

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Da teoria objetiva da
desconsideração da
personalidade jurídica e os
grupos de sociedades sob a
ótica das relações de consumo**

**The objective theory of
the disregard doctrine on
corporated groups applied to
consumer's relations**

Daniel Amin Ferraz

Marcus Vinicius Silveira de Sá

Sumário

INOVAÇÃO INSTITUCIONAL E RESISTÊNCIA CORPORATIVA: O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	14
Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE EM MEIO À TENSÃO ENTRE O DEVER DE PRESTAR CONTAS E A GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	30
Marcelo Roseno de Oliveira	
THE END OF THE WORLD AS THEY KNEW IT: SHOULD FORMER JUDGES BE DENIED ADMISSION TO THE BAR AFTER THE TRANSITION TO DEMOCRACY?	42
Stefan Kirchner	
CONDICIONANTES E DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	52
João Pedro Schmidt	
GESTÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: TEORIA DO ESTADO E TECNOLOGIAS DE GOVERNANÇA DIFUSA PARA CONTROLE SOCIAL	74
Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover	
A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PESSOAS JURÍDICAS. A EMPRESA COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO EMPRESARIAL CONSTITUCIONAL	100
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello	
DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	121
Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá	
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: SEMELHANÇAS E INCOMPATIBILIDADES	141
Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite	

A CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DA COMPANHIA DOS TECIDOS DE JUTA (1914). NOTAS SOBRE SEUS REFLEXOS NORMATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	157
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz	
CONDITIONAL CASH TRANSFERS (CCT) IN LATIN AMERICA: ANALYZING THEIR POTENTIALS AND CHALLENGES SPECIAL REFERENCE TO THE ARGENTINE REPUBLIC	178
Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiapello e Florencia Cabrera	
A CONTRADIÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE E A COMPLEXIDADE DOS FATOS REAIS NO CASO DAS DROGAS PARA DOENÇAS NEGLIGENCIADAS	194
Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Alan Rossi Silva	
A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	210
Francisco Antonio Morilhe Leonardo	
TRANSEXUALIDADE E O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DE POST, SIEGEL E FRASER	223
Maria Eugenia Bunchaft	
CHINA’S NEW CONCEPT OF DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS.....	245
Di Zhou	
CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO	260
Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki	
SOLAR PANELS IN BRAZIL: A FEASIBLE PUBLIC POLICY.....	279
Henrique Pissaia de Souza	
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO ESTADO DO AMAPÁ: COMO DESENVOLVER UM ESTADO CUJO TERRITÓRIO ESTÁ 70% PROTEGIDO POR LEIS?	290
Linara Oeiras Assunção	
A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS GUARANI E KAIOWÁ NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL	310
Isabelle Dias Carneiro Santos	

**ESTADO E RELIGIÃO. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CRISTIANISMO: INVENTÁRIO DE
POSSIBILIDADES ESPECULATIVAS, HISTÓRICAS E INSTRUMENTAIS330**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

O RIO E A CIDADE: O DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE O PLANO HÍDRICO E O PLANO DIRETOR360

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo*

The objective theory of the disregard doctrine on corporated groups applied to consumer's relations

Daniel Amin Ferraz**

Marcus Vinicius Silveira de Sá***

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possível adoção da Teoria Clássica Objetiva da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no microsistema de proteção ao consumidor, representado, em grande parte, pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Relação de consumo. Sociedades comerciais. Direito Empresarial. Grupos de sociedade. Teoria objetiva de desconsideração. Limitação de responsabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the possible incorporation of the classic objective theory of disregard of legal entity in Brazil's legal system, especially by the microsystem of consumer's protection, represented, mostly, by the Consumer's Protection Code (Law nº 8.078).

Key-words: Disregard of legal entity. Consumer's relations. Corporations. Corporate law. Group of societies. Objective theory of personality disregard. Limited liability.

* Recebido em 24/11/2016
Aprovado em 26/11/2016

** Mestre em Direito Empresarial, Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Empresarial Internacional, Universidad de València, Espanha; Pesquisador Convidado da OMC, Genebra (2004), Suíça; Professor do Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do UniCEUB, Brasília, DF; Advogado Titular de Amin, Ferraz, Coelho Advogados.

*** Mestrando em Direito das Relações Internacionais, UniCEUB, Brasília, DF; advogado em Amin, Ferraz, Coelho Advogados.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, inegável o fato de as sociedades comerciais¹ terem conquistado importância ímpar no cenário econômico mundial. Ao longo da história, questões de ordem econômica e prática propulsionam a combinação de esforços e/ou recursos para o exercício de atividades econômicas, de modo que “*as sociedades representam (...) uma das mais importantes instituições jurídicas para o exercício das atividades econômicas, especialmente no mercado global*”².

Não obstante a existência de enormes disparidades entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais atualmente existentes, diz-se que as sociedades seriam “*um elemento unitário básico no mundo moderno*”³, em razão da constatação prática de que a ideia geral de sociedade⁴ está presente nos mais diversos ordenamentos. Dessa realidade, nem mesmo o Direito Islâmico⁵ ou o Direito Asiático, tidos como os mais dispares e culturalmente distantes com relação aos demais, escapam.

Corroborando a afirmação acima o fato de, analisando os diversos ordenamentos, ser possível apontar a existência de uma “*configuração padrão*” das sociedades comerciais, que combinam, no mínimo, cinco elementos/características⁶. Alguns chegam a afirmar, inclusive, que a existência de um incontável número de sociedades comerciais deriva justamente da existência de ao menos um tipo societário que atenda a essas características, em especial a da personalidade jurídica⁷ e a limitação de responsabilidade⁸.

Com a conjugação da personalidade jurídica com a limitação de responsabilidade, é possível reduzir os riscos da atividade econômica explorada e os custos de acesso ao capital, os custos de agência e os custos

1 Cumpra referir que a atividade comercial, sempre, passou por um processo de evolução, e que gerou adaptabilidade do direito às necessidades do mercado. Assim, na origem a atividade mercantil, sempre se organizou por intermédio da atuação do empresário individual, correspondendo a esta atividade o direito do comerciante individual. Com o incremento das relações mercantis no mercado, a atividade passou a ser desenvolvida pelos empresários coletivos, ou seja, pelas sociedades empresárias. Nessa fase surge o direito societário. Finalmente, as sociedades empresárias se organizam, cada dia com maior frequência, em grupos econômicos, passando o direito a regular a atuação desses potentes empresários. Nesse sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, in: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito Empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Editora, CRV, Curitiba, 2012, p. 9 e ss.

2 GOLDMAN, Berthold. *Fronteiras do direito e lex mercatoria apud TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118

3 Nesse sentido: MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005; e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

4 A ideia geral poderia ser definida como uma “*estrutura social composta pela reunião de indivíduos voltada para a satisfação de necessidades econômicas e desejos de determinada comunidade/do mercado*”. Nesse sentido, veja-se: TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

5 Para uma análise mais aprofundada do tema, veja-se: MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em 22 maio 2016.

6 São eles: (i) personalidade jurídica; (ii) responsabilidade limitada; (iii) participações societárias transferíveis; (iv) possibilidade de administração profissional (*delegated management with a board structure*); e (v) propriedade por investidores. Nesse sentido, veja-se: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004; e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. Importa referir, ainda, que duas são as “*famílias*” de sociedades: sociedades de pessoas e sociedades de capitais. Assim, as características aqui elencadas estarão presentes nas sociedades de capitais. Nesse sentido, veja-se: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 179 e ss.

7 O raciocínio aqui resulta do fato de a personificação das sociedades servir, *inter alia*, para a criação de centros autônomos de direitos e obrigações, pois para o Direito, a pessoa é, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. Desse modo, a personificação das sociedades torna-lhe um centro de imputação de direitos e obrigações. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.73.

