23026)

No caso em questão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (STJS) entendeu que houve fraude à execução, nos termos do art. 185 do CTN, tendo em vista que a empresa executada alienou imóvel à outra sociedade participante do mesmo grupo econômico após a inscrição da dívida.

No entanto, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, citando decisão proferida por outra turma do TJSP, deu provimento aos embargos de terceiro a fim de que o imóvel não fosse penhorado com o fundamento de que, muito embora as empresas façam parte do mesmo grupo societário, elas mantêm sua personalidade jurídica, de maneira que, “nem se cogita débito solidário pelo simples fato de ambas as empresas alienante e executada pertencerem ao mesmo grupo econômico”⁷⁸

Cabe crítica referente à fundamentação da decisão proferida pelo Ministro relator, que se utilizou da simples transcrição de decisão do TJSP cujos argumentos sustentavam-se no fato de a alienação ter ocorrido anteriormente à execução, situação não observada no caso julgado pelo STJ.

Ademais, cabe salientar que o referido acórdão é datado de 1995 e por essa razão não encontra mais atualidade na jurisprudência do STJ.

Cumprido especial destaque às outras decisões selecionadas, todas concernentes ao tema da desconconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários no caso específico da falência. Entre os 13 (treze) casos 8 (oito) deles tratam do tema, fato que merece ser abordado em tópico específico.

3.4.1. A desconconsideração no caso de falência da controlada

⁷⁸ REsp 28.168/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/1995, DJ 07/08/1995, p. 5.

Dentre o rol de decisões selecionadas na presente pesquisa, é possível identificar a recorrência do tema relativo à falência que envolve sociedades participantes dos grupos societários. Dessa maneira, importa desenvolver análise específica no que toca ao tema.

As decisões proferidas pelo STJ demonstram que a desconsideração aponta no direito societário brasileiro como meio usual de extensão da responsabilidade para os casos de falência de sociedades participantes de grupos societários. Tendência justificável quando observada a situação de desamparo dos credores perante a insolvência da sociedade falida.

Muito embora a situação de inexecutabilidade da falida seja comum, no caso dos grupos societários tal quadro revela outra realidade, qual seja a de fraude contra os credores por meio da descapitalização da falida, utilizando-se da estrutura grupal.

Os credores, sobretudo os credores quirografários, estão sujeitos a fraudes decorrentes de manobras da sociedade controladora, que fazem a retirada do capital social da sociedade controladora de maneira a evitar a execução de todos os bens decorrente do processo falimentar.

Desta feita, diante o quadro de fraudes e abusos no processo falimentar, a aplicação da desconsideração para o caso específico da falência de sociedade controlada demonstra-se justificável. Este parece ser o entendimento esposado nas decisões proferidas pelo STJ.

Entre as decisões relativas à falência, observou-se que em apenas um dos casos a desconsideração não foi aplicada para estender os efeitos da falência às sociedades que são participantes de grupos de sociedade. Para tanto, os critérios estabelecidos nos acórdãos foram: a existência unidade de direção; a comprovação de fraude ou abuso das sociedades do grupo; a confusão patrimonial.

Cabe ressaltar primeiramente que a desconsideração no caso de falência foi utilizada para estabelecer a responsabilidade em grupos de fato, de maneira que, o elemento inicial para a aplicação foi relativo à existência do grupo societário, situação comprovada essencialmente pela unidade de direção retratada pela coincidência de sócios administradores ou mesma sede.

Após a comprovação da existência do grupo societário observou-se nos acórdãos a ocorrência de fraude ou abuso, comprovados em razão de evidências de “descapitalização”. Por fim, de maneira cumulativa foi observada a confusão patrimonial, que fundamenta tanto o aspecto constitutivo quanto a existência de comportamento fraudulento ou abusivo.

Esta tendência revela a sedimentação do posicionamento do Tribunal na aplicação da desconsideração como forma de garantir aos credores mais fracos uma proteção necessária e omitida pela letra da lei. Assim, é possível observar um posicionamento favorável à desconsideração no caso de falência da controlada, maioria dentro do tribunal conforme a estatística apresentada no capítulo.

