UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

EDUARDO BENINI

**A Lei Anticorrupção (lei nº 12.846/2013) e a
responsabilidade solidária das sociedades controladoras,
controladas e coligadas**

Ribeirão Preto

2017

EDUARDO BENINI

**A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a
responsabilidade solidária das sociedades controladoras,
controladas e coligadas**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Professor Orientador: Prof. Associado Gustavo Saad Diniz

Versão original

**Ribeirão Preto
2017**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B467l	<p>Benini, Eduardo</p> <p>A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas / Eduardo Benini; orientador Gustavo Saad Diniz. -- Ribeirão Preto, 2017.</p> <p>146 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.</p> <p>1. GRUPOS DE SOCIEDADES. 2. CONTROLE. 3. LEI ANTICORRUPÇÃO. 4. RESPONSABILIDADE. I. Diniz, Gustavo Saad, orient. II. Título</p>
-------	---

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BENINI, Eduardo

Título: A lei anticorrupção (lei nº 12.846/2013) e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências
- Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico à minha filha Gabriela Benini e minha esposa, Roberta Figueiredo Bertasso Benini, bem como aos meus pais e irmãos que acompanharam minha dedicação ao elaborar o presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus amigos pela paciência e compreensão pelos diversos convites declinados durante a realização desta pesquisa. Não posso deixar de lembrar todos meus colegas de escritório, especialmente ao Maurício Suriano, Felipe Scavazzini e Gustavo Minelli, assim como os jovens advogados Gabriel e Tulio, e todos os demais profissionais que convivem diariamente comigo, que toleraram minha ausência e contribuíram, mesmo que de forma indireta, para que eu tivesse tranquilidade na condução desta pesquisa.

Com especial carinho agradeço ao meu orientador e amigo, Professor Dr. Gustavo Saad Diniz, que aceitou a ousada tarefa de me orientar e me incentivou a desenvolver profundo interesse pela pesquisa científica. Enfim, agradeço-lhe pela confiança depositada e pela convivência acadêmica dos últimos 24 meses.

Quero agradecer, enfim, a quatro amigos muito especiais: José Alexandre Tavares Guerreiro, Ricardo César Dosso, Aline Lemos Reis Bianchini e Júlio César Sebastiani. O primeiro por permitir a consulta de sua rica biblioteca pessoal, franqueando-me o acesso a obras que enriqueceram a presente pesquisa; à Aline e ao Júlio por me ajudarem na revisão do texto da dissertação e compartilharem comigo algumas angústias naturais do jovem pesquisador científico, e ao amigo Ricardo, pela profunda amizade e admiração que me inspiraram e encorajaram nessa empreitada.

RESUMO

BENINI, Eduardo. **A lei anticorrupção (lei nº 12.846/2013) e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas**. 2017. 146 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

O presente trabalho busca examinar a aplicação da responsabilidade solidária entre sociedades objeto de controle e coligação, conforme previsão do §2º, do art. 4º da Lei nº 12.846/2012, conhecida como Lei Anticorrupção. Pretende-se analisar a regra de solidariedade da Lei Anticorrupção confrontando-a com a regra de responsabilidade dos grupos societários, conforme Lei n.º 6.404/1976 (Lei das S.A.) e Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil), com o fito de buscar um critério coerente com essa realidade para imputação de responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas. O pano de fundo desta dissertação é dado pelas expectativas da sociedade brasileira no que concerne ao combate à corrupção, especialmente em relação aos detentores do poder econômico. A pesquisa utilizou-se do método dedutivo de análise e filia-se à visão dogmática baseada no tripé doutrina, legislação e jurisprudência, procurando, contudo, escapar à limitação de um debate meramente conceitual, na medida em que busca integrar uma abordagem social, alicerçada em dados da atual realidade brasileira do processo de integração empresarial. A dissertação inicia-se com um estudo histórico sobre o surgimento e a formação dos grupos societários, partindo da sociedade isolada dos primórdios até os grandes conglomerados econômicos da atualidade, sempre com ênfase nas peculiaridades da realidade brasileira. No percurso histórico procuramos examinar questões da personalidade jurídica, da autonomia e separação patrimonial, bem como a responsabilidade das sociedades e seus sócios perante credores sociais. Ao iniciar o exame dos grupos societários, levantam-se temas como: conceito de grupo societário, poder de controle, direção unitária, autonomia patrimonial e unidade econômica, para enfim tratarmos da responsabilidade no âmbito dos grupos societários, com a apresentação dos principais modelos regulatórios: (i) modelo norte americano (*entity law approach*); (ii) modelo europeu (*enterprise approach*); e, (iii) modelo alemão (*dualista approach*). Antes de abordar o modelo de responsabilidade adotado pela Lei Anticorrupção, procuramos examinar o complexo fenômeno da corrupção, suas raízes histórico-culturais entre nós, sua presença indiscutível nos mais diferentes países e seus deletérios efeitos sobre a sociedade, em especial de países em desenvolvimento. Na sequência, abordamos como foi emoldurado o sistema brasileiro de defesa contra a corrupção, bem como a origem e influência da Lei Anticorrupção, bem como suas principais características, especialmente a responsabilidade objetiva, a amplitude de sua aplicação, as sanções impostas e principais críticas existentes. Finalmente confrontamos a proposta apresentada pela Lei Anticorrupção para responsabilidade entre sociedades ligadas por meio da relação de controle ou coligação e o modelo de responsabilidade da Lei das S.A. Buscamos apresentar critérios que conciliem a aplicação da responsabilidade solidária no âmbito dos grupos societários e a Lei Anticorrupção, com vistas a aprimorar a aplicação da norma, tendo sempre como “pedra de toque” a observação e a consideração da realidade dinâmica das sociedades grupadas e os anseios da sociedade brasileira no combate à corrupção.

Palavras-Chave: Grupos de sociedades. Controle. Coligação. Tratamento jurídico. Responsabilidade. Solidariedade. Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

BENINI, Eduardo. **The anticorruption law (Law 12.846/2013) and joint and several liabilities of the controlling, controlled and affiliated companies.** 2017. 146 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

This paper seeks to examine the application of joint and several liabilities between controlled and affiliated companies, according to the provision of the art. 4º, §2 of Law 12.846/2012, known as the Anti-Corruption Law. The aim is to analyze the rule of joint and several liabilities provided by the Anti-Corruption Law, confronting it with the liability rule applicable to corporate groups, according to Law no. 6.404/1976 (Corporation Law) and Law no. 10406/2002 (Civil Code), with the purpose of seeking criteria consistent with this scenario regarding affiliated companies' liability imputation within the affiliated companies. The background of this dissertation is given by Brazilian society's expectations regarding the fight against corruption, especially about the economic power holders. At the researching process, it was used the deductive method of analysis and it is based on a dogmatic vision based on the tripod doctrine, legislation and jurisprudence, nevertheless, trying to avoid the limitation of a purely conceptual debate, insofar as it seeks to integrate a social approach, grounded on the data of the current Brazilian reality of the business integration process. The dissertation begins with a historical study about the emergence and formation of corporate groups, starting from the single companies of the beginnings to the great economic conglomerates of today, always with emphasis on the peculiarities of the Brazilian reality. In the course of history, we sought to examine questions of legal personality, autonomy and separation of assets, as well as the liability of companies and their partners towards social creditors. When examining corporate groups from a scientific perspective, issues such as corporate group concept, control, unitary direction, autonomy of assets and economic unit, to finally deal with the liability within the corporate groups, with the presentation of the main regulatory models: (i) American model (entity law approach); (ii) European model (enterprise approach); And, (iii) the German model (dualist approach). Before approaching the model of liability provided by the Anti-Corruption Law, we sought to examine the complex phenomenon of corruption, its historical-cultural roots among us, its indisputable presence in the most different countries and its deleterious effects on society, especially in developing countries. We will, then, discuss how Brazil's anti-corruption system was framed, as well as the origin and influence of the Anti-Corruption Law, as well as its main characteristics, especially objective liability, the extent of its application, the sanctions imposed and the main criticisms that exists. Finally, we will be confronting the proposal presented by the Anti-Corruption Law for liability between companies bound by a control or affiliate relationship and the model of responsibility of Brazilian Corporate Law. We seek to present criteria that reconcile the application of joint liability in the scope of corporate groups and the Anti-Corruption Law, seeking to improve the application of the norm, always having as a "touchstone" the observation and consideration of the dynamic reality of group societies and the yearnings of Brazilian society in the fight against corruption.

Key-words: Groups of companies. Control. Affiliated companies. Legal treatment. Liability. Joint and several liability. Anti-corruption Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO E METODOLOGIA	17
2 O SURGIMENTO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	25
2.1 A sociedade isolada – origem e evolução.....	25
2.1.1 Características da Sociedade Comercial Isolada: personalidade jurídica, autonomia e responsabilidade limitada	33
2.2 A intensificação do fenômeno concentracionista no século XX	39
2.2.1 A realidade atual brasileira	46
2.3 Grupo Societário: marco teórico (Instrumentos jurídicos de concentração)	49
2.3.1 Grupos societários: conceito.....	49
2.3.1.1 Classificação dos grupos (subordinação/coordenação, base contratual/base societária, fato/direito e coligação).....	51
2.3.2 Poder de controle e direção unitária – modalidades etc.	59
2.3.2.1 Aspectos gerais	59
2.3.2.2 Poder de controle	62
2.3.2.3 Direção unitária	67
2.3.3 Autonomia patrimonial e unidade econômica	75
2.3.4 A responsabilidade nos grupos societários. Modelos regulatórios.....	78
2.3.4.1 O modelo brasileiro. A responsabilidade do grupo perante os terceiros credores	83
2.3.4.2 A responsabilidade nos grupos societários na Lei das S.A. Perspectiva interna.....	91
3 A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI N. ° 12.846/2013	97
3.1 Das Disposições Gerais da Lei Anticorrupção	108
3.2 Da responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção	115
3.2.1 Dos critérios para aplicação da responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção	122
4 CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

O tema que será tratado na pesquisa é a aplicação da responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas, da Lei 12.846 de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

Por meio do artigo 4º, §2º, a Lei Anticorrupção estabeleceu a responsabilidade solidária entre as sociedades controladoras, controladas e coligadas, bem como as consorciadas no âmbito de seus respectivos contratos, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Ainda neste normativo, estabeleceu-se que tal solidariedade seria restrita ao pagamento da multa e reparação integral do dano causado.

Do outro lado, as normas que definem o conceito de coligadas, controladas e controladoras (artigo 243 e seguintes da Lei 6.404/1976, Lei das S.A., e artigo 1.097 e seguintes do Código Civil Brasileiro), assim como o entendimento jurisprudencial sobre a questão dos limites da responsabilidade nos grupos societários, indicam que o simples fato de pertencerem a um mesmo grupo, por si só, não as torna automaticamente solidárias nas respectivas obrigações (art. 266 da Lei das S.A., bem como REsp 1.404.366-RS).

Diante disso, pretendemos analisar a relação entre a regra prevista pela Lei Anticorrupção, com relação à solidariedade nos grupos societários, e as regras previstas na Lei das S.A., no Código Civil Brasileiro, observando se seria possível encontrar um critério de imputação de responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas, que seja diferente da solidariedade.

A Lei Anticorrupção é um recente marco legal com relação à prevenção às infrações econômicas e à prática de atos contra a administração pública¹. Essa norma foi editada em 2013, em um cenário social de fortes protestos contra denúncias de casos de corrupção que, supostamente, se relacionam com diversos âmbitos do governo: municipal, estadual e federal. Apesar dos protestos de 2013, a origem da norma, na verdade, está vinculada a diversos compromissos internacionais celebrados pelo governo brasileiro no âmbito da Organização

¹ “Constitui a presente Lei um importante marco no combate à corrupção no Brasil que, até então, dispunha de normas esparsas no tocante a pessoas jurídicas autoras de atos de corrupção relacionadas com o Poder Público. A presente lei comina delitos corruptivos no amplo espectro do Poder Público, tocando esferas, diretas e indiretas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, nas três instâncias da Federação – a União, os Estados e os Municípios.” (CARVALHOSA, 2015. p. 29)

das Nações Unidas (ONU) e da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)².

O problema da corrupção é bastante significativo, pois acarreta distorções econômicas e políticas que comprometem o desenvolvimento de uma nação e o aprimoramento da democracia.

A corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece — como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento. Como já teve a oportunidade de asseverar um dos subscritores do presente, a corrupção “é a antítese da democracia, pois que, afinal, esta praga social nada mais é que a negação de ambas essas áureas regras civilizadoras — da antiga e da nova — daí a importância e a urgência de sua erradicação em nosso País, uma vez que uma democracia corrompida nada mais produz que um grotesco simulacro de justiça”. (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 9)

Em ranking elaborado pela ONG Transparência Internacional³ e divulgado em janeiro de 2016, o Brasil aparece na 76ª posição no denominado Índice de Percepção da Corrupção, ficando atrás de países como Uruguai, Costa Rica, México, Grécia e Itália, além de diversos países denominados desenvolvidos. Se comparado com o ranking divulgado no ano anterior o Brasil caiu sete posições no ranking, sugerindo uma piora na situação.

Nesse cenário, em que pesem os dados empíricos demonstrarem uma piora na situação brasileira, a promulgação da Lei Anticorrupção e sua regulamentação (Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015), sugerem um comprometimento do país com um ambiente político e

² “No âmbito do Direito Internacional Público, o Brasil já havia se comprometido a responsabilizar de maneira ampla e universal pessoas jurídicas por atos de corrupção pública, ao ratificar: (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997 (Decreto n. 3.678, de 2000), expressamente remida no art. 9º da presente Lei; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (Decreto n. 4.410, de 2002); e, (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Decreto n. 5.687, de 2006). Embora já exista em nosso País uma variedade de leis que – de forma simultânea, autônoma e dispersa – estabelecem sanções aos delitos praticados por pessoas jurídicas junto aos entes públicos estas normas não satisfaziam plenamente o compromisso assumido no campo internacional pelo Brasil de aplicar sanções a todas as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, num plano abrangente envolvendo quaisquer atividades do setor econômico e social em suas relações ilícitas com os poderes públicos, no âmbito interno e internacional, neste último, mediante regras de extraterritorialidade.” (CARVALHOSA, 2015, p. 31-32)

³ Fonte: <<http://www.transparency.org/cpi2015>> Acesso em 12 jun. de 2016. Há sérias críticas à metodologia utilizada para elaboração desta lista que combina diversas fontes de dados que permitiriam conhecer as percepções de empresários e de especialistas com relação ao nível de corrupção. As maiores críticas apontam para a subjetividade na elaboração dessa lista e para influência da mídia nas respostas apresentadas.

econômico que fortaleça as instituições democráticas e o crescimento econômico sustentável, que privilegie políticas públicas e privadas dotadas de transparência e que respeitem um ambiente concorrencial equilibrado.