8 Tendo em vista que a personificação, por si só, não exime os sócios de responderem pessoalmente por atos praticados pela sociedade empresária razão pela qual, na prática empresarial, a personificação das sociedades costuma vir acompanhada da limitação de responsabilidade.

de monitoramento de outros sócios⁹. Assim, um maior número de indivíduos passou a reunir-se em sociedades, visando explorar atividades econômicas no Mercado, ocorrendo, destarte, a difusão das sociedades empresárias ao redor do globo.

Atualmente, entretanto, o modelo de organização dos fatores de produção consubstanciado na típica figura da empresa isolada que compete no mercado de forma atomística não se mostra mais adequada, tendo em vista a crescente complexidade do mercado e suas intensas mudanças¹⁰. Nesse contexto, os grupos de sociedades mostram-se como resposta aos inúmeros desafios de um mercado global complexo e de crescente interdependência.

Os grupos de sociedade apresentam inegável importância prático-econômica no âmbito global. A título meramente ilustrativo convém apontar que, nos EUA, ao final da década de 1990, cem dos maiores grupos industriais empregavam mais de um quarto do total dos trabalhadores ativos e realizavam 43% do volume global dos negócios¹¹. Do mesmo modo, na Alemanha, tem-se que 92% das sociedades anônimas constituídas se encontram, de alguma forma, integrada a grupos de sociedades¹². Na França, os maiores grupos realizam cerca de 50% do volume de negócios e respondem por 60% dos investimentos. Já na Inglaterra, destaca-se que, apenas, o grupo Unilever é responsável por controlar mais de 1100 filiais¹³.

Tais dados, apenas, ressaltam o fato de no plano dos fatos, encontrar-se nas empresas transnacionais “*uma expressão particularmente indicativa do protagonismo da técnica do grupo societário*”¹⁴.

Não obstante, importante ressaltar que os elementos da personificação e da limitação de responsabilidade, fatores-chaves na propagação das empresas e grupos societários, não podem ser absolutizados, pois, na prática, diversos abusos podem decorrer da utilização indevida daqueles. Assim, viu-se por necessário impor limites à atuação por meio da personalidade coletiva¹⁵, com objetivo de fazer frente ao que ficou conhecido como “crise da limitação de responsabilidade”¹⁶, surgindo, daí, as teorias da desconsideração da personalidade jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar com mais seriedade a desconsideração da personalidade jurídica com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dedicou a Seção V de seu Capítulo IV ao instituto.

Grande parte da doutrina e jurisprudência nacional, em razão do desenvolvimento das chamadas “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração, fruto da criatividade doutrinária e jurisprudencial brasileira, deixa de analisar as disposições legais pertinentes ao tema com base nas teorias clássicas explicativas. Nesta linha de pensamento, costumam afirmar que parte das disposições previstas no art. 28 do CDC estariam

9 TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

10 Nesse sentido: ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, em: Revista DireitoGV2, v1, nº2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

11 BLAIR, Roger; LANZELLOTTI, Robert. *The conglomerate corporation: an antitrust law and economics symposium*. Cambridge: Guns & Hain, 1998. p. 170; BLUMBERG, Philippe. *The law of corporate group: problems so parent and subsidiary corporations under statutory law of general application*. Boston: Little, 1989. p. 32 et seq.; HERMAN, Edward. *Corporate control, corporate power*. Cambridge: Cambridge UP, 1981. p. 3 et seq.

12 BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986. p. 8 et seq.

13 Para maiores informações, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

14 FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

15 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

16 Nesse sentido: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016; e CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 102.

eivados de vício de pertinência¹⁷, por disporem acerca da responsabilidade dos grupos de sociedade e não da desconsideração da personalidade jurídica.

Diante disto, pretende-se deixar de lado a doutrina nacional e analisar a incorporação, ou não, da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento jurídico nacional quando diante de uma relação consumerista e verificar, ao mesmo tempo, se o vício de pertinência se sustenta, ou não.

2. OS GRUPOS DE SOCIEDADE

2.1. Aproximação da matéria

O desenvolvimento do mundo moderno, pós-globalizado, induz, cada vez mais, à realização de empreendimentos comuns, tendo em vista que a transnacionalização de empresas “*estimula em certa medida a concorrência (com a atuação internacional dos grupos) e exige formas associativas novas para a conquista ou a manutenção de determinadas áreas de domínio*”¹⁸.

Buscando, *inter alia*, superar os desafios de um mercado global, a formação de grupos de sociedades tornou-se o instrumento, por excelência, de organização de empresas transnacionais¹⁹ e instrumento central da nova estratégia de expansão empresarial²⁰.

Esse poder de adaptação das empresas ao cenário econômico em que se encontram sempre esteve presente na história da evolução das formas jurídicas de organização dos fatores de produção²¹. Afinal, as empresas surgiram do mercado e para o mercado.

Em outras palavras, a depender das circunstâncias e características do ambiente econômico, as formas jurídicas da empresa se adaptavam, e com ela evoluíam os sistemas de imputação dos custos e riscos gerados pela atividade empresarial.

17 Nesse sentido, veja-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

18 FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades*: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *In*: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, vol. 12, nº 2, 2014, págs.495-509.

19 FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades*: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *In*: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, vol. 12, nº 2, 2014, págs.495-509.

20 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade*: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

21 De uma perspectiva história, é possível identificar três principais “momentos” de evolução do Direito Societário, que coincidem com o surgimento da *empresa individual*, da *empresa social* e da *empresa grupo*. O primeiro foi caracterizado por uma economia predominantemente rural, artesanal e mercantil, onde o mundo econômico era essencialmente formado por pequenas unidades econômicas, de natureza agrária ou artesanal. Nesse contexto, o empresário individual representava o quadro jurídico de organização da atividade econômico-empresarial mais difundido. Era, em suma, verdadeira figura-chave do modelo. Com a Revolução Industrial, a partir do final do séc. XVIII e início do séc. XIX, o cenário econômico mundial sofreu radical transformação. Com a superação da economia tipicamente artesanal e mercantil para uma economia assente na produção e manufatura em massa, o “modelo econômico atomístico-concorrencial”, consubstanciado em um grande número de empresas individuais teve de dar espaço, de forma progressiva, a um mundo potencialmente “concentracionista”, no qual diversos setores do mercado foram pouco a pouco sendo dominados por um número cada vez mais reduzido de grandes empresas. Nesse mercado, o principal agente deixou de ser o empresário individual e, paulatinamente, passou a ser o empresário coletivo, através da formação de sociedades comerciais dotadas de personalidade jurídica. Posteriormente, com o advento da globalização, verificou-se mais um marco evolutivo. As características distintivas desse novo sistema econômico que se destacam são as seguintes: (i) a internacionalização e interdependência dos mercados nacionais; (ii) universalização do modelo de mercado livre; (iii) revolução tecnológica e das comunicações; (iv) aumento exponencial do volume das transações comerciais e financeiras; e (v) progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional, tornando progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria a dar lugar à formação de *grupos de sociedades*. No mesmo sentido do todo acima exposto, veja-se: ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*: o moderno paradoxo regulatório, em: Revista DireitoGV2, v1, nº2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

Estudos recentes apontam que, atualmente, as empresas costumam ser controladas através de redes hierárquicas de controle que envolvem uma multiplicidade de entidades juridicamente distintas²². Segundo o *World Investment Report* de 2016, elaborado e publicado pela *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), “*more than 40 per cent of foreign affiliates are owned through complex vertical chains with multiple cross-border links involving on average three jurisdictions*”²³.

Verifica-se, pois, que o grupo de sociedades vem assumindo o protótipo da empresa moderna, caracterizado como a técnica econômica mais importante e significativa do fenômeno da concentração empresarial. Isso resulta das vantagens econômicas²⁴, jurídicas²⁵ e financeiras²⁶ inerentes a esta estratégia de organização societária.

Não obstante a importância e difusão dos “grupos de sociedade”, percebe-se na prática jurídica a dificuldade de se proceder a localização da tipologia destes. Isso decorre, *inter alia*, do fato de, geralmente, os legisladores não definirem suas formas jurídico-positivas, nem seus elementos essenciais, caracterizadores da *facti-specie* normativa de tal figura jurídica²⁷.