Com efeito, a construção jurisprudencial revela a necessidade latente de proteção dos chamados “credores fracos”, excluídos da realidade societária dos grupos e que são responsabilizados de maneira desproporcional nas relações obrigacionais. São os credores economicamente mais frágeis que compõem o rol de credores quirografários das falências e que por esse motivo devem ser protegidos pelo sistema judiciário.

A Ministra Nancy Andrighi se destaca no julgamento de casos de falência da controlada e seu posicionamento parece ser o mais recepcionado pela jurisprudência do STJ, sendo citada na maioria dos julgados similares.

Entre as decisões proferidas pela Ministra Nancy sobressai o julgamento proferido no RMS nº 12.872/SP ⁷⁹, publicado no DJe de 16/12/2002, ementado da seguinte maneira:

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

– Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

- Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos.

⁷⁹ RMS 12.872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002, p. 306.

(RMS 12872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002, p. 306)

Na fundamentação do RMS nº 12.872/SP ⁸⁰ a Ministra Relatora faz a seguinte consideração:

Na hipótese *sub judice*, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da *falida* implicaria em possível fraude aos seus credores, como ensina Fábio Konder Comparato:

"A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral."

Mais uma vez apresenta-se a confusão patrimonial, já abordada no tópico 2.4.3, como pressuposto de fraude aos credores, argumento que deve ser relativizado de maneira a não estabelecer característica inerente à própria conformação dos grupos como elemento comprovador do comportamento fraudulento.

Para a devida caracterização do abuso ou da fraude, os julgadores devem fazer a distinção entre a subcapitalização, que é inerente ao grande fluxo de transferências de capital e resultado direto da administração financeira do grupo – é possível subcapitalizar uma sociedade como forma de direcionar o capital para outra em razão do interesse do grupo – e a descapitalização, usada pelos controladores para fraudar a execução. Tais institutos são semelhantes, e, no entanto, possuem conseqüências distintas para o grupo econômico.

Sobre o tema o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho em voto vista proferido no REsp nº 968.564/RS analisado anteriormente, assim manifestou-se:

14. O art. 50 do Código Civil, porém, não descreveu a hipótese de *subcapitalização da sociedade*, que ocorre quando os seus recursos não são suficientes para cobrir as suas operações normais e os seus acionistas não a socorrem ou aportam recursos adicionais, qual se alega neste processo, como sendo causa ou motivo da desconsideração da sua personalidade; não parece viável se ter a subcapitalização como fraude objetiva ou excesso objetivo de poder, pois não se encontra, no Direito Societário, norma alguma que obrigue os sócios ou acionistas da sociedade a fazerem aportes de recursos, *ainda que esta se encontre em situação financeiramente crítica ou de desequilíbrio*.

⁸⁰ RMS 12.872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002, p. 306.

15. Em casos assim (situação financeira crítica ou desequilibrada) poderia surgir a responsabilidade dos sócios ou acionistas se, ao invés de fazerem aportes emergenciais, optassem, por exemplo, por emprestarem dinheiro à sociedade, certamente mais agravando a sua crise financeira; ter-se-á, sem dúvida, um caso de responsabilidade emergente dos sócios ou acionistas, se restar provada a conduta qualificada como *descapitalização*, que se caracterizaria se esses mesmos sócios ou acionistas *retirassem valores societários líquidos, promovendo a sangria da sociedade, eis que em tal hipótese, estaria configurada a prática de desvio ou excesso de poder, vedada pelo art. 50 do Código Civil.*

Este é o entendimento que deve ser seguido para a aplicação da desconsideração, para que os elementos constitutivos dos grupos econômicos não sejam usados de modo taxativo. A ponderação entre o comportamento normal do grupo societário e aquele que deve ser considerado abuso é meio fundamental para evitar os excessos da aplicação da desconsideração e o silêncio da legislação, que colocou os credores em risco constante diante as negociações com sociedades componentes de grupos econômicos.

Ademais, o julgamento do RMS nº 12.872/SP ⁸¹ aborda outra questão relevante na aplicação da desconsideração aos grupos: o suposto cerceamento de defesa decorrente da ausência de citação das empresas executadas por extensão. Com efeito, os terceiros atingidos pela desconsideração e que não fizeram parte do processo, poderiam alegar cerceamento de defesa, vez que assumem risco por dívida alheia de ato que não foi exercido pela sociedade prejudicada.