São importantes os impactos das políticas de governo e da atuação da administração pública no processo de desenvolvimento nacional, sendo que a Lei Anticorrupção é uma possível demonstração de que o Estado brasileiro se encontra empenhado na construção de um ordenamento jurídico que seja sólido e com bons instrumentos para prevenir a corrupção e as práticas lesivas à administração pública. Entretanto, a prevenção contra referidos atos e sua sanção devem conviver com as demais normas já existentes, como é o caso das normas sobre a responsabilidade nos grupos societários, notadamente as disposições da Lei das S.A. e do Código Civil.

A Lei Anticorrupção – vale lembrar – apresenta no artigo 4º, §2º, a possibilidade de responsabilização solidária entre sociedades controladoras, controladas e coligadas. Essa responsabilidade estaria limitada ao pagamento das multas impostas e à reparação integral dos danos causados, de acordo com a lei.

O problema é que a lei não delimita os critérios de imputação dessa responsabilidade, nem esclarece se as sanções que podem ser impostas no âmbito judicial também poderiam atingir os grupos societários, ou se o limite seria o pagamento das multas e reparação integral dos danos causados. A Lei das S.A. não utilizou a solidariedade entre as sociedades grupadas como forma de proteção de credores. Lamy Filho e Bulhões Pereira explicaram tal escolha:

O Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1976)

Para Diniz (2014. p. 157), na legislação brasileira “não se tem regramento preciso acerca da responsabilidade do grupo em relação a terceiros credores”, em que pese o disposto nos arts. 243 e seguintes e 265 e seguintes da Lei das S.A.; essa omissão levaria a “atecnia da responsabilidade solidária”, como forma de superação das limitações normativa, desconsiderando, portanto, a autonomia patrimonial das sociedades integrantes do grupo.

Diante disso, no âmbito dos grupos societários, há necessidade de se enfrentar o tema e se esclarecer quais são as circunstâncias que permitem determinar a imputação de responsabilidade em grupo de sociedades. Sobre a definição dos grupos, o marco legal é

apresentado pela Lei das S.A., que traz os seguintes elementos como caracterizadores da sua formação: (i) relação de controle; (ii) convenção expressa; (iii) nacionalidade brasileira da controladora.

O marco teórico que será utilizado nesta pesquisa é apresentado pelo estudo elaborado por Engracia Antunes, que confere aos grupos de sociedades o seguinte significado:

...todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum (ANTUNES, 2002, p. 52)

A questão da responsabilidade é tema relevante na análise dos grupos de sociedades, sendo importante sua verificação não só entre as sociedades que integram o mesmo grupo, como também entre essas sociedades e os agentes externos ao grupo, que com este se relacionam e de alguma forma podem ver seus interesses prejudicados.

No âmbito interno, a Lei das S.A. atribui, para determinadas circunstâncias, responsabilidade à sociedade de comando, especialmente com relação aos minoritários; a regra do artigo 117 da Lei das S.A., já apresenta um norte com relação à responsabilidade no âmbito dos grupos de sociedades. Especificamente na relação com terceiros, externos ao grupo de sociedades, não se verifica na legislação societária a responsabilidade solidária entre as sociedades integrantes do mesmo grupo. Assim, com exceção da teoria de desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do Código Civil e em algumas normas esparsas, na aferição de responsabilidade nos grupos societários, o critério de imputação de responsabilidade deve investigar o exercício do controle, bem como a direcção unitária, e a partir destes é que se deve avaliar possível extensão de responsabilidade.

A pesquisa pretende confrontar o conceito de grupos societários previstos na Lei das S.A., e seus critérios para imputação de responsabilidade, com a alargada previsão de responsabilidade solidária apresentada pelo §2º do artigo 4º da Lei Anticorrupção.

O objetivo central da pesquisa é realizar uma abordagem sobre a relação entre a regra prevista pela Lei Anticorrupção, com relação à solidariedade nos grupos societários, e as regras previstas na Lei das S.A. A leitura deve olhar para todo o sistema jurídico e interpretá-lo de maneira que sua aplicação gere harmonia entre as normas existentes e as expectativas sociais com relação ao combate à corrupção. A partir desta reflexão, pretende-se sugerir qual solução é a mais coerente com o sistema vigente, as normas apresentadas e as demandas sociais a este tema relacionadas.

Para realização da pesquisa será utilizado o método dedutivo⁴ para analisar a definição dos grupos societários perante a Lei das S.A. e os critérios de imputação de responsabilidade nela presentes, confrontando-os com os conceitos e critérios apresentados pela Lei Anticorrupção. Além disso, para realização da pesquisa será levada a efeito a análise nos manuais e doutrinas específicas de direito societário e de periódicos específicos de direito comercial.

A pesquisa será essencialmente dogmática, baseada no tripé doutrina, legislação e jurisprudência. Não se pretende, contudo, simplificá-la à mera análise e repetição de opiniões⁵. Compreende-se que o processo meramente dogmático levado ao extremo, conduz a uma interpretação improdutiva, pois limita demasiadamente o campo de criação do pesquisador. Admite-se, assim, o conceito de dogmática jurídica apresentada por José Rodrigo Rodriguez (RODRIGUEZ, PÜSCHEL, MACHADO, 2012, p. 21), para o qual:

A dogmática jurídica é um conjunto de raciocínios destinados a organizar sistematicamente, com utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e os casos julgados em determinado ordenamento jurídico, nacional ou transnacional, tem em vista a solução de casos concretos por meio de organismos com natureza jurisdicional.

Além de apresentar o conceito de dogmática jurídica, o autor também demonstra como o pensamento dogmático se presta à organização do material jurídico com a finalidade de fornecer orientações às instâncias jurisdicionais. A função sistematizante da dogmática jurídica não se restringe apenas ao objetivo de resolver conflitos de maneira eficaz, mas, também persegue a meta de efetivar o princípio da igualdade perante a lei. Para o autor, sistematizar o direito não é um fim em si mesmo, mas uma forma de garantir que casos semelhantes sejam tratados de maneira igual.⁶

⁴ Partimos da concepção de que o raciocínio dedutivo é o processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação a leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possam ser referidos. (GUSTIN; DIAS, 2006. p. 22)

⁵ Existe, entretanto, em nossas universidades, especialmente nas áreas onde a produção de conhecimento é muito incipiente, uma grande simplificação dos significados atribuídos à pesquisa científica. Em sentido corrente, várias acepções de pesquisa têm sido utilizadas, algumas extraídas do sendo comum. Uma delas, e a mais corriqueira, é a que concebe a pesquisa como uma simples consulta de determinado tema em manuais didáticos, enciclopédias, jornais, revistas ou outros textos com maior ou menor aprofundamento do assunto. Essa acepção foi-nos transmitida, supostamente por professores, que insistiam em denominar “pesquisa” todo e qualquer aprofundamento de estudo sobre determinado tema previamente escolhido e indicado aos alunos. Quase sempre o produto desse estudo restringia-se à repetição de trechos (com linguagem bem mais superficial que no original) de livros ou revistas, algumas vezes até mesmo acompanhados de sínteses e análises bem formuladas e inovadoras. Apesar disso, o produto desse esforço não passa de um estudo mais ou menos aprofundado sobre determinado tema que não deve ser visto como uma investigação científica. (GUSTIN; DIAS, 2006 p.5)

⁶ “O pensador dogmático, portanto, está tanto a serviço da eficácia como da legitimidade do direito ao exercer o seu papel de organizar o material jurídico com o fim de obter soluções adequadas aos problemas sociais.” (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012 p. 22).

Não são poucas as críticas apresentadas à dogmática jurídica que segundo muitas opiniões seria descolada da realidade e se concentraria demasiadamente no debate conceitual dos problemas, sem questionar sua origem dos conceitos. Entretanto, entende-se que essa crítica se concentra demasiadamente no aspecto sistematizante da dogmática jurídica, numa visão distorcida que encontra apenas nesse aspecto a explicação para tudo.⁷

Para Tercio Sampaio Ferraz Jr (1994, p. 48):

Já falamos desta característica da dogmática. Ela explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torna-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis.

É verdade que o jurista teórico, por outro lado, não pode desprezar as investigações a respeito de qual é o direito efetivo de uma comunidade, quais os fatores sociais que condicionam sua formação, qual sua eficácia social, qual sua relevância como instrumento de poder, quais os valores que o justificam moralmente etc. Ou seja, ele se vale também da pesquisa zetética⁸. Mas, apesar disso, em sua perspectiva prepondera o aspecto dogmático.

Ainda de acordo com Ferraz Jr. a limitação teórica da dogmática jurídica

... pode comportar posicionamentos cognitivos diversos que podem conduzir, por vezes, a exageros, havendo quem faça do estudo do direito um conhecimento demasiado restritivo, legalista, cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência de fenômeno jurídico como um fenômeno social; pode nos levar ainda a crer que uma disciplina dogmática constitui uma espécie de prisão para o espírito, o que se deduz do uso comum da expressão “dogmático”, no sentido intransigente, formalista, obstinado, que só vê o que as normas prescrevem. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 48)

A opção pela visão dogmática nesta pesquisa pretende não desprezar a perspectiva zetética, especialmente considerando que o combate à corrupção e todos os prejuízos sociais por ela causados, são elementos que devem ser considerados de maneira contundente nas

⁷ “Evidentemente, há autores e operadores do direito que colocam a sistematização acima de qualquer outro objetivo, transformando esse valor em fetiche, descolado de sua legitimação. Esse modo de pensar superdimensiona um dos aspectos da dogmática jurídica e, por isso mesmo, como será visto adiante, pode vir a comprometer a reprodução do sistema jurídico.” (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 22)

⁸ Vale aqui informar que para Ferraz Jr (1994, p.44). a pesquisa zetética, ou zetética jurídica, é definida da seguinte forma: “O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico”.

soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico que, portanto, devem ser analisadas, interpretadas e sistematizadas a partir de uma perspectiva que harmonize o direito com a realidade social.

Ao se apresentar como uma pesquisa dogmática, a pesquisa pretende que esta seja a tônica dominante e que o seu caminho seja trilhado a partir deste corte, sem, contudo, perverter-se na tentação de uma análise do direito pelo direito, com desprezo às demandas efetivas da sociedade. Pretende-se, enfim, sistematizar o convívio e conceitos das normas anteriormente citadas e sua aplicação aos grupos de sociedades (Lei das S.A. e Lei Anticorrupção), de maneira a compreendê-las dentro do ordenamento jurídico vigente.

2 O SURGIMENTO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

2.1 A sociedade isolada – origem e evolução

É importante reconhecer que ao longo dos anos o direito comercial⁹ passou, e ainda passa, por alterações que permitem sua harmonia diante das transformações socioeconômicas; a lógica dessas transformações não pode ser omitida, sob o risco do desvirtuamento de institutos cuja formação levou anos¹⁰. Diante disso, não é equivocado afirmar que alterações econômicas e sociais impactam no surgimento e transformação do direito societário; a análise sobre a maneira como este evoluiu do comerciante individual até os atuais grupos societários¹¹, auxiliará na compreensão do sistema e sua coerência.

Em outras palavras: a diferentes modelos de sociedades comerciais, subjazem diferentes formas e graus de desenvolvimento econômico, social e político. Assim, se de um lado não se pode atribuir uma origem única aos institutos societários de hoje, de outro, não se pode deduzir que a, assim chamada evolução do direito societário subentenda um aprimoramento constante ao longo do tempo, das formas ou modelos das sociedades comerciais¹².

No Império Romano já é possível a identificação de formas organizativas de atividades comerciais (DINIZ, 2012, p. 35-40). Com a queda do Império Romano, em toda a Alta Idade Média (do século VII até as Cruzadas), os trabalhadores se organizam em comunidades agrícolas, cuja atividade econômica consistia basicamente na troca de produtos.

⁹ “O direito comercial é uma dimensão da realidade, na qual se imiscuem fatos, regras exógenas e endógenas, o comportamento dos agentes econômicos e outros aspectos ligados a essa mesma realidade; nível de um todo complexo, da estrutura social global. Compõe-se e resulta da sua interação com os demais níveis desse todo, sendo ‘sempre, fruto de uma determinada cultura’ e de sua história.” (FORGIONI, 2009, p. 16).

¹⁰ Para Cunha (2013, p. 411): “a evolução dos conceitos que levaram à criação da personalidade jurídica e da noção de limitação de responsabilidade deu-se por exigências econômicas e sociais que se apresentaram ao longo de séculos...”. (CUNHA, Rodrigo Ferraz P. **Apontamentos sobre a natureza jurídica da personalidade e a importância do conceito de limitação de responsabilidade das companhias**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro et al. (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 373-412).

¹¹ Diniz (2012, p. 31), é bastante claro em sua análise: “A evolução histórica dos modelos societários auxilia na verificação da adaptação dos institutos para a realidade econômica. Também se presta à compreensão da função econômica da limitação de responsabilidade no contrato, com a formação da organização interna posta a serviço do fim ou da ideia-diretriz, que é a produção econômica de riqueza, aproximando-se do poliedro construído por Asquini para explicar a empresa.” (DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31)

¹² “Os institutos societários-mercantis que chegaram até nós, e que constituem objecto de variadíssimas preocupações dos legisladores contemporâneos, são fenómenos multifacetados, aos quais não pode assinalar-se uma única gênese e uma evolução histórica linear. Trata-se, com efeito, de instrumentos jurídicos ao serviço de necessidades econômicas, cujas caracterizações definitivas não estarão, ainda, certamente, encerradas – se é que alguma vez o estarão -, e sobre os quais a história se encarregou de demonstrar uma riquíssima multiplicidade de influências” (SANTO, 2000, p. 17)

A essa atividade correspondia um tipo de organização que ficou conhecido como *fraternal societatis*, que tinham a célula familiar como base. Nelas os ônus e os bônus eram, ao menos presumidamente, socializados entre todos os “sócios-irmãos”. Com o decorrer do tempo tais comunidades acabaram por implementar uma genuína revolução agrícola, que resultou em aumento considerável da produção e, também, em dispensa de grande parte da mão de obra.