Ademais, em matéria de constituição de grupos, e não sendo os mesmos, geralmente, objeto de qualquer disciplina jurídica imperativa, todas as formas são, *a priori*, possíveis. Assim, tem-se que não são as categorias legais que conduzem a criação de distintos tipos de grupos, mas sim a imaginação do empresário e a situação econômica experimentada, de modo que poderia afirmar-se que, atualmente, existem tantos tipos de grupos de sociedades como os próprios grupos²⁸.

Convém, portanto, apresentar uma tipologia, ainda que para facilitar uma maior compreensão da temática. Destaca-se, porém, seu caráter seletivo, dada a multiplicidade de fato dos grupos societários.

22 Nesse sentido: UNCTAD, *World Investment Report*, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>>. Acesso em 22 jun 2016.

23 UNCTAD, *World Investment Report*, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>>. Acesso em 22/06/2016.

24 Partindo-se da premissa de que empresa não pode crescer indefinidamente sem que venha a sofrer graves “deseconomias” de dimensão, baseadas em uma progressiva redução da respectiva eficácia econômica e de um agravamento de sua rigidez organizativa, a estrutura dos grupos de sociedade permite evitar, de certo modo, os riscos derivados da concentração, sem que ocorra, contudo, a renúncia de seus benefícios. Permite-se, assim, a realização de uma descentralização na concentração. Nesse sentido, veja-se PENROASE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Blackwell, 1980; CARREIRA, Medina. *Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-econômicos e jurídicos*. Lisboa: IESF, 1992; JACQUEMIN, Alexis. *Le group de société: décentralisation dans la concentration*. In: LES GROUPEs de sociétés. Haya: Martinus Nijhoff, 1972. p. 27 et seq; FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

25 Várias são as vantagens jurídicas da formação de grupo de sociedades. A título exemplificativo, aponta-se as vantagens jurídico-econômicas decorrentes do fato de manterem-se intactas as diferentes personalidades jurídicas das sociedades do grupo, bem como da manutenção da responsabilidade limitada aos seus respectivos passivos, o que resulta na divisão controlada dos riscos da atividade. Por outro lado, há, também, inúmeras vantagens jurídico-fiscais, jurídico-laborais e jurídico-concorrenciais. Para um aprofundamento no tema, veja-se: ANTUNES, J. A. Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control at parent-subsidiary relationships*. Kluwer: Deventer, 1993; e FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

26 A técnica da formação de grupos traz consigo inegáveis benefícios financeiros, pois, ao contrário do que ocorre com a fusão e as transferências de ativos, que naturalmente implicam a mobilização de um grande volume de ativos financeiros, os grupos de sociedade permitem assegurar o controle de uma enorme massa de capitais, bem como a direção econômica de numerosas empresas societárias individuais, com um investimento inicial de capital reduzido. Para um debate mais profundo do tema, veja-se: CHEVALIER, Alain; VIGNERON, Philippe. *La gestion financière des groupes*. Paris: Dunod; Bordas, 1984.

27 De resto, no contexto da única legislação onde o conceito de grupo foi objeto de uma definição legal (é o caso do Direito alemão – § 18 AktG), a doutrina reconhece a extrema complexidade da *facti-species* legal, apoiada que está em uma sequência de presunções legais e em conceitos vagos, procedentes do mundo econômico-empresarial (máxime a direção econômica unitária), suscetível de comprometer a própria possibilidade de uma definição jurídica uniforme para a figura. Sintomático das dificuldades levantadas é o fracasso de uma versão inicial do Projeto de 9ª Diretiva Comunitária sobre os Grupos de Sociedades (versão de 1974/1975), que fazia assentar a disciplina jurídica dos grupos em uma definição geral dos mesmos. Na nova e mais recente versão, 1984, idêntica noção já não aparece.

28 CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962, p. 210.

2.2. TIPOLOGIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADE

2.2.1. Grupos de direito e grupos de fato

A primeira classificação apresentada diz respeito à divisão dos grupos de sociedades em grupos de direito e grupos de fato. O critério subjacente a essa classificação é o da existência, ou não: (i) de um instrumento jurídico de constituição do grupo; e (ii) de um regime jurídico específico aplicável a este.

Dessa forma, com base nessa classificação, diz-se *grupo de direito* aquele cuja criação resulta da utilização de um instrumento jurídico legalmente previsto para esse fim²⁹, e cuja organização e funcionamento associa-se a um regime jurídico especial, derogador dos cânones do direito das sociedades mercantis³⁰□³².

De modo inverso, define-se, negativamente, um *grupo de fato*, ou seja, será classificado como tal aquele em que o poder de direção e controle existente é detido pela sociedade mãe com base em um instrumento jurídico não especial³³, e sob qual a lei não associa um ordenamento jurídico especial. Nesses grupos, o poder de direção comum decorrerá de um poder de fato, sujeito aos cânones gerais do direito das sociedades³⁴.

Tal distinção tipológica dos grupos apresenta-se relevante no contexto de ordenamentos jurídicos em que o legislador pátrio disponibiliza certos mecanismos jurídico-institucionais destinados à constituição e regulação dos grupos societários, aos quais associa um regime jurídico próprio e distinto do regime societário geral³⁵. Dentre os instrumentos jurídicos existentes, destacam-se os contratos de subordinação³⁶, aos quais se costuma atribuir natureza jurídica de contrato de organização³⁷.

Em suma, apenas os grupos constituídos com base em instrumentos específicos poderiam ser caracterizados como *grupo de direito*. As demais situações de agrupamento societário, originados em fonte diversa (máxime as participações societárias), não determinam a aplicação do regime especial de grupos, recaindo, destarte, na disciplina geral dos princípios jurídico-societários. Assim, se o poder de direção da sociedade

29 No Direito português, são três esses instrumentos: o domínio total (arts. 488 e 489); o contrato de grupo paritário (art. 492) e; o contrato de subordinação (art. 493), todos do Código de Sociedades Comerciais Português, Decreto-Lei nº 262/86, de 02 de setembro. Importa referir que, o Direito português, junto com o Direito alemão e o Direito brasileiro são dos poucos que tem regulação específica sobre os grupos de sociedades.

30 Regime esse traduzido, por um lado, na legitimação do poder de direção que tem a sociedade mãe sobre as sociedades filhas, assim como pela subordinação dos interesses sociais individuais (das sociedades do grupo) aos interesses gerais do próprio grupo. Por outro lado, o estabelecimento de contrapartidas especiais de proteção para as sociedades componentes do grupo, seus sócios minoritários, e seus credores sociais.

31

32 O Direito Brasileiro regulamenta os Grupos de Sociedades na Lei de Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, do art. 265 ao art. 277. Ademais, regula as sociedades coligadas, as sociedades controladoras e as sociedades controladas, art. 243 ao art. 264 da mesma lei.

33 Máxime, as participações majoritárias; acordos extra-sociais; contratos *interempresariais*; uniões pessoais; relações econômicas de dependência.

34 Esta distinção corresponde à tipologia adotada pelo Direito Alemão. A lei alemã promove a distinção entre os grupos contratuais (*vertragskonzerne*), e os grupos de fato (*faktische konzerne*), assim como a existência ou não de um instrumento jurídico-positivo de constituição do grupo e de sua direção unitária (o chamado *beherrschungsvertrag*, do § 291 do AktG). Nesse sentido, veja-se: BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986, p. 8 e ss. Tendo como base a mesma classificação, para o Direito Brasileiro, veja-se: COMPARATO, Fabio Konder: *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, en: RS (1978), p. 845 e ss.

35 É o caso da lei alemã, da lei brasileira e da lei portuguesa.