Quanto ao tema o STJ tem entendido que não há qualquer violação, por quanto o interessado poderá interpor recursos perante juízo falimentar. O Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1.071.843/DF ⁸², o qual também aborda a ampliação da responsabilidade às outras empresas do mesmo grupo da falida, manifestou-se da seguinte forma:

De resto, a alegação de que houve vulneração do art. 472 do CPC - porquanto a coisa julgada, segundo entende a recorrente, não poderia atingir terceiros que não foram partes no processo de conhecimento - não prospera. O acolhimento do recurso, nesse particular, exigiria do exequente o ajuizamento de ação autônoma para desconstituir a personalidade jurídica da

⁸¹ RMS 12.872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002, p. 306.

⁸² BRASIL. STJ. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009.

recorrente, tese já afastada pela jurisprudência da Casa. **A par de divergências doutrinárias, esta Corte sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar.**

Também importa abordar o Recurso Especial nº 211.619/SP⁸³, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, publicado no DJe de 23/04/2001, que trata da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade participante de um grupo societário em caso de falência da sociedade.

Cuida-se de recurso interposto por PEMOBI Comercial Exportadora LTDA, empresa que teve atingido o capital para a quitação das obrigações dos credores da empresa falida, que fazia parte do grupo societário da recorrente.

O tribunal *a quo* acatou o pedido do Ministério Público de desconsiderar a personalidade jurídica da falida de maneira a estender as obrigações às outras empresas do grupo do qual faz parte. Observa-se que a decisão de primeiro grau, em atenta análise aos elementos fáticos apresentados, constatou a ocorrência de atividades fraudulentas por parte dos administradores do grupo econômico, conforme consta do voto:

No caso em exame, a decisão de primeiro grau explicitou longamente a promiscuidade de negócios entre as empresas, as práticas maliciosas, tendentes a fraudar credores. A exposição é minuciosa, constando especialmente de fls. 98 e seguintes, e a ela me reporto. Dela se verifica que, constituindo as empresas um só grupo econômico, com a mesma direção, os negócios eram conduzidos tendo em vista os interesses desse e não os de cada uma das diversas sociedades. A separação era apenas formal.

Observa-se no caso que os Ministros levaram em consideração a possibilidade fática do uso dos grupos societários como meio de eximir a empresa falida do pagamento das suas obrigações no caso de falência. As sociedades administradoras do grupo têm a real possibilidade de fraudar os credores da falência, em especial os credores quirografários, por meio da descapitalização da empresa falida e de resguarda-se atrás da separação das personalidades do grupo. Destaca-se o seguinte trecho do acórdão:

⁸³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSUAL CIVIL E DIREITO COMERCIAL – FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS EFEITOS – COMPROVAÇÃO DE FRAUDE – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – RECURSO ESPECIAL – DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA – NATUREZA JURÍDICA – NECESSIDADE DE IMEDIATO PROCESSAMENTO DO ESPECIAL – EXCEÇÃO À REGRA DO ART. 542, § 3º DO CPC - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. REsp 211.619/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2001, DJ 23/04/2001, p. 160

Tenho como certo que o contido nos artigos 4o e 5o da Lei de Introdução ao Código Civil não só autoriza como impõe a solução que se deu na espécie. A personalidade jurídica, com a conseqüente separação de patrimônios, não haverá de visar a cobertura de procedimentos tendentes a prejudicar terceiros. A isso se opõem os princípios gerais de direito e os fins sociais a que a lei se destina.

A propósito do tema, com rica exposição doutrinária, vale invocar significativo precedente, da egrégia Quarta Turma, de que relator o eminente Ministro Ruy Rosado (REsp nº 86.502), em que se admitiu ser "*possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores*".

Dessa maneira, a jurisprudência do tribunal revela alinhamento na ampliação da *diergard doctrine* como meio de evitar fraude aos externos aos grupos.

Cumpre abordar outro julgamento relativo à falência proferido pela primeira turma do STJ no REsp 767.021/RJ⁸⁴ relatado pelo ministro José Delgado que aplicou a desconsideração à sociedade pertencente a grupo societário em sede de liquidação de sentença.