Muitos camponeses migraram, então, para as cidades. Esse fenômeno impõe a necessidade de uma efetiva organização da vida urbana e, concomitantemente, o excesso de produção no campo passa a ser comercializado em mercados cada vez mais afastados. O comércio conhece, por consequência, um desenvolvimento acentuado¹³, enquanto o Direito Comercial vai se firmando como um ramo autônomo do Direito. De fato, a crescente complexidade da vida mercantil, já não podia mais ser abarcada pelos institutos do Direito Romano.

Paralelamente ao incremento da atividade mercantil, despontam: (i) o “comerciante” – profissional especializado em comércio; (ii) as corporações de ofício – que regulam a atividade mercantil; (iii) multiplicam-se as cidades livres; (iv) novas rotas de comércio são desbravadas. Estavam dadas, portanto, as condições ao aparecimento de sociedades que visavam reunir pessoas e capital com objetivo de maximizar os lucros.

Foi um longo percurso e, nele, dentro do que Diniz (2012, p. 41) chama de “fase de experimentação”, contam-se as Corporações de Ofício e Guildas, a *Hanse* (que significa grupo ou comitiva), um movimento de união para incremento do comércio, que vinha tendo um enorme impulso com a importância crescente das cidades (DINIZ, 2012, p.43); as *Societas*, que introduzem os contratos de comenda, as organizações em quotas-partes transferíveis.

Para aquilatar a relevância desses novos modelos, é interessante lembrar que, até então, a atividade econômica era fortemente ligada à figura do comerciante individual (*intuito personae*)¹⁴, demandava baixo investimento de capital e os riscos eram integralmente

¹³ Conforme Munhoz (2002, p. 52): “Na Idade Média, especialmente a partir do século XI, a Europa observou um intenso crescimento comercial, o que se deveu a um período de paz relativa, após o declínio do império romano e as invasões dos bárbaros. Multiplicavam-se as cidades livres e a abertura de novas vias de circulação, o que contribuiu para o desenvolvimento do comércio, que era exercido por profissionais especializados, no âmbito das corporações de ofício. O protagonista central deste sistema econômico era, portanto, o comerciante individual, caracterizando-se o direito comercial por constituir um direito consuetudinário e de classe”.

¹⁴ BURNS (1968, p. 494): “A unidade dominante de produção e comércio na Idade Média era a oficina ou o armazém de propriedade de um indivíduo ou de uma família. A sociedade comercial era também bastante comum, a despeito da grave desvantagem que representava a responsabilidade ilimitada de cada um dos sócios pelos débitos da firma.”

assumidos pelo próprio comerciante¹⁵. A sua morte determinava a extinção da atividade¹⁶, apesar da permissão de continuidade pelos herdeiros que era dada pelas sociedades em conta de participação e em comandita simples¹⁷.

A possibilidade de imputação de responsabilidade total àquele “que pratica em proveito próprio uma determinada ação ou omissão”, devendo este “suportar os encargos ou consequências negativas daquelas decorrentes (*ubi commodai bi incommoda*)” (ANTUNES, 2005, p. 30-32), contribuiu para o surgimento das sociedades em nome coletivo como recurso para continuidade dos negócios, mesmo depois da morte de seu responsável.

Oportuno mencionar as Corporações de Ofício (séc. XII ao XIX, com apogeu no séc. XV), como reação protecionista “a forte afluência dos servos, que saíam dos feudos para as cidades, arrojando e desintegrando as condições de trabalho pelo excesso de oferta” (DINIZ, 2013, p. 41). Essas corporações aglutinavam profissionais de um mesmo ofício e tinham como objetivo, além da proteção dos comerciantes, e da organização da sua atividade, “ensinar e aperfeiçoar rigorosamente os segredos do trabalho” (DINIZ, 2013, p. 41).

Podem ser apontados como resultados do papel das Corporações de Ofício, entre outros, duas relevantes conquistas: (i) a produção começa a deixar de ser artesanal e se passa a adotar técnicas “industriais” de organização; (ii) começa a se constituir um ramo do direito voltada especificamente para o comércio e os comerciantes. Esse Direito Comercial irá disciplinar as relações entre mestres e aprendizes, questões de jornada de trabalho, relações de consumo e atividade mercantil de maneira geral (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 64).

Além disso, três fenômenos decorreram das Corporações de Ofício: (i) a criação de associações de interesses visando bens comuns (capacitação técnica e cultural); (ii)

¹⁵ANTUNES (2002, p. 32): “O sistema jurídico adaptou-se a este sistema económico através da criação de um direito privado da atividade destes agentes económicos, nascendo assim um *direito dos comerciantes individuais*. A figura legal da empresa individual, actor paradigmático deste direito comercial emergente (Thomas RAISER), constituía assim indubitavelmente o quadro jurídico de organização da atividade económico-empresarial mais difundido: “O comerciante ou empresário individual era ainda a figura-chave: para ele que suportava com o seu património pessoal os riscos da exploração económica, que reunia o capital e a força laboral necessárias, e que administrava directamente toda essa exploração. A empresa colectiva ou societária não fora, como tal, objeto de qualquer atenção por parte dos fundadores da economia moderna (Tom HADDEN)”.

¹⁶Visto que na época a empresa era a atividade comercial propriamente dita, e não a pessoa jurídica (sociedade comercial).

¹⁷Na explicação de Munhoz (2002, p.53), o surgimento da sociedade em nome coletivo se deu, entre outras razões, em razão da necessidade de prosseguimento do negócio após o falecimento do comerciante. Em suas palavras “Os herdeiros do titular de uma casa de comércio, após a morte deste, formavam uma entidade coletiva destinada à continuação dos negócios. O *consortium*, palavra que seria formada a partir de *cum e panis*, indicando a comunhão fraternal de vida e de trabalho.”

direcionamento dos recursos obtidos pelas corporações em prol de objetivos específicos; e, (iii) a soberania econômica transitava gradativamente do clero para a nova classe industrial (DINIZ, 2012, p. 42).

Contemporâneas às corporações de ofício surgem as *societas maris*, com a finalidade de atender o comércio com produtos do Oriente; trata-se de organizações de esforço comum, entendidas como “uma associação binária entre um “*sociusstans*”, um sócio que fica no local, e um “*sociustractor*”, que embarca no navio que vai partir” (DINIZ, 2012, P.45). O “*tractor*” empenha sua força de trabalho na atividade proposta, enquanto que o “*stans*” vê nessa relação uma oportunidade de lucro, com risco limitado ao valor investido (DINIZ, 2012, p. 45).

Para Diniz (2012, p. 46), a evolução do contrato de comenda (comércio marítimo), foi determinante na concepção de um “novo instrumento”, que possibilitava a responsabilidade limitada do proprietário do capital (comanditário) e a responsabilidade ilimitada do administrador do negócio (comanditado); o objetivo desses contratos era a atração de investidores interessados em transferir recursos, com responsabilidade limitada, para que terceiros tomassem a frente da atividade comercial e, portanto, assumissem os riscos que lhe eram inerentes (responsabilidade ilimitada do gestor)¹⁸.

Até aqui, ainda que de forma tímida, os modelos de associação já começam a delinear a limitação de responsabilidade, entretanto, talvez pelos baixos investimentos realizados até então, essa questão não tenha ganhado a importância que assumiria posteriormente: as companhias coloniais, que se apresentam como modelo muito próximo ao da sociedade anônima que hoje conhecemos.

Assim, o início da era dos descobrimentos alterou de forma sensível a maneira de organização da atividade mercantil (MUNHOZ, 2002, p. 55). Os riscos ligados às companhias marítimas responsáveis pela exploração do chamado Novo Mundo e pelo comércio com o Oriente, bem como a necessidade de investimento financeiro superior aos patamares comuns à

¹⁸ Conforme Margoni (2011, p. 25): “Assim, na sociedade em comandita, os sócios comanditários (capitalistas), contribuíam com capital para o exercício da empresa, ao passo que o sócio comanditado (o que efetivamente desempenhava a atividade mercantil) permanecia como proprietário dos resultados e do patrimônio empregado na empresa. O sócio comanditado tinha responsabilidade ilimitada no exercício de sua atividade, o comanditário não. Este tinha apenas um direito de crédito sobre os resultados da empresa, o que os equiparava aos demais credores para fins de responsabilidade.” A autora apresenta uma incursão histórica aprofundada sobre a origem e evolução das sociedades, em pesquisa que trata da descon sideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades; apresenta os antecedentes da Idade Média, notadamente as comunidades agrícolas, as *fraternasocietatis*, as corporações de ofício, as companhias de comércio medieval e a sociedade em comandita (MARGONI, 2011, p. 21-33).

época¹⁹, estimulou algumas nações a criarem as denominadas companhias coloniais, que tinham por objetivo viabilizar a colonização, exploração e comércio com o Novo Mundo e o Oriente²⁰.

Essas companhias (holandesas e ibéricas) integram o que Diniz (2012, p. 48-59), denomina como “fase pragmática”. A era dos descobrimentos, a colonização, a intensificação do comércio, todos resultam num novo modo de produção econômica. As expedições marítimas passam a demandar uma formação jurídica que permitisse a captação mais eficiente de recursos, de modo a financiar as grandes viagens. Basicamente surgiram dois modelos de organização dessas companhias de navegação: (i) o modelo Ibérico; e, (ii) o modelo Holandês²¹.

No modelo Ibérico, utilizado por Portugal e Espanha, o Estado organizava, ele próprio, e de modo monopolístico²², a exploração e o comércio com suas colônias; no caso do modelo Holandês, o Estado congregava investidores que estavam dispostos a suportar os riscos do investimento, mediante a possibilidade de obter lucro.

Conforme Diniz (2012, p. 48), a *Oost Indische Compagnie* (Companhia Holandesa das Índias Orientais), fundada na Holanda em 1602, seria a primeira dessas companhias coloniais que se caracterizavam por um modelo de associação entre o Estado, os comerciantes e investidores dispostos a mobilizar recursos financeiros para viabilizar a conquista do Novo Mundo e do Oriente, na busca pela riqueza e comércio²³.

Vê-se então que, apesar do caráter eminentemente público, bem como a necessidade de autorização do Estado²⁴, tais companhias já delineavam as características principais do

¹⁹ Para se ter uma ideia do volume financeiro, Burns (1968, p. 490-491), afirma que: “O mais importante resultado do descobrimento e conquista das terras além-mar foi, provavelmente, a expansão do suprimento de metais preciosos. Calcula-se que quando Colombo descobriu a América a quantidade de ouro e prata em circulação na Europa não ultrapassava duzentos milhões de dólares. Por volta de 1600, o volume de metais preciosos naquele continente atingiria o pasmoso total de um bilhão de dólares. Parte dele era fruto de pilhagens feitas pelos espanhóis nos tesouros dos incas e astecas, mas o grosso provinha das minas do México, da Bolívia e do Peru. Os efeitos desse fenomenal aumento das reservas de metal precioso só podem ser qualificados como momentosos. Nenhuma outra causa influiu de maneira tão decisiva no desenvolvimento da economia capitalista. Os homens possuíam, agora, a riqueza sob uma forma que podia ser convenientemente armazenada para uso subsequente, e é necessário lembrar que a acumulação de riqueza para investimento futuro constitui um característico essencial do capitalismo.”

²⁰ Valverde (1953, p. 10-14), após analisar a origem, importância política, interesse, formação do capital e estatuto das companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, reconhece sua influência sobre as sociedades anônimas modernas.

²¹ Sobre a diversidade do modelo holandês: Lamy Filho; Pedreira (1995, p. 33)

²² Também constataram o modelo Ibérico como monopolístico: Lamy Filho; Pedreira (1995, p. 32)

²³ Sobre as principais características do modelo holandês: Lamy Filho; Pedreira (1995, p. 33-35)

²⁴ Emitia-se uma carta que autorizava não apenas o seu funcionamento, mas a sua própria constituição (MUNHOZ, 2002, p. 56)

modelo societário isolado: (i) responsabilidade limitada dos sócios e (ii) divisão do capital em partes livremente transferíveis^{25, 26}.

Margoni (2011, p.28) aponta a Companhia Holandesa das Índias Orientais, ao tratar das companhias colonizadoras, como marco inicial do modelo da atual sociedade anônima. Assim destaca:

A formação do capital da Companhia Holandesa das Índias Orientais era feita mediante contribuição de sócios que, em troca, recebiam um comprovante de sua participação, que podia ser livremente transferido, e que assegurava ao respectivo titular um direito de ação contra a Companhia para haver sua parte no patrimônio comum e nos lucros. A responsabilidade dos acionistas era, portanto, limitada ao valor de sua contribuição, representada pelo título de participação, na medida em que ele renunciava ao seu direito real sobre as entradas. Os sócios não tinham nenhuma influência sobre a administração da Companhia e, ainda que a administração fosse exercida no interesse dos sócios, este interesse reduzia-se à mera participação nos resultados da atividade econômica.

Ainda sobre as companhias colonizadoras, a autora trata da transição do modelo entre a Companhia Holandesa das Índias Orientais, criada em 1608, e a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, criada em 1621, destacando que a primeira outorgava aos seus respectivos administradores um mandato vitalício, que estes atuavam como verdadeiros “donos do negócio” e que possuíam responsabilidade ilimitada com relação às obrigações originadas de sua atividade.

Essa realidade teria sido alterada quando da criação da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, que além de determinar que os administradores teriam um mandato por prazo determinado, também estabeleceu regras de prestação de contas, transparência, bem como distribuição de resultados. Segundo a autora esse modelo teria sido seguido

²⁵ Ascarelli, (2001, p. 452): “Nas companhias coloniais já se delineiam os característicos fundamentais, hoje peculiares da sociedade anônima e que a distinguem entre as várias espécies de sociedade: responsabilidade limitada dos sócios e divisão do capital em ações, isto é, possibilidade de serem, as participações de vários sócios, corporificadas em títulos facilmente circuláveis; a pessoa do sócio é, destarte, indiferente à caracterização jurídica da sociedade.”