36 Equivalente ao *beherrschungsvertrag* da lei alemã; a *convenção de grupo* da lei brasileira e; o *contrato de subordinação* da lei portuguesa. Ademais do contrato de subordinação, tais sistemas jurídicos fazem previsão de dois outros instrumentos jurídicos: (i) o *domínio total*, previsto nos arts. 488 e ss. do CSC; §§ 319-327 AktG (*Eingliederung*); arts. 251 e ss. da Lei Brasileira de Sociedades Anônimas (*Subsidiária Integral*); e (ii) o *contrato de grupo paritário*, previsto no art. 492 do CSC; § 18, II AktG (*Gleichordnungskonzern*); e dos arts. 56 e 57 do Projeto de 9ª Diretiva Comunitária da UE.

37 VENTURA, Raúl: *Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*, em: 41 *ROA* (1981), Lisboa, 1981, p. 57 e ss.; ANTUNES, J.: *Op. Cit.*, p. 341 e ss.

mãe não tiver sua fonte em modelo jurídico-organizativo constituído especialmente para tal finalidade, resta caracterizado um puro poder de fato e não legal, de modo que o mesmo será tido como *grupo de fato* e não *de direito*.

2.2.2. Grupos de base societária, de base contratual e de base pessoal

Outra classificação tipológica divide os grupos de acordo com a natureza do instrumento utilizado na constituição e organização do grupo de sociedades. Em verdade, os laços capazes de sedimentar a unidade econômica do grupo, assegurando o exercício de uma direção econômica unitária, podem ser da mais variada ordem, desde meros laços financeiros até complexos laços contratuais e pessoais, diferenciando-se, assim, em grupos de base societária, contratual ou pessoal³⁸.

2.2.2.1. Grupos de base societária

Diz-se *grupo de base societária* aquele cuja estrutura organizativa repousa em técnica própria do Direito Societário, máxime a técnica da participação no capital social. As participações *intersocietárias* podem assumir diferentes formas, dentre as quais merecem especial destaque: (i) a participação radial; (ii) a participação piramidal; e (iii) a participação circular.

Os grupos de *participação radial* seriam aqueles nos quais a sociedade mãe participa do capital de cada uma das sociedades filhas, não estando essas últimas, porém, unidas diretamente, mas sim, indiretamente, por meio de conexões estabelecidas entre cada uma delas e a sociedade mãe. Trata-se, pois, da mais simples estrutura de coligação, apresentando-se, geralmente, na fase inicial de formação e estruturação dos grupos, exigindo um esforço financeiro razoável, o qual tende a desvirtuar a atividade da sociedade mãe, já que esta acabaria por converter-se em uma sociedade *holding*.

Por sua vez, os grupos de *participação piramidal* seriam aqueles nos quais a sociedade mãe participa em duas ou mais sociedades, as quais, por sua vez, participam do capital de outras sociedades das mesmas dependentes, e assim sucessivamente. Graficamente, trata-se de uma estrutura de participação que se assemelha a uma pirâmide, cujo vértice é ocupado pela sociedade mãe. Apresentam vantagens como, *inter alia*, permitir, por meio de uma inversão reduzida, o controle de uma massa considerável de capitais e de uma enorme massa patrimonial (com uma direção econômica unitária).

Já os grupos de *participação circular*³⁹ são aqueles por meio dos quais há participação da sociedade mãe no capital de uma filial, a qual detém participação em uma terceira sociedade que, por sua vez, participa do capital da sociedade mãe. Trata-se de estrutura que apresenta as mesmas vantagens, mas que, ocasionalmente, tem os mesmos riscos das participações recíprocas, pois, nas participações perfeitamente circulares, o ativo das distintas sociedades é puramente fictício, existindo somente no papel, ocorrendo uma confusão patrimonial⁴⁰.

Importante destacar que os distintos tipos de participação dificilmente se apresentam em sua forma perfeita, mas sim em variáveis e impenetráveis combinações das diferentes formas de participação *intersocietária*. Assim, por exemplo, na prática, ocorre de uma sociedade mãe dominar outra sociedade mãe, por meio do controle de uma terceira sociedade, que participa como filial no grupo da primeira⁴¹.

38 Para a distinção dos três tipos anunciados, veja-se: CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, in: 19 RTDC (1967), p. 1003 e ss.; GORÉ, François: *Droit des Affaires*. Tome II, éditions Montchrestien, Paris, 1977, p. 475 e ss.; PAILLUSSEAU, Jean: *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Haye, 1972, p. 813 e ss.; RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés, II*. Giuffrè, Milano, 1968, p. 394 e ss.

39 Para os grupos de participação recíproca, e um entendimento do direito europeu sobre a matéria, veja-se: FLORES DOÑA, María de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 119 e ss.

40 O instituto da confusão patrimonial é aquele que gera uma impossibilidade de determinação do patrimônio dos distintos empresários, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Acarreta como consequência a responsabilidade solidária entre seus partícipes.

41 Seria esta a forma de organização do grupo *Siemens*.

2.2.2.2. Grupos de base contratual

Os *grupos de base contratual* são aqueles cuja estrutura e unidade de direção econômica estão assentados em laços de natureza jurídico-negociáveis. Trata-se de grupos de caráter multiforme, dada a elasticidade e flexibilidade própria dos instrumentos contratuais, assim como a diversidade de sua eficácia jurídico-organizativa⁴².

Da análise prático-societária contemporânea, dois grandes grupos de instrumentos contratuais permitiriam a constituição dos *grupos de sociedades de base contratual*: (i) os contratos de empresa; e (ii) os contratos obrigacionais mercantis.

Nos primeiros estão as figuras contratuais específicas que buscam instituir uma relação de integração econômica, financeira ou diretiva intensa, entre duas empresas societárias. Dentre essas figuras, pode-se destacar os contratos de subordinação, os de atribuição de lucros, os de cessão de exploração de empresa, os de transferência de empresa, os de transferência parcial de lucros, os de comunhão de lucros etc.

Importante ressaltar que a validade dessa categoria foi muito discutida, tendo em vista possuir como característica fundamental o fato de que uma das sociedades envolvidas deixa de explorar a respectiva empresa de forma independente, ao final da orientação de sua própria administração, e com vistas à realização da distribuição de seus possíveis benefícios entre os sócios. Apenas, de forma gradual, tal categoria vem sendo aceita pela jurisprudência⁴³ e consagrada legalmente⁴⁴.

Já a segunda categoria de contratos seriam aqueles formados por acordos ou convenções negociáveis suscetíveis de criar relações de dependência econômica e de fato entre as sociedades. Igualmente, seriam definidos negativamente, já que prescindem de análise comparativa com a primeira categoria (*contratos de empresa*) para sua classificação. Aqui estão categorizados, por exemplo, os *contratos de direito comum*⁴⁵, que podem ser concluídos entre sociedades ou pessoas individuais, desde que funcionem como um meio de domínio econômico entre as sociedades.

Verifica-se, em suma, que o elemento essencial para a classificação dos grupos de sociedade de base contratual será, pois, a existência de dependência econômica⁴⁶.

42 A respeito dos vários tipos de grupos de base contratual e das diferentes técnicas contratuais utilizadas, veja-se: ENGLISH, Philippe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle*. Angers, 1980, p. 7; RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés*, II. Giuffrè, Milano, 1968, p. 75 e ss.

43 Recorde-se da jurisprudência a propósito da admissibilidade dos contratos de *cessão de exploração de empresa (location-gérance)*. Veja-se: SAPPER, Jean: *Les Contrats d'Affiliation en Droit Français et Allemande*, en: *RTDC* (1963), p. 37 e ss.

44 §§ 291 e ss. AktG. Também o direito comunitário, no primitivo Projeto de 9ª Diretiva sobre Grupos de Sociedades (1974/75), chegou a prever expressamente tais contratos (arts. 58 e ss.), todavia, abandonada sua ideia na versão posterior do projeto.

45 Estão aqui classificados, v.g., os contratos de fornecimento, contratos de empréstimo, contratos de agência, contratos de licença, contratos de exclusividade, etc.