O recorrente alegou a impossibilidade de desconsideração porquanto não restara comprovada a relação solidária entre as empresas, fundamentando seu recurso nos seguintes argumentos:

d) a recorrida formulou pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada, sem apresentar prova inequívoca de liame entre a recorrente e a executada, com o fito de estender a responsabilidade pela garantia de dívida, por vias transversas, à ora recorrente;

e) indevida se mostra a inclusão da recorrente no pólo passivo da execução, pois, do ponto de vista legal e doutrinário, é imperioso que os executados sejam solidários, que haja comunhão de interesses ou uma participação no fato gerador do tributo, para fundamentar a eventual extensão da obrigação tributária.⁸⁵

In casu, o ministro relator adotou como verdadeiros os fundamentos apresentados pelo acórdão recorrido, de maneira que fundamentou a decisão do STJ com a simples reprodução literal do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, também transcrito na ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE

⁸⁴ BRASIL. STJ. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE. REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 258

⁸⁵ REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, p. 3-4.

SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.

3. *“A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo).*

4. *“Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).*

5. Recurso não-provido.

(REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 258)

A decisão acima ementada demonstra clara inclinação do tribunal para a proteção dos credores em relação à consideração dos pressupostos de aplicabilidade da *disregard*. O que se observa é a flexibilização dos pressupostos para a adequação da tutela jurisdicional a cada caso concreto.

Desse modo, mesmo havendo óbice ao STJ à análise de matéria fático-probatória, há a consideração dos aspectos particulares do caso analisados pelo acórdão *a quo* para a reforma ou manutenção dos fundamentos esposados pelo tribunal de origem.

No mesmo sentido, podem ser citados ainda o REsp 228.357/SP⁸⁶ de relatoria do Ministro Castro Filho e o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 399.158/GO⁸⁷, em que foi aplicada a desconsideração nos mesmos moldes das decisões já proferidas pelo STJ.

Por fim, cabe analisar a Medida Cautelar nº 15.526/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Processo civil. Medida cautelar visando a obter antecipação de tutela em recurso especial ainda não sujeito a exame de admissibilidade. Direito civil e comercial. Extensão de falência a sociedade que supostamente integraria o grupo econômico da falida.

Incerteza acerca da existência de liame societário entre a empresa falida, e a empresa a quem a falência se estendeu. Deferimento da liminar, 'ad cautelam', determinando-se o esclarecimento, pela requerente, de sua cadeia societária, com a reapreciação da matéria em 15 dias.

- Ao permitir a extensão da falência mediante procedimento incidental, o STJ teve em mira as hipóteses em que há vínculo societário. Sem ele, não há como atingir, mediante a desconsideração, o patrimônio de terceiro alheio ao grupo econômico.

- A dúvida quanto ao grupo econômico a que pertence a requerente recomenda que, inicialmente, o seu direito seja acautelado. Contudo, esta medida não pode se estender indefinidamente. A indefinição que paira, sobre o tema, deve ser esclarecida.

- É necessário que a requerente não se limite a dizer quem não participa de seu capital social. Para eliminar os impasses quanto à questão, deve indicar quem dele efetivamente participa.

Medida liminar deferida provisoriamente, concedendo-se a requerente o prazo de 15 dias para esclarecer a cadeia societária que integra, com o retorno dos autos à conclusão para ratificação ou revogação da liminar concedida.

(MC 15.526/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 30/09/2009)

⁸⁶ BRASIL. STJ. FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – REQUERIMENTO – SÍNDICO – DESNECESSIDADE – AÇÃO AUTÔNOMA – PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. II – A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido. REsp 228.357/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 332

⁸⁷ BRASIL. STJ. Direito Comercial. Falência e desconsideração da personalidade jurídica. Pressupostos. Reexame de prova. I – O reexame de prova para se demonstrar que determinado negócio jurídico foi realizado fora do termo legal da falência não enseja recurso especial. II – Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 399.158/GO, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 28/10/2002, p. 310)

Cuida-se de medida cautelar proposta pela empresa que teve seus bens atingidos em decorrência da extensão da responsabilidade por meio da desconconsideração da personalidade jurídica de outra sociedade participante do mesmo grupo societário que a requerente.