²⁶ Para uma incursão histórica sobre o tema, interessante observar que Munhoz (2002, p. 57), indica que houve três fases principais na evolução: privilégio, autorização e liberdade. Na primeira fase as companhias só poderiam ser criadas por lei especial que definiria seu escopo, território, etc, haveria, portando, um controle total do Estado sobre essa organização; na segunda fase, cujo período seria entre os séculos XVIII e XIX, marcado pela Revolução Industrial e uma profunda transformação no ambiente econômico, aponta-se que o *Code de Commerce* francês, de 1807, teria sido o primeiro a migrar do sistema de privilégio para o de autorização, onde teria havido uma flexibilização nas exigências para criação das companhias, bastando que o Estado autorizasse o funcionamento de atividades privadas lícitas, sem maiores incursões deste com relação ao seu objeto e funcionamento; e, por fim, a terceira fase, ou melhor, a fase da liberdade, que teria seu início no Estado de Nova York, no ano de 1811, e passou a admitir a criação das companhias (*corporations*) independentemente de lei e/ou autorização do Estado, havendo apenas exigência com relação ao capital e tempo de duração. Sobre o mesmo tema: Valverde (1953, p. 19-47).

posteriormente por diversos outros Estados, notadamente, Inglaterra, França, Espanha, Portugal, Bélgica e Suécia.

Posteriormente, a partir das exigências apresentadas pela Revolução Industrial, o modelo das companhias colonizadoras passou a ser utilizado em outras atividades comerciais. Segundo Margoni (2011, p. 31):

Com a Revolução Industrial, este cenário sofreu sensível alteração. O processo produtivo passou por inúmeras inovações técnicas, tais como: (i) a utilização de novas fontes de energia, como o carvão e o vapor; (ii) o emprego de máquinas na produção em substituição ao trabalho humano; (iii) a descoberta de novas formas de transformar a matéria (ferro e aço, por exemplo); e (iv) a organização do trabalho em grandes unidades centralizadas, com divisão de trabalho eficiente. O modelo de sociedade anônima, que permitia angariar vultosas somas de capital para financiar a atividade de exploração do Novo Mundo, passou a ser desejado pela grande indústria em seu processo de produção em massa, para lhe proporcionar a incorporação de capitais de que tanto tinha necessidade para a sua constante expansão.

A atividade produtiva sofreu forte alteração a partir da Revolução Industrial, pois o invento da eletricidade e da máquina a vapor permitiu e, posteriormente até estimulou, a produção em massa, demandando, portanto, a exigência de maiores investimentos, melhor planejamento e maior complexidade na forma de organização. Em resposta a essas exigências “o sistema jurídico concebeu o instituto das sociedades anônimas” (MUNHOZ, 2002, p. 58). Esse modelo de associação se transformou a principal forma de organização da atividade produtiva, pois atendia às principais demandas da economia industrial: (i) alto investimento financeiro; (ii) aprisionamento de risco do investidor; (iii) estabilidade de organização e planejamento. Na lição de Ascarelli (2001, p. 340):

de instrumento jurídico “excepcional”, a sociedade anônima passou a constituir uma forma jurídica ‘normal’ da empresa econômica e a sua adoção se espalhou pari passu com a industrialização de vários países.

No Brasil essa evolução também se percebeu²⁷: num primeiro momento, que prevaleceu até o Código Comercial de 1850, as companhias eram constituídas por carta real (fase do privilégio). Posteriormente houve a fase da autorização, que pode ser observada a partir da leitura do artigo 295 do Código Comercial brasileiro de 1850, que assim enunciava:

²⁷ Valverde (1953, p. 17-47), apresenta uma incursão histórica sobre a legislação brasileira das sociedades anônimas.

As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorização do governo, dependendo de aprovação do corpo legislativo quando hajam de gozar algum privilégio; e devem provar-se por escritura pública ou pelos seus estatutos e pelo ato do poder que as houver autorizado²⁸

O regime da liberdade na constituição da sociedade anônima tem seu início marcado com a Lei 3.150 de 1882²⁹; essa norma possui 42 artigos e regula a constituição das companhias e sociedades anônimas, sendo que já em seu primeiro artigo dispôs: “Art. 1º As companhias ou sociedades anonymas, quer o seu objecto seja commercial quer civil, se podem estabelecer sem autorização do Governo”.

O intuito desse resumo é apenas demonstrar algumas etapas que precederam à criação da sociedade anônima isolada, cujo modelo caracterizado pela separação de patrimônio, autonomia jurídica e limitação de responsabilidade, exigido pelo contexto econômico, estimulou o uso dessa forma associativa e, por consequência, o desenvolvimento econômico³⁰. Para Cunha (2013, p. 373-374), seriam quatro os principais elementos que justificam o sucesso do modelo da sociedade anônima em nossos tempos: (i) personalidade jurídica; (ii) limitação da responsabilidade de seus membros; (iii) livre transferência das participações acionárias; e, (iv) concentração da administração³¹.

Feitas essas considerações, passa-se à análise das principais características norteadoras da sociedade anônima isolada autônoma e dotada de personalidade jurídica e responsabilidade limitada.

²⁸ O artigo restringe, claramente, a necessidade de autorização do governo apenas àquelas companhias que tiverem algum privilégio; além disso, assim como no modelo norte-americano, percebe-se que o requisito temporal se fez presente.

²⁹ Interessante mencionar que no parágrafo 2º do artigo 2º, a Lei 3.150 é clara ao estabelecer que os sócios eram responsáveis apenas pela quota de capital das ações que subscreverem ou que lhe foram cedidas, demonstrando clara preocupação com a questão da limitação de responsabilidade.

³⁰ Para análise aprofundada do histórico da evolução das sociedades: MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. No mesmo sentido: HOLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. *Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27-59. Oliveira (1979, p. 95-102) apresenta histórico sobre a evolução da personalidade jurídica no Brasil.

³¹ Valverde (1953, p. 64), reconhece as seguintes características como centrais ao modelo da sociedade anônima: “a) divisão de todo o capital em partes, chamadas ações; b) na responsabilidade limitada de todos os participantes, subscritores ou acionistas, ao montante das partes ou ações tomadas ou subscritas; c) na possibilidade de substituição de todos os seus sócios pela simples transferência dos seus títulos (ações)”. Fatores semelhantes são reconhecidos por Lamy Filho; Pedreira (1995, p. 63), com destaque, novamente, à limitação da responsabilidade.

2.1.1 Características da Sociedade Comercial Isolada: personalidade jurídica, autonomia e responsabilidade limitada

As mudanças econômicas, portanto, colaboraram na formação do modelo de sociedade comercial que privilegia os seguintes pressupostos: autonomia, independência e responsabilidade limitada; nesse contexto, a personalidade jurídica surge como técnica de separação patrimonial que permite a limitação de responsabilidade dos sócios, pois possibilita a criação de centros unitários de imputação de direitos e obrigações, com patrimônio autônomo.

Não se pretende nesta dissertação aprofundar a análise sobre as diversas correntes e teorias que buscam qualificar a pessoa jurídica³², pois o objetivo é apenas apresentar uma breve reflexão sobre as bases teóricas do direito societário e, com isso, analisar os fundamentos para extensão de responsabilidade aos integrantes de grupos societários.

Parte-se, portanto, de uma concepção de pessoa jurídica como um ente criado pelo Direito, ou, como define Munhoz (2002, p. 67) “a pessoa jurídica deve buscar seu significado nas normas do sistema normativo que a preconizou”³³, ou seja, uma unidade jurídica autônoma, que busca atingir seus próprios fins, capaz de adquirir direitos e obrigações, sua formação se dá pela organização de pessoas e/ou bens e ela possui personalidade jurídica atribuída por força de lei³⁴.

No Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), há previsão específica no artigo 985, de que a sociedade adquire “personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”; o Código reconhece as sociedades como pessoa jurídica de direito privado (II, art. 44), determinando que sua existência se dá a partir do registro do ato constitutivo no órgão competente (art. 45)

³² Sobre o tema: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

³³ A pessoa jurídica seria uma criação dos operadores do direito que não o preexiste e que serve como instrumento para composição de interesses, afetação de bens e solução de conflitos (COELHO, 2014, p. 25).

³⁴ Esses elementos são trazidos a partir da definição apresentada por Camargo (2009, p.293), que assim definiu pessoa jurídica: “A pessoa jurídica seria, então, uma unidade jurídica de fins próprios e autônomos, com capacidade de adquirir direitos e obrigações, formada por uma organização de pessoas ou bens, com personalidade jurídica atribuída por força de lei”. Cunha (2013, p. 395), apresenta a definição de Pontes de Miranda, que em resumo seria: “as pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateralmente (fundações). Daí concluir que “ser a pessoa é fato jurídico (...) A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito”

O Código Civil revogado (Lei 3.071/1916), por meio do art. 18 determinava que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado iniciava-se com a inscrição de seus atos constitutivos no órgão de registro competente; o art. 20 do mesmo Código era explícito ao reconhecer que as pessoas jurídicas tinham existência distinta da existência de seus membros (autonomia)³⁵.

A Lei das S.A. não apresenta disposição semelhante, entretanto, pela análise do art. 1º, art. 81, parágrafo único do art. 99, art. 207, 266, §1º do artigo 278, percebe-se claramente que a lei reconhece a existência de personalidade jurídica às sociedades constituídas sob tal forma. Destacam-se os artigos 1º e o parágrafo único do art. 99, que respectivamente reconhecem a responsabilidade limitada dos acionistas ao valor das ações subscritas e/ou adquiridas e a distinção entre a sociedade e seus administradores, desde o início, proclamando sua autonomia com relação a estes.

Munhoz (2002, p. 67), descreve o surgimento da personificação societária como resposta à exigência de organizações que permitissem a mobilização de elevadas somas de capital, que admitissem a especialização de funções e fossem estáveis e duradouras, ou seja, que transcendessem, portanto, a existência dos sócios e que perseguissem um interesse próprio; essas exigências surgem como pressuposto de desenvolvimento econômico a partir da Revolução Industrial. Ao se concluir, portanto, que a pessoa jurídica constitui um sujeito de direito distinto de seus sócios, autônomo e com capacidade jurídica, reconhece-se que esse ente age em nome próprio e busca atender seus próprios interesses, não o de seus sócios ou acionistas. Para Munhoz (2002, p. 68)

A personificação da sociedade surge, nesse contexto, como técnica que permitiu separar o ente coletivo de seus respectivos membros, transformando-o num sujeito autônomo de direito e obrigações, com estruturas patrimonial e organizacional independentes, voltado à consecução de um interesse próprio – o interesse social.

A personalização seria, portanto, uma “técnica jurídica utilizada para atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais” (COMPARATO, 2014, p. 279). Para Munhoz (2002, p. 68), a limitação da responsabilidade³⁶ seria a principal função exercida pelo instituto da pessoa

³⁵ Oliveira (1979, p. 95-102)

³⁶ Holanda (2008, p. 28): “Do ponto de vista econômico, a existência da limitação da responsabilidade é um dos pressupostos imprescindíveis da sociedade anônima, pois o risco em que incorreriam os investidores seria por demais elevado, e a ausência de qualquer limitação de suas responsabilidades afugentaria qualquer intenção de investimento”

jurídica^{37, 38}, pois se os sócios fossem ilimitadamente responsáveis pelos débitos sociais, estes não seriam estimulados a alocar seus recursos em sociedades nas quais não tivessem o poder de determinar a condução de suas atividades. Dessa forma, reconhecer a autonomia das sociedades equivale a compreender a existência de um poder-dever que determina que os interesses da sociedade devem ser atendidos pelo seu centro decisório, ou seja, é o reconhecimento de que a sociedade possui um interesse próprio, que é distinto do interesse de seus sócios e administradores.

Reconhecida a personalização da sociedade, o passo seguinte é o reconhecimento da separação patrimonial, ou seja, a distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios – “a separação do patrimônio decorre, portanto, da personalidade jurídica...” (MUNHOZ, 2002, p.72). Como sujeito de direito que persegue seus próprios interesses, a pessoa jurídica possui seus próprios direitos e obrigações, respondendo, com seu patrimônio autônomo, portanto, pelas suas dívidas³⁹. Para Munhoz (2002, p. 73):

Nas sociedades personificadas com responsabilidade limitada vigora, portanto, o princípio da absoluta autonomia dos elementos ativos e passivos que compõem o patrimônio social, significando que os sócios não têm relação jurídica com os elementos ativos do patrimônio, que são de titularidade da sociedade, nem com os elementos passivos, que vinculam apenas o ente coletivo.

Com a personificação da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial⁴⁰, é intuitivo concluir que não podem os credores sociais pretender atingir o patrimônio dos sócios, nem os credores dos sócios buscar a satisfação de seus créditos nos bens sociais, salvo nos casos de

³⁷ Scalzilli (2015, p. 68-76), afirma que a “responsabilidade limitada não está necessariamente ligada à pessoa jurídica”, para o autor, a limitação de responsabilidade está relacionada à efetiva transferência de bens de produção (entradas de capital), que serão utilizados na atividade empresarial, ou seja, é a efetiva separação de patrimônio (autonomia patrimonial) para o desenvolvimento de determinada atividade empresarial que justificaria a limitação da responsabilidade.

³⁸ Para maior incursão sobre a questão da responsabilidade limitada e seus fundamentos, CIAMPOLINI NETO e WARDE JR (2010, p. 240-284), ao tratarem dos sócios da sociedade em comandita simples, da limitada e da sociedade anônima, apresentam entendimento de que não seria a personificação o elemento essencial a fundamentar a responsabilidade limitada, mas, ao contrário disso, o elemento essencial seria a efetiva transferência de bens, ativos, à unidade empresarial, para que esta desenvolva suas atividades – afirmam que a responsabilidade limitada se funda “na alienação do objeto das entradas de capital e na consequente extinção dos poderes – típicos da condição de dono – que outrora, i.e., antes da transferência de propriedade, exerciam sobre eles.”

³⁹ Para Ascarelli (2001, p. 263) “Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios.”