46 Percebe-se da prática empresarial a crescente formação de laços de interdependência, que podem ser desde uma simples colaboração em aspectos específicos das respectivas atividades (v.g., comunhão de redes de distribuição; comunhão dos esforços de investigação), até complexos acordos de integração econômica. Em razão da necessária flexibilidade e elasticidade para a concretização de operações de cooperação e concentração empresarial, os contratos tornaram-se o instrumento preferido dos empresários, tendo em vista que tais elementos são inerentes a esta figura. A prática empresarial conhece, assim, uma larga variedade de acordos contratuais suscetíveis de criar, para uma das partes contratantes, uma situação de dependência econômica de fato com relação à outra. A natureza desses contratos é, por definição, não sistematizável. Não obstante, alguns acordos, por sua frequência, merecem ser apontados a título de exemplificativo. Importante mencionar, contudo, que não se irá aprofundar nas discussões a respeito destes contratos, por não integrarem o objeto específico deste trabalho. Aponta-se, pois, os seguintes acordos que poderiam ser inseridos naquela categoria: (i) os contratos de fornecimento (supply contract; contrat de fourniture); (ii) os contratos de empréstimo (loan agreement; prêt); (iii) os contratos de agência; (iv) os contratos de factoring; (v) contratos de cooperação momentânea entre empresas; (vi) contratos de união e integração econômica (accords d'union et intégration économique); (vii) contratos de licença, de transferência de tecnologia ou de assistência técnica. Para mais informações sobre os contratos citados, veja-se: MONTEIRO, António Pinto: *O Contrato de Agência*, Anotação. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; BARATA, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 35; FRANCESCHINI, Pierre e PÉLISSIER, Lucien: *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981, p. 303 e ss.; MERCADAL, Barthélémy e JANIN, Philippe: *Les Contrats de Coopération Interentreprises*. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974, p. 28; BAPTISTA, Luiz Olavo e; DURAND-BARTHEZ, Pascal:

2.2.2.3. Grupos de base pessoal

Os *grupos de base pessoal* são aqueles resultantes da repetição de pessoas físicas nos conselhos de administração das distintas pessoas jurídicas, com capacidade para administrar as mesmas como se uma única sociedade fosse.

Não obstante, importante destacar que a simples constatação prática da comunidade de membros, porém, não é suficiente para configurar o grupo como sendo de base pessoal, razão pela qual importa distinguir duas situações.

Em uma primeira, a união dos dirigentes resulta da existência prévia de uma rede de participações sociais, que formam a base da unidade econômica. Nesses casos, a comunidade de dirigentes não é a causa, mas sim o resultado de estruturas de grupo baseadas nas participações de capital. Assim, a concentração dos poderes de direção nas mesmas pessoas apresenta-se como simples consequência do controle direto ou indireto que a sociedade participante exerce sobre as participadas. Dessa forma, tem-se que o grupo constituirá, em verdade, um mero *grupo de base societária*, na qual coexiste, de forma complementar, uma comunidade dos membros dos órgãos de administração da sociedade.

Hipótese distinta é aquela na qual a unidade econômica é fruto da *união pessoal* dos dirigentes. Nesses casos, verdadeiramente se estará diante de um grupo de sociedades de base pessoal, vez que a unidade de direção econômica entre as empresas agrupadas resulta diretamente da própria comunidade dos diretores. Aqui, a estrutura que sustenta o grupo e a unidade da respectiva direção resultam de laços pessoais, e não de laços financeiros entre as distintas sociedades que o compõe. Esses laços pessoais costumam existir entre os diretores ou administradores (*v.g.* o caso do grupo norte-americano *Rotschild*, em que três irmãos controlavam mais de 500 sociedades), mas poderão existir, também, entre os próprios sócios⁴⁷, hipótese em que a comunidade de indivíduos responsáveis pela gestão das sociedades poderá proporcionar a uma delas um poderoso instrumento de domínio sobre as demais, já que asseguraria uma direta e automática interferência no seio do órgão social encarregado da condução dos negócios sociais⁴⁸.

Com efeito, deve-se destacar que, ainda que os grupos pessoais apresentem uma inegável realidade econômica, o respectivo marco jurídico se revela, praticamente, impossível. Tal afirmação decorre do fato de muitas vezes os administradores de direito não serem os mesmos de fato, atuando os primeiros por determinação e vontade dos segundos⁴⁹, bem como por originarem outros tipos de relações de coligação que camuflam as relações de origem pessoal⁵⁰.

Por tudo isso, tem-se por regra o fato de os legisladores nacionais raramente incorporarem disposições específicas que contemplam tais tipos de grupos de sociedades em seus ordenamentos jurídicos. Exceções patentes a esta regra são, entre outras, o direito inglês, em que os acordos destinados a comunhão dos administradores de distintas sociedades (os chamados *interlocking boards of director*)⁵¹ estão, extremamente, difundidos na prática societária, e o direito holandês, que admite as chamadas *cláusulas oligárquicas*; disposições

Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Commerce International. FEC, Paris, 1991, p. 41 e ss.; LYON-CAEN, A. : Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale, em: L'Entreprise Multinationale Face au Droit. Libraries Techniques, Paris, 1977, p. 110 e ss.

47 Vejam-se os casos do grupo alemão *Krupp*; o do português *Espirito Santo*, dominados por um controle familiar. CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société para Actions*. Op. Cit., p. 231.

48 Por exemplo, quando o Conselho de Administração de duas sociedades é constituído, no todo ou em parte, pelas mesmas pessoas; ou ainda, quando alguns membros da Direção da sociedade dominante são simultaneamente membros do Conselho Geral da sociedade dependente; ou um membro do Conselho de Administração da sociedade dominante assume as funções de administrador-delegado na sociedade dependente; etc.

49 Veja-se: RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967*, em: RDS (1975), 8. Chronic Dalloz, Paris, 1975, p. 41 e ss.

50 GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. Economique, Paris, 1988, p. 562.

51 Veja-se: DOLEY, P. C. : *The Interlocking Directorate*, em: 59 AER. 1979, p. 314-323; STOCKMAN, Franz; ZIEGLER, Rolf e SCOOT, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985, p. 89 e ss.

contidas nos estatutos sociais que conferem a certos acionistas direitos especiais na designação e eleição dos membros dos órgãos de administração⁵².

Haverá de se atentar, ainda, às dificuldades da prova de existência associadas à utilização de um instrumento de domínio (grupo de sociedades pessoal). Importante frisar que a simples existência de uma comunidade de administradores, gerentes ou diretores de duas ou mais sociedades não é elemento suficiente para deduzir qual delas é dominante e qual é dependente⁵³. Por outro lado, deverá averiguar-se, no caso concreto, se a comunidade pessoal de dirigentes é a causa de um domínio *intersocietário* ou, tão somente, é resultado de uma situação de domínio preexistente, *v.g.*, a utilização dos instrumentos de participação de capital detida por um sócio majoritário comum⁵⁴.

Outrossim, haverá que discernir, claramente, se, no caso concreto, a união pessoal entre as sociedades não reflete, em verdade, um grupo de estrutura paritária ou horizontal (grupo de coordenação), por meio do qual as sociedades envolvidas estão sujeitas a uma direção unitária comum sem que, todavia, haja dependência entre as mesmas⁵⁵.

2.2.3. Grupos de subordinação e grupos de coordenação

A terceira e última espécie de classificação ora apresentada refere-se à distinção dos grupos de sociedades em grupos de subordinação e grupos de coordenação.

Os grupos de subordinação, também chamados de grupos verticais, são aqueles nos quais as distintas sociedades agrupadas se encontram em uma relação hierárquica de dependência. Nestes, a direção econômica unitária coexiste com a interdependência das sociedades⁵⁶.

A estrutura do grupo reveste-se de uma natureza hierárquico-verticial e em seu seio “*se verifica uma subordinação forçada de todas as sociedades integrantes a uma direção econômica comum, unilateralmente definida e exercida por uma dentre elas (a sociedade mãe)*”⁵⁷. Os principais instrumentos jurídicos que permitem uma estrutura dessas características são o contrato de subordinação e a participação totalitária⁵⁸.