Esta medida teria a finalidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela empresa de maneira a evitar prejuízos injustificados à sociedade requerente sem que esteja comprovada a existência do grupo societário.

Em relação ao argumento apresentado pela recorrente, a Ministra Nancy Andrighi aponta a necessidade de cautela na aplicação da desconconsideração, para que sejam evitados os abusos e os danos injustificados:

Maior reflexão, contudo, demanda a terceira linha de argumentos, no sentido de que a extensão incidental da quebra só pode ser determinada na hipótese em que esteja demonstrada a existência de grupo econômico.

Ao permitir a extensão da falência mediante procedimento incidental, o STJ teve em mira as hipóteses em que há vínculo societário. Sem ele, não há como atingir, mediante a desconconsideração, o patrimônio de terceiro alheio ao grupo econômico.

A gravidade da decisão que determina extensão dos efeitos da falência de uma empresa a outra é notória. Normalmente, a falência consubstancia medida irreversível. Assim, todas as cautelas devem ser tomadas para que tal decisão somente seja tomada de maneira segura.

Tal entendimento demonstra total coerência com a realidade societária brasileira. A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade nos grupos societários deve estar ligada a uma situação de fato que pressuponha a existência do grupo aliada aos pressupostos gerais de unidade de direção, abuso e fraude.

No entanto, tal entendimento esbarra na problemática inicial dos grupos societários, a dificuldade de caracterização do grupo, dificuldade analisada nos primeiros capítulos do trabalho.

No caso em questão, a relatora faz interessante consideração relativa à comprovação da existência do grupo, visto que a sociedade atingida pela desconconsideração tem o dever de comprovar não apenas a inexistência do vínculo com a sociedade insolvente, mas também quais são os elementos organizacionais e estruturais que a compõe.

É necessário que a SECURINVEST não se limite a dizer quem *não* participa de seu capital social. Por exemplo, é possível que as empresas ARNAGE e BROOKLANDS tenham, entre seus sócios, outras pessoas jurídicas e que,

indiretamente, seja possível identificar os dois grupos econômicos. Assim, em lugar de dizer quem *não são* seu sócios, a SECURINVEST, para eliminar os impasses quanto à questão, deve indicar *quem efetivamente participa de seu capital social*.

Dessa maneira, seriam evitadas as fraudes possíveis na constituição dos grupos, que podem estar fundados em elementos muito mais subjetivos que os considerados hoje pela doutrina e jurisprudência.

3.5. Considerações finais sobre o tema

Diante o exposto no presente capítulo, algumas considerações são possíveis de ser apresentadas em relação à realidade jurisprudencial construída pelo STJ no que tange o tema da desconsideração relativa aos grupos societários.

Observa-se dos acórdãos estudados uma tendência de proteção dos credores externos aos grupos por meio da extensão da responsabilidade da sociedade controlada ao grupo societário do qual faz parte. Tal posicionamento revela-se justificado em razão do quadro fático de fraudes de abusos instalado no sistema jurídico brasileiro.

As sociedades controladoras, resguardadas pela separação da personalidade nos grupos societários, vêm se utilizando do poder de controle e da unidade direcional existentes no sistema organizacional dos grupos societários para burlar os princípios do direito societário.

O Tribunal caracteriza os grupos em razão da sua conformação fática de unidade de direção, relativa não apenas ao conceito tradicional de unidade direcional, mas que também pode ser constada em razão de elementos que comprovem a coincidência de sócios, a utilização de uma mesma sede administrativa ou ainda evidências que comprovem o vínculo e a dependência entre as sociedades.

Outro elemento considerado pela jurisprudência é a confusão patrimonial, que possui dois aspectos distintos em relação ao grupo: um primeiro refere-se à sua consideração para a comprovação da existência do grupo, nesse caso, não parece haver qualquer impossibilidade, haja vista ser a confusão dos patrimônios uma característica inerente à constituição do grupo.