⁴⁰ Munhoz (2002, p. 76): “Para que a sociedade seja considerada um ente jurídica e economicamente autônomo, é fundamental a existência de uma estrutura patrimonial própria, distinta do patrimônio individual de seus membros, que possa fazer face aos direitos e obrigações decorrentes do exercício da atividade empresarial.”

aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil (MARGONI, 2011, p. 141).

A limitação da responsabilidade é outro efeito que acompanhou o processo de personalização⁴¹ das sociedades comerciais, e que também decorreu das exigências socioeconômicas verificadas a partir da Revolução Industrial. Não é difícil concluir que: se não fosse a limitação de responsabilidade poucos estariam dispostos a investir recursos financeiros em atividades de risco como, por exemplo, foram as companhias colonizadoras.

Afirmar a existência de responsabilidade limitada é reconhecer que o patrimônio dos acionistas (investidores), encontra-se protegido ante eventual fracasso da atividade empresarial (CUNHA, 2013, 407)⁴². Para Holanda (2008, p. 26), responsabilidade limitada seria uma “pedra fundamental do direito das sociedades, representando uma regra revolucionária aos padrões anteriores”, o autor apresenta uma análise a partir da leitura de José Engrácia Antunes (2005, p. 33-34), sobre a origem histórica da responsabilidade limitada indicando que a primeira previsão legal sobre responsabilidade limitada no direito europeu seria o 33º do Código Francês de 1807. O alargamento do conceito de responsabilidade limitada foi essencial ao desenvolvimento econômico verificado após o séc. XV (CUNHA, 2013, p. 412)⁴³.

⁴¹ Apesar de íntima relação entre personificação e responsabilidade limitada, não é possível afirmar que esta decorre daquela, ou a pressupõe, pois há modelos societários de responsabilidade limitada dos sócios que se apresentam sem personificação, como, por exemplo, as sociedades em conta de participação; por outro lado, há modelos de sociedades personificadas que impõem a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, como, por exemplo, a sociedade em nome coletivo e a sociedade simples. Scalzilli (2015, p. 71) ao analisar o tema afirma que “não se pode afirmar – como fazem inadvertidamente alguns – que a limitação da responsabilidade surgiu com a personalidade jurídica, ou que só pode haver limitação da responsabilidade com ela. Nesse sentido, observa com muita propriedade NORBERTO MAC-DONALD que, tradicionalmente, a ideia de limitação de responsabilidade vem acompanhada da personalidade jurídica. Mas o ‘benefício da responsabilidade limitada não foi, pois, introduzido pela elaboração do conceito de pessoa jurídica. É anterior a ele, tanto com relação às sociedades anônimas, como figuras associativas existentes na época romana e na intermídia. Assim, a concepção de uma sociedade como pessoa jurídica não constitui o fundamento da limitação da responsabilidade, mas sua justificação teórica dada a posteriori’.” No mesmo sentido: Oliveira (1979, p. 261) “... a responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica”.

⁴² Cunha (2013, p. 376), apresenta esse mesmo questionamento sob uma perspectiva semelhante: “Não há como se falar em mercado bursátil sem a exata noção de responsabilidade descrita em nossa legislação societária, sobretudo na Lei 6.404/76, que a limita expressamente à exposição de risco do acionista ao valor das ações subscritas ou adquiridas. Para usar um exemplo extremo, mas sempre ilustrativo, imagine-se que em vista da compra de um pequeno lote de ações em bolsa, o investidor ficasse responsável, com patrimônio pessoal e de forma ilimitada, de passivos gigantes como Petrobras, Banco do Brasil e outras.”

⁴³ Cunha (2013, p. 412): “O florescimento da renascença, o desenvolvimento do comércio ultramarino, a própria criação dos Estados modernos e os investimentos bursáteis, inexistiriam ou seriam gravemente afetados sem a maturação e aplicação do conceito de personalidade”.

Ainda segundo Holanda (2008, p. 28)⁴⁴:

O conceito básico a que se submete a limitação da responsabilidade está ligado ao simples e lógico binômio poder/responsabilidade, ou seja, apenas devem ser responsabilizados aqueles que podem, detêm e exercem o poder sobre os bens da companhia, não detendo responsabilidade aqueles que, por outro lado, não o exerçam, apesar de também serem proprietários da sociedade, como é o caso do simples acionista das sociedades anônimas.

Cunha (2013, p. 407), apresenta um histórico sobre a evolução do conceito de responsabilidade limitada e analisa a sua importância para o desenvolvimento do econômico-social; para o autor a dispersão acionária, a atração de pequenos investidores e o desenvolvimento do mercado bursátil não seria possível sem a limitação de responsabilidade. A responsabilidade limitada permite ao agente econômico que calcule o risco que está disposto a assumir em razão do investimento que pretender realizar (FORGIONI, 2009, p. 155).

Em contraposição aos autores anteriormente citados, não é possível deixar de apresentar a opinião de Henry Hansman e Reinier Kraakman, que propõe a adoção de um modelo de responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários, justificando-o a partir do entendimento de que a responsabilidade limitada estimularia uma excessiva assunção de riscos e permitiria a sua utilização como estratégia empresarial de evasão de responsabilidade, a partir da separação de atividades perigosas em diversas subsidiárias (HANSMAAN; KRAAKMAN; 2012; p. 257). A questão central enfrentada pelos autores é a apresentação das consequências entre a adoção do modelo de responsabilidade limitada e ilimitada. Destacam-se as seguintes críticas apresentadas pelos autores em relação à responsabilidade limitada: (i) seria um incentivo ao acionista a gastar pouco em precauções

⁴⁴O autor também analisa a questão por meio do método da análise econômica do direito. Nessa perspectiva, o autor apresenta seis motivos da necessidade da existência da limitação da responsabilidade: (i) redução de custos com a administração – caso não houvesse a limitação de responsabilidade, os acionistas buscariam um controle maior sobre os atos praticados pelos administradores; (ii) redução de custos dos acionistas para controle e análise das condutas dos demais acionistas – no caso de responsabilidade ilimitada os acionistas seriam estimulados a acompanhar a situação patrimonial dos demais acionistas, pois todos acabariam por arcar com eventuais prejuízos gerados pela sociedade; (iii) a responsabilidade limitada atuaria como pressuposto à livre transferência de ações para outros investidores, diante disso, atuaria como incentivo aos administradores para bem gerir a companhia, evitando sua substituição pelos novos acionistas; (iv) a responsabilidade limitada permitiria que o valor da empresa fosse independente do patrimônio dos acionistas; (v) a responsabilidade limitada também permitiria aos “investidores” que pudessem diversificar seus investimentos, sem a necessidade de acompanhar “de perto” a administração de cada companhia na qual pretendessem alocar recursos, pois permite que se possa calcular previamente o risco/valor do investimento; e, (vi) a responsabilidade limitada permitiria que os investimentos fossem direcionados a atividades arriscadas, sem o risco de ruína pessoal (HOLANDA, 2008, p. 28).

contra acidentes; (ii) estimularia o superinvestimento em atividades perigosas; (iii) estimularia o acionista a subinvestir em sua empresa individual⁴⁵.

Não é difícil supor que a adoção de um modelo de responsabilidade ilimitada poderia estimular um comportamento mais cauteloso do investidor ao selecionar as empresas que receberiam seus aportes, bem como do empresário, ao definir a forma de condução das suas atividades e as precauções necessárias (contratação de seguros de responsabilidade e melhora no sistema de monitoramento/supervisão das atividades da empresa, por exemplo). Por outro lado, entre os efeitos colaterais desse modelo é intuitivo reconhecer uma diminuição no fluxo do capital entre investidores e investidas, face ao crescimento dos riscos envolvidos.

Retomando a questão da responsabilidade limitada, o art. 5º do estatuto do Banco do Brasil marca no país o aparecimento da responsabilidade limitada perante o ordenamento jurídico. Assim constava: “Toda e qualquer pessoa que quiser entrar para a formação desse corpo moral, o poderá fazer sem exclusão alguma, ficando unicamente obrigada a responder pela sua entrada”⁴⁶.

Em termos legislativos, a regulamentação da sociedade anônima se inicia por meio do Decreto 575, de 1849, que é omissivo sobre a limitação de responsabilidade dos acionistas em relação a débitos da companhia, entretanto, o Código Comercial de 1850, Decreto 556, de 1850, já apresentava o conceito da responsabilidade limitada, dispondo em seu art. 298: “Os sócios das companhias ou sociedades anônimas não são responsáveis a mais do valor das ações, ou do interesse por que se houverem comprometido”. A limitação de responsabilidade também se verifica na Lei 3.150, de 1882, que trata das sociedades anônimas e companhias, e que no §2º, do art. 2º⁴⁷, foi expresso ao afirmar que os sócios são responsáveis apenas pelo valor da ação que subscreve ou que lhe é cedida.

A mesma redação do §2º, do art. 2º da Lei 3.150, de 1882, é repetida no art. 15 do Decreto n.º 434, de 1891; o referido decreto consolidou a legislação sobre sociedades

⁴⁵ Ao longo do citado artigo os autores também apresentam as críticas existentes para adoção do modelo de responsabilidade ilimitada, notadamente na companhia aberta; dentre as críticas apresentadas, destacam-se os custos impostos pela responsabilidade ilimitada ao mercado de valores mobiliários, sendo que, dentre estes, o risco de indução aos participantes do mercado em realizar o denominado “monitoramento excessivo”, merece especial atenção (HANSMANN; KRAAKMAN; 2012, p. 287)

⁴⁶ O Banco do Brasil foi o primeiro banco público brasileiro, criado pelo príncipe regente por meio de alvará datado de 12 de outubro de 1808 (VALVERDE, 1953, P. 17), já prevendo regra de limitação de responsabilidade ao acionista.

⁴⁷ Art. 2º, § 2º Os socios são responsáveis sómente pela quota de capital das acções que subscrevem, ou lhes são cedidas.

anônimas, entretanto, além do art. 15, também apresenta o art. 1º, que expressamente proclamou a responsabilidade limitada do acionista, assim dispondo:

As companhias ou sociedades anonymas se distinguem das outras especies de sociedades pela divisão do capital em acções, pela responsabilidade limitada dos accionistas e necessidade do concurso, pelo menos, de sete socios.

Vale destacar, por fim, que o Decreto n.º 3.708, de 1919, o Decreto-Lei 2.627, de 1940, a Lei das S.A. e o Código Civil de 2002, todas essas normas apresentam disposição expressa sobre a limitação de responsabilidade dos sócios e/ou acionistas, destacando-se o art. 1º da Lei das S.A., que claramente dispõe que “... a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.”

Eis aí o ponto central desta pesquisa: a responsabilidade objetiva e solidária prevista na Lei Anticorrupção representa uma ruptura com o modelo de sociedade comercial⁴⁸ desenvolvido ao longo de anos, que privilegia a responsabilidade limitada do acionista. Há justificativa para essa ruptura? Existe alguma relação entre poder e responsabilidade no âmbito societário, notadamente no âmbito dos grupos? Como a Lei Anticorrupção tratou do binômio poder e responsabilidade?^{49, 50}

2.2 A intensificação do fenômeno concentracionista no século XX

Ultrapassada a exposição acerca do modelo societário isolado, sua origem e principais características (autonomia, responsabilidade limitada e patrimônio diferenciado), urge analisar

⁴⁸ O modelo societário vigente se assenta em bases que prestigiam a sociedade individual, de responsabilidade limitada, com patrimônio autônomo e interesses distintos dos seus sócios, ou seja, como ente responsável pela busca de seus próprios interesses, com capacidade para assumir direitos e obrigações e responsável, portanto, pelos riscos da atividade que desenvolve (MUNHOZ, 2002, p. 71; 84)

⁴⁹ Aqui vale apontar o trabalho desenvolvido por A. Berle e G. Means por meio do qual os autores apresentam uma análise sobre a dissociação entre propriedade do capital e controle societário-empresarial, no âmbito das sociedades (apud FORGIONI, 2009, p. 66; 90). Entre nós: Nelson Eizirik publicou o artigo O mito do controle gerencial – alguns dados empíricos (1987), no qual demonstrou a inadequação da aplicação da tese de Berle e Means à realidade das companhias abertas brasileiras.

⁵⁰ O empresário individual, que por séculos constituiu a célula fundamental do comércio, respondia com seu patrimônio pessoal pelos riscos da sua exploração econômica, num contexto de economia predominantemente rural e artesanal que precedeu o capitalismo industrial dos séculos XVIII e XIX; a empresa individual era desprovida de qualquer tipo de individualidade jurídica e a atividade era explorada em nome do próprio titular, tornando-se inevitável que ele respondesse pessoalmente pelos riscos da atividade. Esse regime, além de alinhado com o princípio geral da unidade do patrimônio, segundo o qual cada indivíduo responde com seus bens perante seus respectivos credores, também estava alinhado com outro princípio fundamental da responsabilidade, segundo o qual quem pratica em proveito próprio determinadas ações ou omissões, deve responder pelas consequências dela decorrentes – nexo entre poder e responsabilidade (ANTUNES, 2005, p. 31).

a maneira como o fenômeno da concentração empresarial se iniciou, bem como suas consequências perante o modelo sobre o qual o arquétipo societário foi idealizado. Num mercado de grande escala e globalmente competitivo, que se pode observar a partir da fase final da Revolução Industrial (século XX), a concentração empresarial surge como alternativa ao empresário para fazer frente aos desafios de sua atividade⁵¹.

HOLANDA (2013) e MUNHOZ (2002) observam que tal fenômeno ocorreu em duas fases, sendo que a primeira foi caracterizada pela expansão interna da sociedade isolada, e a segunda, a expansão externa, que leva ao fenômeno da empresa plurissocietária. A expansão interna é caracterizada pelo aumento da “dimensão absoluta das empresas e pela diminuição do seu número” (MUNHOZ, 2002, p. 90). Nessa fase o que se observa é o crescimento da empresa de maneira “monolítica” (MUNHOZ, 2002, p. 90), ou seja, com o objetivo de aumentar a produção em escala, bem como o seu poder de mercado, as empresas utilizam de seus próprios recursos financeiros, técnicos e comerciais para se expandirem internamente. Nessa fase as empresas mantinham sua autonomia econômica e jurídica, o crescimento, ou a concentração, se dava por meio de instrumentos de fusão e incorporação de empresas.