No outro extremo, estão os grupos de coordenação, também chamados de paritários ou horizontais, nos quais as distintas sociedades agrupadas, ainda que sob direção econômica unitária, se conservam independentes⁵⁹.

Em tais grupos,

52 BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, em: *RPS (1961)*. Paris, 1961, p. 237-286.

53 O caso de duas sociedades, ao mesmo tempo, serem dominantes e dominadas é uma hipótese defendida por alguns. Nesse sentido, veja-se: VENTURA, Raúl: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, em: 39 *ROA (1979)*. Lisboa, 1979, p. 25/26.

54 Acerca do domínio *intersocietario* originado pela coincidência do sócio principal ou majoritário das duas sociedades, veja-se: VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. LGDJ, Paris, 1962, p. 143 e ss.

55 Considere-se o caso do grupo *Unilever*, que constitui um agrupamento de uma sociedade britânica e uma holandesa, cuja unidade de decisão resulta de um acordo destinado à coincidência das pessoas que ocupam os respectivos cargos de administração (*equalisation agreement for common directors*); no caso do grupo *Dunlop/Pirelli*, etc. Acerca do grupo *Unilever*, veja-se: TINDALL, Robert E.: *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975, p. 59 e ss. Sobre o grupo *Dunlop/Pirelli*, veja-se: BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, em: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999, p. 10 e ss.

56 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

57 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 53/54.

58 RIPERT, George e ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial*, v. I. LGDJ, Paris, 1980, p. 550.

59 PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Gruppo di Imprese*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 112, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 20.

“a estrutura reveste uma natureza horizontal, no seio da qual se realiza uma “transferência” voluntária das competências decisórias de várias sociedades independentes para uma instância superior de direcção, na qual todas as sociedades participam paritariamente e em pé de igualdade, instância essa responsável pela coordenação das actividades empresariais das sociedades agrupadas e pela definição da política económica geral do agrupamento”⁶⁰.

A forma institucional da instância de onde emana a direcção económica unitária pode traduzir-se tanto em um órgão especial de direcção criado, especialmente, para esse fim, como assumir outras modalidades “mais discretas”, *v.g.*, as uniões pessoais das administrações das sociedades envolvidas; reuniões periódicas dos presidentes dos respectivos conselhos de administração.

A maior parte dos grupos existentes adota o modelo dos grupos de subordinação, garantindo a este o protagonismo prático-jurídico no cenário actual⁶¹.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Importa referir a existência de um problema terminológico⁶² no âmbito doutrinário da desconsideração da personalidade jurídica. No Direito Norte-Americano, costuma-se referir-se ao instituto com a utilização dos termos “*disregard of legal entity*” (desconsideração da entidade legal) ou simplesmente “*disregard doctrine*”. Por outro lado, no Direito Brasileiro e Português, utilizam-se, indistintamente, as expressões “desconsideração da personalidade jurídica” e “levantamento da personalidade coletiva”. Já no Direito Espanhol, o instituto é conhecido como “*doctrina del levantamiento del velo social*” (doutrina do levantamento do véu social) e no Direito Alemão como “*Durchgriff bei juristischen Personen*” (penetração nas pessoas jurídicas).

A lista poderia continuar, tendo em vista a existência de diversas outras denominações distintas para o mesmo instituto jurídico, o que, por vezes, causou confusão doutrinária⁶³. Não obstante, tendo em vista que, na prática, todas as expressões referem-se ao mesmo instituto, utilizar-se-á, indistintamente, tais expressões como sinónimas, dando-se preferência ao termo mais conhecido e utilizado pela doutrina nacional.

Antes, porém, de se proceder à análise do surgimento do instituto e suas teorias explicativas, destaca-se o fato de, apesar de tecnicamente dizer respeito à personificação da sociedade, os impactos gerados pela aplicação da Teoria da Desconsideração dizem respeito, é certo, à limitação de responsabilidade. Afinal, por meio da desconsideração será possível expandir a responsabilidade, antes limitada a uma única pessoa coletiva, aos sócios daquela sociedade (se aplicada a Teoria Subjetiva) ou demais membros do grupo (se aplicada a teoria objetiva).

3.1. A origem da *disregard doctrine* no Direito Norte-Americano

No Direito Americano, a desconsideração da personalidade jurídica originou-se em razões processuais e constitucionais⁶⁴, tendo surgido da aplicação de regras de equidade posteriormente levadas aos tribunais.

60 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 54.

61 Ademais, opiniões existem no sentido do enquadramento dos grupos de coordenação (ao lado de outras figuras como, por exemplo, o contrato de consórcio; ou as filiais comuns – *joint venture*; os cartéis ou acordos de não concorrência), como instrumentos de cooperação societária, antes que entre os instrumentos que servem à concentração empresarial. Veja-se: EMBID IRUJO, José: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 160.

62 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 102.

63 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

64 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 108.

Assim, verifica-se, no caso concreto, que, diferentemente da regra de que a Equidade segue o Direito, o Direito seguiu a Equidade⁶⁵.

O instituto jurídico da descon sideração da personalidade jurídica foi desenvolvido para explicar as distintas soluções encontradas para os problemas derivados da personalidade coletiva⁶⁶, dentre os quais destaca-se⁶⁷: (i) a confusão de esferas jurídicas; (ii) a subcapitalização; e (iii) os prejuízos provocados a terceiros com abuso da personalidade jurídica.

O primeiro problema ocorre quando, devido à inobservância das regras de Direito Societário, não é clara a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios.

O segundo problema se mostra relevante⁶⁸ e justifica a descon sideração, sempre, que verificado que uma sociedade foi constituída com capital insuficiente para a realização de seu objeto social ou em montante incompatível com sua atuação no mercado.

Por fim, o terceiro problema decorre da utilização da personalidade coletiva de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros. Dessa forma, não basta o mero prejuízo, mostra-se necessário que este decorra “da utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios”⁶⁹.

Em outras palavras, o abuso da personalidade jurídica consiste em uma “situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a proposito da actuação do visado, através da utilização de uma pessoa coletiva”⁷⁰. O comportamento que suscita, portanto, o “levantamento do véu social” caracteriza-se por atentar contra a “legítima confiança” existente entre as partes. O abuso da personalidade coletiva traduziria a utilização das prerrogativas da pessoa coletiva para além dos objetivos que levaram a lei a concedê-la⁷¹.

3.2. Teorias clássicas explicativas da descon sideração

3.2.1. Teoria Subjetiva

Em relação à análise da jurisprudência dos tribunais norte-americanos, Serick⁷² aponta as cinco hipóteses que, originalmente, levaram a descon sideração da personalidade jurídica no caso concreto: (i) fraude a lei; (ii) fraude ao contrato; (iii) transmissão patrimonial fraudulenta de um devedor em favor de uma pessoa coletiva em prejuízo a terceiros credores; (iv) relações desvirtuadas entre matriz e filial em que esta for uti-

65 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958. p.95/96.

66 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

67 Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 118; FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

68 Existem dois tipos distintos de subcapitalização: (i) subcapitalização nominal; e (ii) subcapitalização material. Na primeira, a sociedade tem capital formalmente insuficiente para o objeto e atos a que se destina, podendo recorrer a capital alheio. Por outro lado, na segunda, constata-se uma efetiva insuficiência de fundos, seja próprio ou alheio. Para efeitos da descon sideração da personalidade jurídica, apenas esta última é, de fato, relevante, visto que não pode ser sanada. Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização*: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

69 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 122.

70 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 123.

71 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016, p.224.

72 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

lizada como mero instrumento para a prática de atos abusivos; (v) atos praticados pela pessoa coletiva em desconformidade com a boa-fé.