O entendimento não é o mesmo em relação à consideração da confusão patrimonial como meio de comprovação do abuso ou da fraude. Conforme já abordado no

tópico 2.4.3 do segundo capítulo, a mera confusão entre os patrimônios não revela qualquer abuso, pois é característica intrínseca aos grupos. No entanto, observam-se na jurisprudência do STJ muitos casos em que a confusão patrimonial foi usada nesse sentido.

De modo geral, o que autoriza a desconsideração no STJ é a comprovação fática da existência de abuso, fraude ou de desvio de finalidade. Tal constatação é, na maioria dos casos analisados, decorrente de manobras administrativas que descapitalizam as sociedades controladas com o claro objetivo de fraudar os credores.

Conclui-se dessa análise que hoje a jurisprudência tende para a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários como forma de estender a responsabilidade às empresas controladoras, desde que haja elementos probatórios suficientes que configurem, ainda no tribunal de origem, a fraude, o abuso ou o desvio. Logo, o STJ tende a manter os acórdãos que demonstrem a existência dos pressupostos para a desconsideração.

Conclusão

O presente trabalho buscou estabelecer em seus capítulos uma análise sobre os aspectos gerais dos grupos societários, a sua configuração e as consequências geradas no sistema jurídico decorrente desta constituição, que desencadearam a crise funcional do direito societário.

A análise dos aspectos fundamentais que envolvem o tema, feita no capítulo inicial do trabalho, revela a lacuna relativa à responsabilização dos credores externos ao grupo societário. O silêncio do legislador em relação à extensão da responsabilidade das sociedades participantes à controladora do grupo tem por consequência direta a instabilidade do sistema, já que este não suporta as complexidades e os problemas trazidos pela separação das pessoas jurídicas formadoras dos grupos societários.

A manutenção da personalidade jurídica das sociedades participantes dos grupos societários traz consigo um antagonismo inerente à sua própria formação, cuja origem subsiste na incompatibilidade da autonomia com a dependência econômica das sociedades, que compromete o capital social de todas as empresas envolvidas.

Mais uma vez cabe salientar o alto nível de transferência de capital existente entre as sociedades do grupo - seja para a adequação das atividades sociais ao interesse grupal, ou para o aumento de capital da sociedade majoritária - que tem por consequência a confusão entre os patrimônios das diversas sociedades do grupo.

De certa maneira, o que se instala no sistema é a possibilidade de fraudes e abusos decorrentes dessa fluidez entre os capitais das sociedades, praticamente impossível de ser controlado externamente. A confusão de capital pode possibilitar a manipulação do instituto dos grupos societários para fins contrários aos princípios do direito societário, tal como sua descapitalização diante a execução de uma delas.⁸⁸

A inexistência de uma legislação clara e objetiva, que regule os grupos societários de maneira específica e compatível com a realidade societária contemporânea, fez com que a jurisprudência fizesse no processo de prestação jurisdicional a tutela dos que são prejudicados pela lacuna jurídica deixada pelo sistema.

Para tanto, fez-se o uso da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, de maneira a superar a barreira da personalidade jurídica autônoma da sociedade componente de

⁸⁸ Os grupos surgem assim como uma espécie de mecanismo “*self-service*” de externalização da responsabilidade da empresa para a comunidade em geral. (ANTUNES, José Engrácia, 2002, p. 142)

um grupo para atingir aqueles que se escondiam atrás dela, tema central do segundo capítulo do presente trabalho.

Destarte, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser vista dentro da ótica dos grupos societários como meio de adequação do sistema ainda repleto de lacunas. Seria um remédio jurisprudencial à crise estabelecida pelos grupos no direito societário, porquanto tem efeito sanatório aos casos concretos que se apresentam ao sistema judiciário.⁸⁹

A análise da jurisprudência construída no Superior Tribunal de justiça revela exatamente esse critério de adequação das disparidades do modelo de grupos à realidade societária brasileira. Na tutela dos casos concretos apresentados ao tribunal são estabelecidos os pressupostos fundamentais da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários.

No tribunal é possível observar uma tentativa real de adequação do fenômeno dos grupos à realidade societária brasileira, de maneira a considerar caso a caso a real estrutura decorrente da formação do grupo societário, avaliando os limites concretos da responsabilização de outras sociedades do grupo por obrigações de uma de suas sociedades participantes.