A expansão interna das empresas encontrou limites organizativos, financeiros e legais⁵². Tais limites levariam à denominada segunda fase de expansão da empresa, ou fase secundária, caracterizada pelo seu crescimento externo, ou seja, pela formação dos denominados grupos societários caracterizados pela “integração das empresas em estruturas cada vez maiores nas quais, embora haja perda da autonomia econômica das unidades, é mantida a independência jurídica” (MUNHOZ, 2002, p. 91); esse modelo, também denominado de empresa plurissocietária, que alia a diversidade jurídica à unidade econômica, marca um rompimento com o modelo societário clássico da sociedade isolada e autônoma que persegue exclusivamente seus interesses.

⁵¹ Forgioni (2009, p. 159), reconhece que o movimento de concentração empresarial seria “inevitável consequência da globalização econômica”, pois somente os entes de grande porte é que estariam aptos à competição internacional. O mesmo tema é tratado por Lamy Filho, Pedreira (1995, p. 60-63), que reconhecem os fatores de competição global como determinantes no fenômeno da concentração empresarial e constituição da macroempresa, reconhecem, ainda, que o modelo de companhia difundido a partir da Revolução Industrial, mostrou-se uma “extraordinária aptidão como instrumento para reunir recursos financeiros, centralizar o poder nos grupos empresários e nas empresas, e institucionalizar grandes organizações de produção” (p. 63).

⁵² Holanda (2013, p. 37): “Destaca, no entanto, Engrácia Antunes que essa forma de expansão societária logo sofreu limitações financeiras, organizativas e legais. Por um lado, o crescimento econômico interno da sociedade gera dificuldades para a sua manutenção, haja vista os gastos financeiros e a dificuldade na constância do processo acumulativo. De outro, a expansão interna gera dificuldades organizativas, tornando inviável a gestão eficiente do todo. Por fim, o elevado poder econômico das grandes empresas poderia levar a tendências monopolistas, ferindo as regras da concorrência, tornando necessária a intervenção legal estatal para breçar as distorções encontradas no mercado.”

São diversos os trabalhos acadêmicos⁵³ que apresentam o fenômeno concentracionista e que, a partir de uma exposição do contexto econômico e social das últimas décadas, especialmente da globalização, enfrentam o seu marco regulatório e as principais incertezas que ainda incomodam essa realidade. Antes da edição da atual Lei das S.A., Comparato sintetizou a questão: “A evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial” (COMPARATO, 1970, p.4).

Comparato apresenta as vantagens da constituição dos grupos no que vem a denominar “economias internas de escala”⁵⁴, justificando-os por meio da diminuição do custo de produção, pelo aumento do volume (ganho de escala), possibilidade de autofinanciamento das empresas com a transferência interna de recursos, multiplicação de estabelecimentos comerciais, estudos de mercado e publicidade em larga escala, entre outros.⁵⁵ Afirma, enfim, que “o salto tecnológico da segunda revolução industrial acrescentou novas razões justificadoras do movimento concentracional” (COMPARATO, 1970, p.4)⁵⁶. Essa mudança revela-se “com a existência cada vez mais frequente do grupo de sociedades substituindo a sociedade única; da sociedade multinacional em vez da nacional; da grande empresa no lugar de numerosas empresas médias” (WALD, 2005, p.7).

É possível identificar vantagens de ordem jurídica, econômica e financeira, a justificar a escolha pelo modelo grupado; entre as razões jurídicas identificam-se a dispersão (alocação) de

⁵³ Munhoz (2002, p.85), apresenta o fenômeno concentracionista a partir do entendimento de que houve uma evolução do sistema de produção capitalista identificada a partir da metade do século XIX. O autor indica influências de caráter institucional, político, social e tecnológico que dariam suporte ao citado fenômeno – a formação de blocos econômicos com vistas à integração de mercados, a assinatura de acordos regionais para eliminação de barreiras alfandegárias e a criação de instituições financeiras internacionais (FMI e Banco Mundial), com o intuito de harmonizar o sistema financeiro internacional, são exemplos apresentados pelo autor para justificar o fenômeno concentracionista. Tais alterações no cenário econômico pressionaram seus agentes a uma concorrência em escala mundial, exigindo não apenas maior suporte financeiro, mas também maior maleabilidade das estruturas organizacionais, a fim de enfrentar as rápidas modificações das exigências do mercado. Ao final, conclui que a busca pela maior eficiência produtiva e alocativa, bem como a necessidade da criação de barreiras concorrenciais é, no fundo, o fio condutor do fenômeno concentracionista. No mesmo sentido, Lobo (1999, p.24), apresenta informações relevantes sobre a realidade dos conglomerados de empresas e sua dimensão, pouco antes de enfrentar o tema perante o marco legal brasileiro. Prado (2006, p.18), também caminha por via semelhante, discorrendo sobre a revolução industrial e seus impactos sobre a expansão interna e posteriormente externa, formação de grupos, das sociedades empresariais. Munhoz (2003, p.273), justifica a consolidação do grupamento societário como principal técnica de organização da atividade empresarial contemporânea em virtude da capacidade de conciliar a “necessidade de contínua expansão e concentração do poder empresarial, (ii) à limitação dos riscos e às exigências de flexibilização e diversificação funcional e geográfica impostas pela economia globalizada”.

⁵⁴ O autor afirma que a expressão “economias internas de escala” teria sido consagrada por Alfred Marshall.

⁵⁵ Prado (2006, p.41), também apresenta os motivos que levam à constituição dos grupos empresariais. A autora apresenta o tema a partir da perspectiva da redução de riscos, da otimização dos investimentos e do processo de internacionalização das empresas.

⁵⁶ No mesmo sentido: “É unânime o entendimento de que o processo de concentração empresarial tem caracterizado a evolução do sistema de produção capitalista” (MUNHOZ, 2002, p.85).

risco entre as sociedades grupadas e as vantagens tributárias em vista da possibilidade da constituição de sociedades controladoras em locais com tributação reduzida, gerando ao grupo uma economia tributária que não existiria se isoladas fossem. Com relação às vantagens econômicas, observa-se que a integração entre variados agentes econômicos, que apesar de se manterem juridicamente autônomos, passam a conviver com uma direção econômica unitária, permite-lhes auferir uma série de benefícios em decorrência dessa atuação em conjunto, como, por exemplo: a garantia de fornecimento de matéria prima a um preço competitivo, a maximização da atividade produtiva, busca de financiamentos bancários e a mais eficiente alocação de recursos excedentes em unidades do grupo, sem gerar o gigantismo de uma única unidade.

Ainda sob o ponto de vista econômico, a concentração empresarial em grupos permite, portanto, a integração de cadeias produtivas na forma horizontal (agentes econômicos que atuam no mesmo ramo, ou seja, concorrentes diretos que atuam no mesmo nível da cadeia produtiva), na forma vertical (agentes econômicos que atuam em níveis diversos da cadeia produtiva de um mesmo mercado, por exemplo, a concentração entre produtores e respectivos fornecedores) e a criação de conglomerados (concentração entre agentes econômicos cujos produtos não são complementares e nem concorrem entre si, com a possibilidade de integração de países e produtos diversos, como, por exemplo, o Grupo Odebrecht que atua nos ramos de construção civil, indústria e serviços).

As vantagens financeiras estão relacionadas à possibilidade de domínio pela sociedade controladora de diversas e variadas sociedades e suas respectivas atividades, a partir de uma alocação menor de recursos financeiros, ou seja, as estruturas grupadas piramidais ou em cascata⁵⁷, permitem o acúmulo de poder com menor capital investido. A estrutura grupada

⁵⁷ Ao tratar da utilização da estrutura grupada para consolidação de poder com baixo investimento de capital, Vio (2016, p. 78) apresenta a seguinte análise: “Um dos caminhos mais típicos por meio dos quais o grupo é utilizado para tal fim é o da constituição de estruturas piramidais ou em cascata. Entre a companhia holding de comando e as sociedades efetivamente operacionais são interpostas diversas sociedades intermediárias, em cada uma das quais o controlador detém a parcela de capital estritamente necessária para determinar o seu voto na assembleia da sociedade controlada que está imediatamente “abaixo” na cadeia, atribuindo-se o restante das ações em cada um dos diversos degraus societários da estrutura grupal a acionistas externos. Assim, detendo não mais do que metade mais uma das ações da companhia que se encontra na posição de vértice, o controlador decide o voto de todas as ações que esta última detém na sociedade que controla imediatamente, o que por sua vez permite o direcionamento dos votos desta última em suas próprias controladas e assim por diante. Desse modo, o controlador pode determinar os rumos de enorme volume de recursos, tendo por base investimento extremamente baixo, em termos proporcionais. (VIO, 2016, p. 78). No mesmo sentido, Antunes (2002, p. 66-67) afirma: “A técnica do grupo traz igualmente consigo vantagens financeiras. De facto, ao contrário do que acontece com outras técnicas concentracionísticas funcionalmente equivalentes (v.g. as fusões e transferências de activos, que implicam sempre a mobilização de grandes recursos financeiros), os grupos societários continuam a possuir um grande atractivo para os empresários, uma vez que permitem assegurar virtualmente o controlo de uma enorme massa de capitais, e a direção económica de numerosas empresas societárias individuais, através de um investimento inicial de capital muito reduzido.”

permite que a dissociação entre propriedade e controle de capital seja levada às últimas consequências, permite, dessa forma, que ocorra o “controle sobre a maior massa possível de recursos com o menor investimento de capitais próprios” (VIO, 2016, p. 77).

Margoni (2011, p. 50), também apresenta uma reflexão sobre quais seriam as principais razões para formação dos grupos; a autora apresenta cinco principais motivos: (i) diminuição do risco; (ii) mobilidade da estrutura empresarial; (iii) flexibilidade da organização empresarial; (iv) redução dos custos de transação; e, (v) redução do investimento inicial de capital. Todos esses motivos apontam para melhor eficiência e proteção na aplicação do capital.

Merece relativo destaque a limitação de responsabilidade no âmbito dos grupos (ou a dispersão do risco)⁵⁸; essa limitação permite que as sociedades grupadas aprisionem os riscos de suas respectivas atividades em determinadas unidades como se isoladas fossem (independência jurídica), pois cada sociedade do grupo é, perante terceiros, um sujeito de direito independente dos demais integrantes. Sob outro ângulo, significa dizer que a sociedade controladora (ou sociedade-mãe), estaria imune aos riscos empresariais das atividades desenvolvidas pelas controladas (ou sociedades-filhas).

O benefício da limitação da responsabilidade no âmbito dos grupos traz inúmeros resultados que não são apenas legítimos, mas que também seriam altamente desejáveis; a limitação de responsabilidade é algo que não interessa apenas a empresa devedora, mas também seus credores, pois “permite que o credor analise apenas a situação patrimonial da sociedade com a qual diretamente contrata, sem ter que investigar o status do grupo inteiro” (VIO, 2016, p. 88)⁵⁹. A responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção rompe com este modelo e pode impactar nos custos de transação para instituições financeiras, por exemplo, que deverão impor um alto padrão de análise e cautela na concessão de crédito para sociedades grupadas, especialmente se alguma sociedade integrante do grupo tenha maior exposição aos possíveis ilícitos listados pela Lei Anticorrupção.

⁵⁸ Vio (2016, p. 89). Afirma que a limitação da responsabilidade é a motivação mais determinante dentre todas as razões para a escolha da estrutura plurissocietária, e que haveria um interesse público na existência da compartimentação patrimonial, que não pode ser omitida em nenhuma opção legislativa.

⁵⁹ Nesse mesmo sentido ANTUNES (2002, p. 153-154): “Ao colocar ao alcance dos credores de uma qualquer sociedade grupada, não apenas os respectivos bens próprios, mas, solidária ou subsidiariamente, o patrimônio da sociedade-mãe e até do grupo inteiro, não apenas se podem introduzir desigualdades colaterais para os credores das restantes sociedades do grupo – designadamente, os credores de filiais saudáveis veem-se assim compelidos indiretamente a subsidiar os débitos de outras filiais “doentes” -, como mesmo estar-se-á a oferecer aos credores uma tutela superior àquela que a lei dispensa aos próprios credores de uma sociedade independente (...)”.

A limitação de responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas também permite ao empreendedor a diversificação de seus riscos, ciente de que o insucesso de alguma atividade não colocará em cheque outras tantas que são por ele lideradas. Não fosse o benefício da responsabilidade limitada, certamente seria menor o incentivo ao empreendedor para diversificação de seus investimentos e participação em atividades de riscos distintos da sua atividade principal (VIO, 2016, p. 91).

Em contraponto, é possível observar a utilização de estruturas grupadas para fins pouco recomendáveis, como, por exemplo, sua utilização para isolar os denominados “*dirty business*” (ANTUNES, 2005, p. 39). Neste caso os negócios arriscados de um determinado grupo econômico são isolados em subsidiárias integrais e/ou sociedades controladas, muitas vezes subcapitalizadas, a fim de preservar o patrimônio e a imagem institucional da controladora – é comum o isolamento de atividades de logística, por exemplo, na exploração do petróleo, em razão dos riscos envolvidas nesta atividade⁶⁰.

Antunes (2012, p.205), em artigo que analisa a responsabilidade da empresa multinacional^{61, 62}, por meio do qual apresenta uma reflexão sobre os modelos que permitiriam imputar responsabilidade à cúpula da empresa em razão de determinadas

⁶⁰ Antunes (2002, p. 68-69) elucida a questão: “A manutenção da independência das personalidades jurídicas das sociedades do grupo, e a consequente limitação das suas responsabilidades aos respectivos passivos individuais, assegura assim que, em caso de prejuízos sociais dificuldades financeiras ou mesmo falência de uma delas, as restantes sociedades não responderão pelos débitos desta última: ora isto é particularmente aliciente para a sociedade-mãe que, não obstante controlando a gestão dos negócios das filiais e colhendo os respectivos lucros, está assim protegida contra eventuais perdas. Como se vê, este efeito de segmentação dos riscos empresariais e da sua externalização para terceiros (credores sociais), proveniente da conservação da autonomia jurídica das sociedades agrupadas, é um efeito que só a técnica do grupo pode produzir, e que uma única sociedade, substituída ao grupo inteiro, já não produziria”. O autor prossegue a análise mencionando que esse isolamento da responsabilidade (responsabilidade limitada do sócio) é tema que tem sofrido correções, seja por meio de lei ou pela jurisprudência, e sérios questionamentos pela doutrina.