Poder-se ia resumir a aplicação dessa teoria às hipóteses em que o fato examinado revela alguma espécie de abuso derivado do privilégio da personalidade jurídica⁷³. Esta é a base da teoria subjetiva, segundo a qual

“a autonomia da pessoa colectiva deveria ser afastada quando houvesse um abuso da sua forma jurídica, com vista para fins não permitidos. Na determinação dos tais ‘fins’ ou ‘escopos’, não permitidos, haveria que lidar com a situação objectiva e, ainda, com a intenção do próprio agente”⁷⁴.

Em suma, tem-se que a desconsideração exigiria um abuso consciente da personalidade coletiva⁷⁵.

Assim, caso a sociedade, por meio da atuação de seus administradores, venha a praticar determinado ato jurídico e seja insolvente, não detendo patrimônio suficiente para quitar a obrigação, teoricamente não poderia o patrimônio pessoal dos sócios ser alcançado para liquidar obrigações da sociedade, caso esta tenha sido constituída sob a forma de algum tipo societário que possua limitação de responsabilidade. Entretanto, por meio da aplicação da Teoria Subjetiva, é possível desfazer, em caso de abuso, a proteção garantida pelos princípios da autonomia societária e intangibilidade do capital social, respondendo os sócios pelas dívidas sociais.

A Teoria Subjetiva surge, assim, “como um episódio natural da evolução da ideia de levantamento: jogam-se, tão só, os pressupostos da responsabilidade civil”⁷⁶, pois, não fosse a teoria da desconsideração, os sócios evitariam assumir a responsabilidade pela inexecução ou pela execução defeituosa dos negócios jurídicos praticados pela sociedade⁷⁷.

3.2.2. Teoria Objetiva

A Teoria Objetiva surge como resposta à teoria objetiva, sendo resultado da rejeição aos elementos subjetivos necessários para se proceder à desconsideração da personalidade jurídica. Tratar-se-ia de uma evolução comum aos instrumentos jurídicos que visam à sindicância do sistema sobre as soluções jurídicas⁷⁸, pois, inicialmente, faz-se tudo depender das intenções do agente, mas, uma vez conquistado o instituto, este é objetivado e passa a depender unicamente de ações contrárias ao ordenamento.

Assim, abandonada a intenção do agente, mister efetuar a ponderação dos institutos em jogo antes de se proceder a desconsideração, de modo a levantar a personalidade coletiva apenas quando tais institutos fossem afastados pela invocação da personalidade jurídica em desfavor à intenção normativa⁷⁹.

Destarte, por meio dessa teoria, a desconsideração deixa de ser vista como pena/sanção àqueles que visam manipular o ordenamento jurídico por meio da personificação da sociedade, e torna-se mera consequência normativa.

Atualmente, estariam qualificados dentro da Teoria Objetiva todos os casos de concentração empresarial, em especial a formação de grupos de sociedade. Afetada a responsabilidade das partes, pela inaplicabilidade

73 BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

74 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

75 SERICK, Rolf. *Rechtsform and Realität apud* CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

76 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 126.

77 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

78 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 127.

79 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

da intangibilidade do capital social e da vinculação patrimonial dos entes do grupo, aplicar-se-ia a Teoria do Levantamento do Véu Social e todo o patrimônio do grupo societário responderia pelas obrigações assumidas individualmente por uma das sociedades membro do grupo⁸⁰.

Em suma, segundo a Teoria Objetiva, a mera existência de concentração empresarial seria motivo suficiente para a aplicação do levantamento da personalidade coletiva.

3.2.2.1. Teoria da Aplicação das Normas

Introduzida, em primeiro momento, por Müller-Freienfels como alternativa a teoria de Serick, a teoria da aplicação das normas prevê que a desconsideração não há de traduzir propriamente um problema geral da personalidade coletiva, mas uma questão de aplicação das distintas normas jurídicas.

Nesse sentido, quando verificado que as normas em jogo tenham “*pretensão de aplicação absoluta*” ou visem “*atingir a realidade subjacente à própria personalidade jurídica, aplicar-se-iam*”⁸¹. Conseqüentemente, o afastamento da proteção garantida pela personificação das sociedades seria mera decorrência da aplicação de normas que objetivassem tal fim.

Conclui-se, pois, que a Teoria da Aplicação das normas é, em suma, objetiva, razão pela qual se tem que esta é, em verdade, uma subespécie da Teoria Objetiva apresentada anteriormente⁸².

3.2.3. Teoria Negativista

Defendida e propagada de forma mais intensa por Wilhelm, a Teoria Negativista busca negar autonomia à desconsideração da personalidade jurídica, por esta lidar com proposições vagas que conduzem a insegurança jurídica. Assim, seria necessário determinar, expressamente, os deveres concretos que incidam sobre os membros da pessoa coletiva, de modo que, ao extremo, apenas seria possível responsabilizar os dirigentes ou administradores de sociedades por falta de diligência⁸³.

Independentemente da teoria explicativa, impossível negar o fato de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ter conquistado espaço nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

O levantamento da personalidade coletiva, contudo, deve, sempre, ser encarado como medida excepcionalíssima. A regra deve, sempre, ser a de privilegiar a manutenção à autonomia societária e à limitação de responsabilidade, pois a eliminação desses elementos essenciais às sociedades comerciais modernas são os mesmos da “ilimitação” de responsabilidade, ou seja, aumentando os riscos da atividade e os custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios, o que inviabilizaria, decerto, o desenvolvimento de diversas atividades economicamente relevantes.

Apresentado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias clássicas, resta apenas analisar o disposto no art. 28, §§2º, 3º e 4º do CDC para verificar se houve a incorporação da teoria objetiva da desconsideração ao ordenamento jurídico nacional, ou se de fato estariam tais dispositivos eivados de vício de pertinência.

80 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

81 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.129.

82 Nesse sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

83 WILHEIM, Jan. *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person apud* CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.130.

4. CONCLUSÕES: DA INCORPORAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar das críticas e resistências doutrinárias, a positivação e a incorporação do instituto da desconsideração da personalidade coletiva em nosso ordenamento jurídico já vinham ocorrendo, ainda que timidamente⁸⁴. Nesse sentido, aponta-se que, desde 1940, com o art. 121⁸⁵ da Antiga Lei das Sociedades Anônimas^{86/87}, e, posteriormente, em 1966, com base no art. 135⁸⁸ do Código Tributário Nacional⁸⁹, a legislação específica tratava do assunto.

Não obstante, foi com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que um diploma legal passou a enfrentar de forma mais complexa a questão do levantamento do véu social, determinando suas hipóteses de aplicação quando diante de relações consumeristas.

O artigo 28 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, seguindo a tradição do *Civil Law* de normatizar o instituto da desconsideração de personalidade jurídica, introduziu-o de forma definitiva ao ordenamento jurídico Brasileiro. Tal dispositivo restou assim redigido:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar 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 desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º (Vetado).

§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.

§4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Como anunciado anteriormente, interessa-se, especialmente, pelos §§2º, 3º e 4º do artigo supracitado. Não obstante, importa-se, inicialmente, por realizar algumas considerações sobre o *caput* daquele artigo.

A primeira parte do *caput* do artigo supracitado traz uma série de critérios subjetivos para a realização da desconsideração da personalidade jurídica. Tal previsão manteve a tradição, já presente no ordenamento jurídico nacional, de se alinhar a Teoria Clássica Subjetiva do Levantamento do Véu Social.

Desde o início dos debates sobre o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, grande parcela

84 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204/206.

85 Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos.

86 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm>. Acesso em 05 jul 2016.

87 Em 1976, com o advento da Lei nº 6.404, revogou-se parcialmente a Antiga Lei das S.A., com exceção do disposto nos arts. 59 a 73, de modo que, atualmente, o que disposto no antigo art. 121 está regulado no art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas.

88 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

89 BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 05 jul 2016

da doutrina nacional posicionou-se no sentido de defender que a segunda parte do *caput* do atual artigo 28 trazia uma verdade inovação⁹⁰ ao ordenamento jurídico pátrio, através da adoção de critérios objetivos como a falência e a inatividade da pessoa jurídica.