Não se pode estender a desconsideração de maneira generalizada, uma vez que o estabelecimento da responsabilidade solidária colocaria em risco a própria existência do grupo, pois aumentaria os riscos e responsabilidades das sociedades em grupos, exemplo que ocorre no grupos em que a unidade de direção não ocorre em grau alto suficiente para o real controle das atividades das sociedades do grupo.

É no caso concreto que se estabelece o grau de unidade entre as sociedades e, por conseqüência, se avalia a extensão da responsabilidade da sociedade controladora sobre a insolvência da controlada. Da mesma maneira, com a análise casuística evita-se a responsabilização nos casos em que não há abuso ou qualquer fraude por parte da controladora.

A desconsideração é remédio paliativo para a crise crônica do sistema, gerada não pela existência dos grupos, mas sim pela inexistência de regulamentação da responsabilidade daqueles que estabelecem esse tipo de formação societária. Nesse sentido destaca-se o posicionamento de Eduardo Secchi Munhoz (2002, p. 175):

⁸⁹ Note-se que a *disregard doctrine*, desde sua origem até os dias atuais, é considerada o remédio para uma situação patológica (crise da pessoa jurídica), representando uma tentativa de restabelecer os objetivos e os princípios traçados pelo ordenamento jurídico em relação a esse instituto fundamental da dogmática jurídica. Ora, se o objetivo da teoria é revigorar os princípios estabelecidos pelo ordenamento, em casos concreto de abuso, parece evidente que constitui pressuposto necessário de sua aplicação a legitimidade, a efetividade, desses princípios e objetivos

Afinal, se a doença não se localiza em cada caso concreto, mas no próprio ordenamento jurídico, o que existe não é a aplicação de uma teoria de origem jurisprudencial, de natureza casuística, mas sim a criação de uma nova disciplina jurídica, que seja apta a estabelecer princípios e objetivos consentâneos com as exigências da sociedade.

Não se pode estabelecer no sistema jurídico uma prática de desconconsideração para os grupos como solução da crise. Tal opção geraria não apenas insegurança jurídica, mas também imprecisão na aplicação da desconconsideração, uma vez que cada caso concreto ficaria sob livre avaliação do julgador, o que gerando riscos e disparidades entre os julgamentos, fundamentados em distintas motivações.

O que se vê é que na aplicação extensiva da desconconsideração podem ser gerados distintos graus de responsabilização. Os acórdãos do STJ demonstram bem tal desigualdade, pois em todos os acórdãos analisados, não obstante haver uma linha teórica mais ou menos definida, qual seja a consideração fática da unidade de direção, do desvio de função e da confusão patrimonial, ainda é possível observar diferentes métodos e abordagens na aplicação da desconconsideração aos casos concretos.

Conclui-se disso que a desconconsideração é meio de adequação possível no caso dos grupos societários. Todavia, a maneira mais satisfatória de correção da falha sistêmica do direito societário só seria sanada com a elaboração de uma legislação própria dos grupos que considerasse a realidade societária brasileira, marcada muito mais pelos grupos de fato e não por aqueles de regulação legal existente.

Com a adoção de um modelo de responsabilização das sociedades controladoras dos grupos, que detêm a administração e coordenação dos objetivos gerais do grupo, é possível estabelecer não apenas os limites da responsabilidade, mas evitar que os sujeitos externos aos grupos sejam responsabilizados indevidamente.

Referência Bibliográfica

ANTUNES, José A. Engrácia. **Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships**, Kluwer, Deventer, 1993.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

AZEVEDO, Antonio Ivanir de. **O direito das minorias nos grupos de sociedades**. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 15, n. 55, p. 142-153, jan./mar. 1991.

COMPARATO. Fabio Konder, Calixto Salomão Filho. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

GONÇALVES, Reinaldo, “**Grupos econômicos: uma análise conceitual e teórica**”. In: *Revista Teoria e Debate nº41 – “Capital financeiro e poder econômico”*, Fundação Perseu Abramo, 2006. Disponível em <http://www.nesfi.ufsc.br/site2010/uploads/arquivos/1151512037_cap_fin.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades**. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 43, n. 134, p. 25-47, abr./jun. 2004.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PRADO, Viviane Muller, Maria Clara Troncoso. **Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ**. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 11, n. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008.