⁶¹ O artigo em questão apresenta inicialmente uma inquietude provocada por uma tragédia química ocorrida em dezembro de 1984 na cidade de Bhopal, na Índia. O artigo relata um vazamento de 40 toneladas de um produto químico de uma indústria de pesticidas. Essa tragédia provocou a morte imediata de 4 mil pessoas e de cerca de 8 mil nas semanas seguintes, mais de 500 mil pessoas teriam sofrido algum tipo de lesão provocada pelo produto e até os dias de hoje haveria relatos de patologias provocadas pelo produto. A empresa em questão seria a filial (controlada) de uma multinacional americana (controladora ou empresa-mãe, expressão utilizada por Engracia Antunes). A filial não possuía recursos financeiros suficientes para fazer frente aos prejuízos causados e o artigo apresenta, a partir daí, uma reflexão sobre as opções regulatórias para enfrentar essa questão. O artigo informa que os prejuízos estimados eram superiores a 15 bilhões de dólares, mas após vários anos de impasse judicial, a controladora americana acabaria aceitando um acordo para encerrar a questão mediante o pagamento de uma indenização de 470 milhões de dólares, ou seja, menos de 3% do valor estimado. (ANTUNES, 2012, p.205)

⁶² Admite-se, na elaboração do presente artigo, o conceito apresentado por Comparato com relação à empresa multinacional, para o qual “A empresa multinacional, com efeito, nada mais é do que um grupo societário.” (COMPARATO, 1976. p.92).

condutas e/ou dívidas contraídas por filiais estrangeiras⁶³, traz dados que demonstram claramente a grandeza e importância econômica do fenômeno da concentração empresarial.

Após afirmar que a empresa multinacional “constitui uma das mais relevantes instituições econômicas, políticas, sociais e até culturais da modernidade” (ANTUNES, 2012, p.206), apresenta dados extraídos de relatório das Nações Unidas que indicam a existência de 82.000 empresas multinacionais em todo o mundo que controlariam 800.000 filiais. O relatório também aponta que as empresas multinacionais seriam responsáveis por 1/3 do total das exportações mundiais, empregariam 77 milhões de trabalhadores e que, o volume de negócios das 10 maiores empresas multinacionais seria superior à soma do volume do orçamento bruto de seis dos maiores Estados-membros da União Europeia^{64, 65}.

Em obra anteriormente publicada e ainda no intuito de demonstrar a tendência advinda com a globalização dos mercados verificada no século passado, Antunes apresenta estudos realizados entre as décadas de 80 e 90 que apontavam à época que 65% das sociedades norte-americanas adotavam o instrumento dos grupos societários em sua organização; 70% na Alemanha; 50% na Suíça; 55% na Inglaterra; e 88% no Japão. Estima que os maiores grupos nacionais são responsáveis por 70% do volume global de negócios e 80% do montante total de investimentos (ANTUNES, 2002, p.43).

⁶³ “A questão nodal a resolver em sede da responsabilidade da empresa multinacional pode formular-se do seguinte modo: perante uma dada empresa multinacional, se, e, em que circunstâncias, poderão ou deverão ser imputáveis à cúpula da empresa (ou à própria empresa como um todo) as condutas perpetradas ou as dívidas contraídas por uma determinada filial estrangeira”. (ANTUNES, 2012, p.205). Questão semelhante despertou forte crítica por parte de Comparato, que ainda no ano de edição da Lei das S.A. ponderou que as explicações apresentadas pelo Ministro da Fazenda sobre a autonomia patrimonial e limites para aplicação da responsabilidade solidária da controladora com relação aos débitos da controlada seria inconvincente: “A nova lei de sociedades por ações, disciplinando extensamente os grupos societários, num sentido, em regra, inovador e equilibrado, excluiu toda e qualquer responsabilidade legal de uma sociedade por débito de outra, no seio do grupo. A exposição de motivos do Projeto do Ministro da Fazenda, procura justificar a orientação, declarando que não se criou “a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e riscos, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos””. (COMPARATO, 1976, p.105)

⁶⁴ Antunes ainda informa que a empresa Exxon-Mobil teve em 2011 um volume de negócios de cerca de 453 bilhões de dólares, superando o PIB de mais de 130 países, entre eles Portugal, que apresentou PIB de 230 bilhões de dólares, demonstrando, a partir disso, a grandeza e importância econômica dos grupos societários.

⁶⁵ O relatório indicado pelo texto pode ser obtido pelo site <<http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>>, sendo importante destacar que as informações apresentadas se referem ao relatório emitido no ano de 2009. Atualmente o site da UNCTAD apresenta relatórios atualizados até o ano de 2014, conforme acesso em 06 de julho de 2016.

2.2.1 A realidade atual brasileira

No Brasil, razões políticas incentivaram a criação da grande empresa nacional e estão expressas no Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que foi determinante na elaboração da Lei das S.A. O II PND, elaborado para os anos de 1975 a 1979, apresentava as principais metas de desenvolvimento econômico do governo Geisel. Neste documento, ao mencionar o I PND, afirma que “instalou-se, aqui, o maior parque industrial de nação subdesenvolvida” (II PND, p.9).

Em continuidade, o II PND apresenta que suas principais metas seriam o (i) fortalecimento da empresa privada nacional e (ii) a formação de conglomerados econômicos brasileiros para fazer frente às empresas estrangeiras⁶⁶, por consequência, a “reforma da Lei das Sociedades Anônimas tornava-se imperativa para contemplar a estrutura e o funcionamento da grande empresa privada nacional” (PRADO, 2006, p.48).

Ao tratar da realidade nacional Prado (2006, p.30), apresenta a estrutura das grandes empresas brasileiras a partir de uma análise histórica e suas transformações até do ano de 2005. Este estudo demonstra como os principais setores empresariais (telecomunicações, atacado e varejo, financeiro⁶⁷, indústria⁶⁸, metalurgia e siderurgia), são explorados por grandes empresas acomodadas na forma de grupos. Após apresentar a realidade de diversos setores, o estudo conclui: “as 200 maiores empresas nacionais mencionadas no periódico Valor Grandes Grupos de 2005, organizam-se na forma plurissocietária”.

Dados atualizados do anuário “Valor – Grandes Grupos”, divulgados em dezembro de 2016, e que consolidam as informações referentes ao ano de 2015⁶⁹, confirmam a grandeza

⁶⁶ O Capítulo IV do II PND apresenta essas metas. Comentários sobre a questão podem ser encontrados em Lobo (1988, p.26) e Prado (2006, p.48). Carvalhosa (2014, p.360), apresenta críticas à opção brasileira, afirmando que haveria uma tendência mundial de repressão às concentrações empresariais e o Brasil, em sentido contrário, optou por um modelo que estimulou a criação de grandes conglomerados financeiros, industriais e comerciais, sob o pretexto de fazer frente à competição com as empresas multinacionais e estatais.

⁶⁷ “No setor financeiro, o Grupo Bradesco aparece como a maior instituição quando o critério é sua receita. O grupo tem capital de origem nacional e está sob o controle privado. É formado por 46 sociedades nacionais e estrangeiras que desenvolvem atividade de banco comercial e múltiplo, banco de investimento, capitalização, consórcio, corretoras e distribuidoras de valores, financeiras, leasing, previdência privada, seguros e tecnologia de informação. Com maior patrimônio líquido aparece Itaúsa, cujo organograma é representado por 80 empresas, com atividade em diversas áreas. Na área financeira podem-se citar também os seguintes grupos: Unibanco, ABN Amro, Alfa, Banco do Brasil, Citigroup, Santander Banespa, Safra, Silvio Santos, BankBoston, Rural, Porto Seguro, Pactual, HSBC, Deutsche Bank, Mercantil do Brasil, entre outros. (PRADO, 2006, p.36).

⁶⁸ “No campo industrial, o maior grupo nacional é a Petrobras, que está sob controle estatal (55,70% de titularidade do capital da holding Petróleo Brasileiro S.A.). O organograma do grupo é representado por 167 empresas. Em segundo lugar, está a Companhia Vale do Rio Doce, com atividade nos setores de energia, elétrica, metalurgia, mineração, siderúrgica, transportes e logística (...)” (PRADO, 2006, p.36).

⁶⁹ A pesquisa realizada pelo “Valor – Grandes Grupos”, também apresenta o organograma societário de diversos grupos, divididos entre os setores de Comércio, Serviço, Indústria e Finanças, com a indicação de controladores, minoritários e subsidiárias,

destes grupos: entre os 200 grupos analisados, os dez que mais empregam no Brasil, empregavam, em conjunto, 1.254.889 no ano de 2015⁷⁰. A receita bruta somada dos 200 maiores grupos totaliza R\$ 4,04 trilhões, equivalente a 68,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, confirmando, novamente, a grandeza da importância econômica destes grupos⁷¹; um terço desses grupos possui capital estrangeiro, confirmando, também, como essa realidade organizacional das empresas está próxima do fenômeno da globalização.

A pesquisa também apresenta a lista dos maiores grupos em ordem de faturamento. Os 20 primeiros colocados são: Petrobras, Bradesco, Banco do Brasil, Itaú Unibanco, J&F Investimentos, Caixa, Odebrecht, Santander, Ambev, Vale, Raízen, Ultra, GPA, Telefônica, Gerdau, Cosan, Oi, Eletrobras, Carrefour e Bunge. Dentre os 20 grupos que mais faturam, também se observa que 6 apresentam capital estrangeiro (capital de origem espanhola, belga, francesa, inglesa, colombiana e holandesa) e os demais têm origem em capital nacional; o faturamento bruto somado desses 20 grupos foi de R\$ 2,402 trilhões para o ano de 2015, ou seja, mais de 50% do faturamento total dos 200 maiores grupos.

Por fim, ainda no intuito de se demonstrar a importância da matéria, após a comparação das informações apresentadas pelo Valor – Grandes Grupos com os dados fornecidos pelo Valor 1000⁷², o resultado que se observa é que a lista das maiores empresas que atuam no Brasil praticamente repete a lista dos maiores grupos, permitindo-se afirmar, portanto, que a economia brasileira está fortemente apoiada em empresas concentradas que atuam sob a forma grupada, destacando-se, com isso, a importância de estudo da matéria.

A maneira como esse fenômeno concentracionista se apresenta e pode ser classificado é o passo seguinte à tentativa de sua compreensão. Para Diniz (2014, p.97) o fenômeno da concentração empresarial seria um gênero que no direito brasileiro contemplaria três espécies de concentração: (i) os grupos econômicos; (b) os grupos societários; e, (c) a concentração por relação contratual⁷³.

Diniz (2014, p. 97) apresenta os grupos econômicos como “arranjos entre organizações que coordenam atividades econômicas em cadeias verticais ou horizontais”. Para ele o tratamento

⁷⁰ Partindo dos maiores empregadores para os demais, são os seguintes grupos: J&F Investimentos, GPA, Andrade e Gutierrez, Odebrecht, Banco do Brasil, BRF, Caixa, Bradesco, Itaú Unibanco e Contax. Outra informação importante é que dentre todos esses grupos, apenas um é que possui capital estrangeiro: GPA – origem do capital Colômbia/França.

⁷¹ Pela ordem de faturamento os maiores setores são: setor industrial (39,7% do total), setor de finanças (28,8% do total), setores de serviços (17,6% do total) e, por fim, setor do comércio (14% do total)

⁷² Trata-se de anuário elaborado pelo Valor Econômico, que a partir de critérios previamente estabelecidos apresenta as maiores empresas que desenvolvem suas atividades no Brasil; essas empresas são divididas por área de atuação, região de localização, faturamento, etc.

⁷³ Para o presente trabalho o enfoque principal são as concentrações empresariais verificadas nos grupos societários, cujo marco regulatório é apresentado pela Lei das S.A., entretanto, as definições tratadas por Diniz são apresentadas para que se possa realizar o adequado recorte do tema.

unificado dado pelo direito brasileiro à essas atividades, objetiva a geração de políticas públicas de proteção contra as organizações em setores específicos – caso trabalhista (art. 2.º, § 2.º, da CLT), anticorrupção (art. 4.º, § 2.º, da Lei 12.846/2013), concorrencial (art. 33 da Lei 12.529/2011) e do marco civil da internet (art. 11, § 2.º, da Lei 12.965/2014).

Sobre os grupos societários, ou grupos de sociedades, o autor identifica nesse modelo a manifestação de controle permanente, por meio de direção unitária e com a imposição dos interesses da sociedade controladora sobre as denominadas sociedades controladas. Essas sobreorganizações societárias seriam divididas entre as de subordinação (grupos de direito e grupos de fato) e coordenação (consórcio) (DINIZ, 2014, p.97)⁷⁴. Dessa forma, os grupos são estruturas empresariais que se desenvolvem por meio de diversas organizações que estão ligadas por convenção, por participação no controle, ou por coligação.

Ainda na análise do fenômeno concentracionista, Diniz apresenta a concentração decorrente de relações contratuais e após citar os contratos de franquia, joint venture, concessão mercantil e distribuição, afirma que a concentração por meio de relações contratuais seria construída por meio de acordos verticais e cadeias contratuais estruturadoras de relações de colaboração, que não estariam acolhidos pela natureza plurilateral e associativa dos contratos de sociedade (DINIZ, 2014, p. 97). Este último fenômeno apresenta forte crescimento em sua utilização⁷⁵, muito em razão das diversas angústias que atingem os grupos societários, pois como afirmado na Exposição de Motivos, trata-se de um direito ainda em formação.