Diz-se ter sido “a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito”⁹¹. Resumindo-se os argumentos dessa corrente, ter-se-ia que, com a inclusão daquelas hipóteses, o ordenamento jurídico nacional teria passado a prever situações em que, independentemente da constatação de abuso ou fraude, poder-se-ia promover a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilizar os sócios através da aplicação da Teoria Objetiva.

Entretanto, imperioso destacar não ser este o posicionamento mais correto, pois apesar de a decretação da falência e de a constatação de estado de insolvência ou encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, sem dúvida, tratem-se de fenômenos auferíveis de forma objetiva, uma leitura mais atenta do texto legal exige que tais fatos decorram de má-administração. Nesse sentido, tem-se que o legislador nacional acabou por condicionar a desconsideração, naqueles casos, a um critério subjetivo: a má-administração.

Dessa forma, a falência, o estado de insolvência e/ou o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em si não legitimam a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que no âmbito das relações consumeristas, pois se exige, para tanto, que qualquer daqueles decorra de má-administração. Assim, defende-se a ocorrência de uma espécie de “subjetivação” de critérios objetivos, não havendo que se falar, nesses casos, na aplicação da teoria objetiva, mas sim na aplicação da teoria subjetiva.

Por outro lado, parte da doutrina entende que os §§ 2º, 3º e 4º tratam da responsabilidade dos grupos de sociedades e não da desconsideração da personalidade jurídica, estando, segundo tal entendimento, evitados de vício de pertinência⁹².

Discorda-se, mais uma vez, de tal entendimento. Conforme demonstrado em momento anterior, a concentração empresarial é o elemento caracterizador do critério objetivo da desconsideração⁹³.

Assim, ao prever a extensão de responsabilidade de uma sociedade aos demais membros do grupo societário pela simples ocorrência do fenômeno da concentração, o ordenamento jurídico nacional aderiu, nesse ponto, a teoria objetiva da desconsideração.

Conclui-se, pois, não se mostrar correto o posicionamento que defende a existência de vício de pertinência sob os §§ 2º, 3º e 4º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, pois, de fato, estão, sim, relacionados à desconsideração da personalidade jurídica. Apresentam, apenas, a peculiaridade de estar de acordo não com teoria subjetiva, como o *caput* do artigo, mas sim de acordo com a teoria objetiva do levantamento do véu social.

Nesse ponto, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor inovou o ordenamento jurídico brasileiro, que passou a prever, pela primeira vez, a possibilidade de se proceder à desconsideração da personalidade jurídica com base no critério objetivo da concentração empresarial.

Por fim, destaca-se que o §5º do mesmo dispositivo legal não encontra qualquer amparo teórico quando analisado com base nas teorias explicativas clássicas do instituto do levantamento da personalidade coletiva. Afinal, este não exige abuso ou má-fé, tampouco prevê hipótese concreta para a aplicação objetiva da desconsideração. Percebe-se, em verdade, que a interpretação literal do dispositivo pretende tornar absoluta a proteção dos créditos consumeristas e permite aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica sem restrições.

90 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 208.

91 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 208.

92 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204/206.

93 Vide sub-tópico acima sobre o tema.

Para aqueles que avidamente buscam defender os consumidores, a opção legislativa acima retratada estaria justificada na hipossuficiência do consumidor perante as grandes sociedades comerciais. Não se nega a necessidade de se conceder tratamento protetivo especial aos consumidores hipossuficientes. Entretanto, da forma em que foi elaborado o texto normativo, torna-se regra um instituto que deve, sempre, ser tratado como exceção. Afinal, a personalidade jurídica, aliada ao benefício da responsabilidade limitada, sempre será, “de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” porquanto não permite que o consumidor alcance diretamente o patrimônio dos sócios visando a satisfação de seu crédito.

Há mais de duas décadas, a doutrina criticou, fortemente, a interpretação literal do dispositivo, que implicaria a seguinte situação análogica: “se causares prejuízo com abuso irás preso; também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo”⁹⁴.

Em que pese tratar-se de crítica eminentemente hiperbólica, não se nega a validade da mesma, que serve para apontar importância de se proceder a interpretação lógica e teleológica daquele dispositivo em vez de aplicá-lo, cegamente, ao caso concreto, pois, se assim o fizesse, acabar-se-ia por desvirtuar, completamente, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n° 5, jan./mar. 1993.

ANTUNES, J. A. Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control at parent-subsidiary relationships*. Kluwer: Deventer, 1993.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, em: Revista DireitoGV2, v1, n°2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986. p. 8 et seq.

BAPTISTA, Luiz Olavo e; DURAND-BARTHEZ, Pascal: *Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Comerce International*. FEC, Paris, 1991.

BARATA, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 35.

BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, em: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999.

BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, em: *RPS (1961)*. Paris, 1961.

BLAIR, Roger; LANZELLOTTI, Robert. *The conglomerate corporation: an antitrust law and economics symposium*. Cambridge: Guns & Hain, 1998.

BLUMBERG, Philippe. *The law of corporate group: problems so parent and subsidiary corporations under statutory law of general application*. Boston: Little, 1989.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações.

94 AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n° 5, jan./mar. 1993, p. 178.

- BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.
- BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- CARREIRA, Medina. *Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-económicos e jurídicos*. Lisboa: IESF, 1992.
- CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962.
- CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, in: 19 RTDC (1967).
- CHEVALIER, Alain; VIGNERON, Philippe. *La gestion financière des groupes*. Paris: Dunod; Bordas, 1984.
- COMPARATO, Fabio Konder: Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions, em: *RS* (1978).
- CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- DOLEY, P. C. : *The Interlocking Directorate*, em: 59 *AER*. 1979.
- EMBED IRUJO, José: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- ENGLISH, Philipe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle*. Angers, 1980.
- FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, in: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito Empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Editora, CRV, Curitiba, 2012.
- FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, nº 2, 2014.
- FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>.
- FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.
- FLORES DOÑA, Maria de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998.
- FRANCESCHINI, Pierre e PÉLISSIER, Lucien: *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981.
- GORÉ, François: *Droit des Affaires*. Tome II, éditions Montchrestien, Paris, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. Economique, Paris, 1988.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004.
- HERMAN, Edward. *Corporate control, corporate power*. Cambridge: Cambridge UP, 1981.
- JACQUEMIN, Alexis. *Le group de société: décentralisation dans la concentration*. In: LES GROUPES de sociétés. Haya: Martinus Nijhoff , 1972.

- LYON-CAEN, A. : Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale, em: L'Entreprise Multinationale Face au Droit. Libraries Techniques, Paris, 1977.
- MERCADAL, Barthélémy e JANIN, Philippe : Les Contrats de Coopération Interentreprises. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974.
- MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005.
- MONTEIRO, António Pinto: O Contrato de Agência, Anotação. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>.
- PAILLUSSEAU, Jean : *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Hays, 1972.
- PENROASE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Blackwell, 1980.
- PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Gruppo di Imprese*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, nº 112, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- RIPERT, George e ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial, v. I*. LGDJ, Paris, 1980.
- RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967*, en: RDS (1975), 8. Chronic Dalloz, Paris, 1975.
- RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés, II*. Giuffrè, Milano, 1968.
- SAPPER, Jean: Les Contrats d'Affiliation en Droit Français et Allemande, en: RTDC (1963).
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.
- STOCKMAN, Franz; ZIEGLER, Rolf e SCOOT, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985.
- TINDALL, Robert E.: *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.
- UNCTAD, Word Investment Report, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/Publication-Webflyer.aspx?publicationid=1555>>.
- VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. LGDJ, Paris, 1962.
- VENTURA, Raúl: Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE, em: 41 ROA (1981), Lisboa, 1981.
- VENTURA, Raúl: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, em: 39 ROA (1979). Lisboa, 1979.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.