PRADO, Viviane Muller. Pessoa Jurídica Dependente. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). **Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. Curitiba: OAB, Seção Paraná, 2005.

PRADO, Viviane Muller, **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

Documentos jurídicos

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009)

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ("disregard doctrine"). HIPÓTESES REsp 744.107/SP, Rel.

Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20.05.2008. DJe de 12.08.2008.

BRASIL. STJ. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. CIRCUNSTANCIAS FATICAS DIVERSAS. DOCTRINA DO "DISREGARD OF LEGAL ENTITY". DIVERGENCIA INEXISTENTE. 1. ESTANDO OS ARESTOS CONFRONTADOS ASSENTADOS, SOBRETUDO, NAS CIRCUNSTANCIAS FATICAS PROPRIAS DE CADA CASO, NÃO HA FALAR EM DISSIDIO JURISPRUDENCIAL, SENDO INCABIVEIS OS EMBARGOS DE DIVERGENCIA. 2. HIPOTHESE EM QUE O ACORDÃO EMBARGADO ADMITIU A APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO "DISREGARD OF LEGAL ENTITY", PARA IMPEDIR A FRAUDE CONTRA CREDORES, CONSIDERANDO VALIDA PENHORA SOBRE BEM PERTENCENTE A EMBARGANTE, NOS AUTOS DE EXECUÇÃO PROPOSTA CONTRA OUTRA SOCIEDADE DO MESMO GRUPO ECONOMICO. NO PARADIGMA, ENTRETANTO, AFASTOU-SE A DOCTRINA REFERIDA PARA QUE O SOCIO AVALISTA NÃO SEJA RESPONSABILIZADO POR LITIGANCIA DE MA-FE, RELACIONADA AO COMPORTAMENTO PROCESSUAL DA SOCIEDADE AVALIZADA. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AgRg nos EREsp 86.502/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SECAO, julgado em 14/05/1997, DJ 30/06/1997)

BRASIL. STJ. DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. (REsp 968564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DE EXECUÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. C.T.N., ART. 185. APLICAÇÃO. REsp 28.168/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/1995, DJ 07/08/1995

BRASIL. STJ. Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. RMS 12.872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSUAL CIVIL E DIREITO COMERCIAL – FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS EFEITOS – COMPROVAÇÃO DE FRAUDE – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – RECURSO ESPECIAL – DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA – NATUREZA JURÍDICA – NECESSIDADE DE IMEDIATO PROCESSAMENTO DO ESPECIAL – EXCEÇÃO À REGRA DO ART. 542, § 3º DO CPC - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. REsp 211.619/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2001, DJ 23/04/2001.

BRASIL. STJ. FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – REQUERIMENTO – SÍNDICO – DESNECESSIDADE – AÇÃO AUTÔNOMA – PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. II – A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação

societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido. REsp 228.357/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 332

BRASIL. STJ. Direito Comercial. Falência e desconsideração da personalidade jurídica. Pressupostos. Reexame de prova. I – O reexame de prova para se demonstrar que determinado negócio jurídico foi realizado fora do termo legal da falência não enseja recurso especial. II – Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 399.158/GO, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 28/10/2002, p. 310)

BRASIL. STJ. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE. REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005.

BRASIL. STJ. Processo civil. Medida cautelar visando a obter antecipação de tutela em recurso especial ainda não sujeito a exame de admissibilidade. Direito civil e comercial. Extensão de falência a sociedade que supostamente integraria o grupo econômico da falida. (MC 15.526/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 30/09/2009)

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 7. Reexame de Prova - Recurso Especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. 28/06/1990 - DJ 03.07.1990

BRASIL. LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Publicada no DOU de 17-12-1976. <<http://www.planalto.gov.br>> . Acessado em 23.06.2011.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE setembro DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12-9-1990, edição extra, e retificada no DOU de 10-1-2007. <<http://www.planalto.gov.br>> . Acessado em 23.06.2011.

BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. DECRETO-LEI NO 5.452, DE 10 DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicado no DOU de 9-8-1943. <<http://www.planalto.gov.br>> . Acessado em 23.06.2011.