⁷⁴ “Uma das diferenças fundamentais entre o contrato de subordinação (grupo de sociedades – arts. 265 a 277) e o consórcio é que esse é celebrado visando a consecução de determinado empreendimento (consórcio operacional) ou a contratação com terceiro (consórcio instrumental). Já no grupo de sociedades (art. 265) os objetivos empresariais são amplos e duradouros, demandando, às vezes, uma longa maturação de organização e de métodos empresariais e a geração respectiva de recursos. Daí poder a convenção (art. 269) ser por prazo indeterminado. Já no consórcio, o prazo será sempre limitado pelo termo (prazo) ou pelo término do empreendimento (consórcio operacional) ou da celebração do contrato com terceiro (consórcio instrumental)” (CARVALHOSA, 2014, p. 462). Prado (2006, p.57), também apresenta a diferença entre grupos de subordinação e de coordenação, afirmando que a existência de relação de controle ou domínio é o critério para identificação. Para a autora, os grupos de coordenação não possuem controle de uma empresa sobre a outra, o que existe é “uma forma de colaboração entre empresas juridicamente distintas para que atinjam uma vantagem ou realizem um interesse comum.”.

⁷⁵ Frazão (2017, p. 205), também aponta o fenômeno da contratualização dos processos produtivos como consequência do que vem a denominar desintegração empresarial; os contratos surgem, nesse contexto, como instrumento intermediário entre a empresa e o mercado, permitindo a criação de uma “governança contratual”. Forgioni (2009, p. 162-167), também analisa o fenômeno que vem a denominar “desverticalização dos grupos empresariais”; segundo a autora, abdica-se do controle societário, substituindo-o pela celebração de contratos estáveis e de longa duração (contratos de colaboração). Esse fenômeno decorreria, entre outros, da acentuada necessidade de investimentos em tecnologia provocados pela competição globalizada, que teriam “obrigado” as companhias a investir na denominada terceirização. Ainda: Gonçalves Neto (2010, p. 461), também constata o fenômeno da “terceirização” como técnica de coordenação empresarial via rede de contratos.

A concentração empresarial a partir de laços contratuais é tema que também desperta interesse no Direito da Concorrência. Frazão (2017, p. 201-241), dedica capítulo específico ao estudo do que denominou “grupos contratuais”⁷⁶, interpretando o art. 90, IV, da Lei 12.529/2011, que reconheceu entre os atos de concentração empresarial, para efeitos da aplicação da legislação antitruste, os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos; a característica principal destes instrumentos é propiciar a criação de um ente com unidade econômica desprovido de laços societários, permitindo a busca de uma finalidade comum, bem como a obtenção de benefícios como o compartilhamento de ativos, recurso tecnológicos e financeiros, a alocação de riscos, o marketing unificado, ganho em escala e divisão de tarefas/atividades.

No Direito da Concorrência, o critério da direção unitária se apresenta como elemento norteador para identificação da concentração empresarial gerada a partir de vínculos contratuais, razão pela qual, se os contratos determinarem na prática a implementação de uma empresa comum, apesar da autonomia jurídica e patrimonial dos contratantes (inexistência de vínculos societários e relação de controle entre as partes), é possível que seja necessária a notificação da autoridade fiscalizadora, nos termos da Lei 12.529/2011 (FRAZÃO, 2017, p. 233).

2.3 Grupo Societário: marco teórico (Instrumentos jurídicos de concentração)

2.3.1 Grupos societários: conceito

Diante das múltiplas formas e variedades pelas quais se apresenta o fenômeno grupal, apresentar uma definição jurídica precisa é tarefa complexa em razão da dificuldade de acomodação das variadas possibilidades⁷⁷. O reconhecimento de uma disciplina específica de

⁷⁶ Talvez não seja recomendável a utilização do termo “grupos contratuais”, pois poderia gerar confusão com os grupos convencionais regulados entre os arts. 265 e seguintes da Lei das S.A., que são celebrados por meio de convenção (contrato). Apesar da semelhança entre a convenção (instrumento que determina a concentração empresarial por meio de grupos convencionais), e os contratos associativos, o primeiro possui efeitos no âmbito da sociedade, já os contratos associativos atingem forma do exercício da empresa das sociedades que se vinculam por meio destes.

⁷⁷ Frazão (2017, p. 169/170), apresenta o tema das concentrações empresariais sob o ponto de vista do Direito da Concorrência (Lei 12.529/2011). Neste caso, a autora afirma que para identificação da concentração empresarial deve-se investigar toda a união e ou cooperação entre agentes econômicos que permita o surgimento de um novo ente empresarial, assim como as transferências de participações societárias e/ou ativos empresariais que permitam a sobreposição de interesses de um agente econômico a outro. A autora também apresenta o fenômeno da concentração empresarial a partir do denominado *interlocking*, que na sua definição seria a existência de administradores comuns em agentes econômicos distintos (FRAZÃO, 2017, p. 116), permitindo a direção econômica unitária.

grupos somente aos que são criados por meio de convenção (grupos convencionais)⁷⁸, seria consequência dessa dificuldade, justificando, portanto, a opção apresentada pelos modelos regulatórios da Alemanha e do Brasil (MUNHOZ, 2002, p.107).

Antunes (2002, p.52-53), apresenta um conceito de grupo por meio do qual se identificam duas características principais nas sociedades que o integram: (i) a manutenção de personalidades jurídicas independentes (autonomia jurídica) e (ii) o elemento da subordinação a uma direção unitária⁷⁹ e comum⁸⁰. As sociedades grupadas convivem, portanto, com uma tensão existente entre a “independência jurídica” de seus integrantes e a “dependência econômica” em relação à sociedade de controle.

A Lei das S.A. brasileira se inspirou no modelo alemão para disciplinar a formação dos grupos societários⁸¹. O Capítulo XX da Lei das S.A. traz regras para as sociedades coligadas, controladas e controladoras, denominados grupos de fato, e o Capítulo XXI da norma apresenta regras para formação de grupos mediante convenção, denominados grupos de direito e/ou grupos convencionais. Essa bipartição da classificação entre grupos de fato e de direito não decorre da norma, trata-se de forma utilizada pela doutrina com a finalidade de facilitar a interpretação da lei⁸². No sistema dual é necessário que se verifique o vínculo existente entre as sociedades que legitima a unidade econômica (PRADO, 2006, p.54). As sociedades poderão vincular-se mediante contrato (convenção de grupo), originando os denominados “grupos convencionais”, ou o vínculo poderá ser estabelecido por meio de controle e participação de uma sociedade no capital social da outra, originando os denominados “grupos de fato”.

⁷⁸ Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 267 da Lei das S.A. dispõe: “Somente os grupos organizados de acordo com este capítulo poderão usar a designação “grupo” ou “grupo de sociedades.”

⁷⁹ “A despeito da complexidade do tema, a doutrina atual parece convergir para o reconhecimento de que a direção unitária constitui elemento central dos grupos societários” (MUNHOZ, 2002, p.109)

⁸⁰ “Num sentido estrito ou próprio, designa-se grupo de sociedades todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum.” (ANTUNES, 2002, p. 53)

⁸¹ Sobre o tema são interessantes os comentários apresentados por Carvalhosa (2014, p.360), que em análise do capítulo XXI da Lei das S.A., apresenta críticas ao II PND, bem como a influência que tiveram o *Zaibatsu* (modo de concentração empresarial japonesa) e o *Konzern* (modo de concentração empresarial alemã), na formulação do modelo adotado pela norma brasileira. “O *Konzern* é, em sua essência o mesmo fenômeno econômico-jurídico que a linguagem técnica dos países latinos denomina grupo de sociedades. (...) Passow, em 1922, definia o *Konzern* como reunião de empresas independentes do ponto de vista de Direito Civil, que constituem unidade econômica e estão submetidas a direção única” (OLIVEIRA, 1979, p. 571).

⁸² Essa divisão decorre de uma interpretação doutrinária, pois a Lei das S.A. não utiliza essas expressões (COMPARATO, 1976, p. 94)

2.3.1.1 Classificação dos grupos (subordinação/coordenação, base contratual/base societária, fato/direito e coligação)⁸³

Ao apresentar a classificação de grupos entre os de subordinação e de coordenação, a perspectiva que se busca é da posição hierárquica entre os sujeitos que os integram; classificam-se como grupos de subordinação aqueles onde as sociedades controladas são dependentes da controladora, ou seja, há direção unitária e a sociedade de comando tem a possibilidade de atender os seus próprios interesses. Nesses grupos a sociedade controladora (ou de comando), vê a possibilidade de imposição de sua vontade em sobreposição ao interesse das controladas (DINIZ, 2017, p. 187), numa clara relação de dominação.

Quanto aos grupos de coordenação⁸⁴, estes são caracterizados pela paridade entre as sociedades integrantes do grupo, de forma que a dominação se dissipa; nestes casos o objetivo da direção unitária será o atendimento dos interesses do próprio grupo; não haverá, portanto, a imposição dos interesses de uma sociedade isolada sobre as demais. Os consórcios são exemplo de grupos de coordenação existentes na legislação brasileira.

Sob outra perspectiva, ou seja, levando-se em consideração a natureza jurídica e econômica do instrumento jurídico utilizado na sua constituição e operação, os grupos podem ser classificados como: (i) grupos de base contratual; e, (ii) grupos de base societária. Os grupos de base contratual são aqueles instituídos mediante contrato, ou seja, a unidade de direção econômica é fundada em relação de natureza jurídico-negocial; para Antunes (2002, p. 77), os instrumentos contratuais utilizados podem ser divididos em duas categorias: (i) contratos de empresa, ou seja, aqueles que buscam a integração empresarial sob a perspectiva econômica, financeira e administrativa (como os contratos de atribuição de lucros, cessão de exploração de empresa e transferência de empresa); e, (ii) contratos do direito comum, que são contratos comuns de natureza civil ou empresarial, que funcionam como instrumento de domínio econômico entre empresas (como os contratos de agência, de fornecimento, franquia e concessão mercantil).

⁸³ Há também divisão entre grupos industriais, financeiros e pessoais (BULGARELLI, 1975, p. 96-102). Nos grupos industriais, que também abrangem atividades comerciais, haveria reunião de sociedades sob uma mesma direção econômica, com atividades semelhantes e/ou complementares. Os grupos financeiros seriam caracterizados pelo interesse financeiro das sociedades dirigentes e pela desnecessária semelhança e/ou complementariedade das atividades das sociedades grupadas, permitindo-se maior diversidade nestas atividades. Nos grupos pessoais a unidade de direção está mais relacionada à identidade dos controladores e administradores (comunidade de dirigentes).

⁸⁴ Munhoz (2002, p. 116) indica que parte da doutrina reconhece os grupos de coordenação como mera associação de empresas, diante da ausência do requisito da dependência econômica. Frazão (2017, p. 215/216), apresenta os consórcios como uma espécie dos denominados contratos associativos.

Os grupos com base societária são constituídos a partir da participação acionária da sociedade de comando nas demais unidades integrantes do grupo; aqui as regras de direito societário prevalecem e são determinantes na identificação da natureza jurídica da relação; as modalidades de sua constituição são diversas, há a possibilidade, por exemplo, da sociedade de comando possuir participação majoritária em diversas empresas controladas, existindo independência entre elas (grupo de participação radial).

Os grupos de participação piramidal formam outro exemplo de grupo de participação societária; neles o que se observa é uma sociedade de comando que possui participação majoritária em duas ou mais sociedades, sendo que estas são titulares da maioria do capital de outras e assim por diante. Dessa forma, a sociedade de comando inicial é capaz de controlar diversas unidades empresariais sem que tenha a participação societária direta em todas elas.

Quanto aos grupos convencionais⁸⁵, o capítulo XXI da Lei das S.A. disciplina-os estabelecendo regras sobre as características, natureza, forma de constituição e de administração, registro, publicidade e demonstração de resultados⁸⁶. Nos grupos convencionais, apesar do controle exercido de maneira direta ou indireta pela sociedade controladora, as sociedades integrantes conservam seu patrimônio e personalidade jurídica própria (MARTINS, 1997, p.413). A existência do pacto convencional é requisito essencial para formação do grupo societário de direito, conforme redação do artigo 265 da Lei das S.A.:

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.

Extraí-se da leitura deste artigo sua natureza contratual e plurilateral⁸⁷, sendo certo que o instrumento de sua constituição deve conter obrigatoriamente: regras sobre as condições da participação de cada sociedade, o prazo de duração (se houver), as condições para o ingresso de novas integrantes ao grupo e/ou a retirada de participantes, as condições para alteração da

⁸⁵ Em recente pesquisa empírica sobre grupos de direito, Cury (2016, p. 142) constatou que a utilização dos grupos de direito é “quase inexistente”, se comparada a utilização dos grupos de fato. Além de investigar as características dos pactos convencionais existentes também levantou dados perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, revelando a existência de apenas 15 convenções registradas, ou seja, constatou a baixa utilização do modelo já constatado por Vio (2016, p. 57); este último chega a afirmar que estudar a disciplina dos grupos de direito no Brasil é uma “espécie de arqueologia do que não houve” (VIO, 2016, p. 295), pois jamais teria sido utilizado de maneira significativa.

⁸⁶ A matéria é tratada de maneira detalhada entre os artigos 265 e 277 da Lei das S.A.

⁸⁷ Segundo Carvalhosa (2014, p.382) “Trata-se, a convenção, de um negócio tipicamente obrigacional, de natureza plurilateral, que afeta tanto a empresa, enquanto organização dos fatores de produção visando a um determinado fim, como a própria sociedade e seus acionistas, na medida em que institui a sujeição dos administradores às normas, regulamentos e circulares emanados pela direção do grupo.”

convenção, a designação de grupo, a indicação da sociedade de comando e das filiadas, bem como a declaração da nacionalidade de controle do grupo e os órgãos de administração e suas estruturas e atribuições (art. 269, Lei das S.A.). O grupo deverá arquivar a convenção perante a Junta Comercial da sede da sociedade de comando e também das filiadas (art. 271, Lei das S.A.), bem como publicar as respectivas certidões de arquivamento. Críticas à redação deste artigo são apresentadas por Carvalhosa (2014, p.420), para quem a ausência da obrigatoriedade de publicação do inteiro teor da convenção, seria uma “fragilização injustificável do princípio da publicidade”.

A Lei das S.A. ainda dispõe regras aos administradores do grupo (art. 272) e aos administradores das sociedades filiadas (art. 273), além da sua remuneração (art. 275.). Também regulam as demonstrações financeiras (art. 275), os prejuízos decorrentes de atos contrários à convenção do grupo (art. 276) e o funcionamento do conselho fiscal das filiadas (art. 277).

Especial atenção se dá aos artigos 273 e 276 que, na interpretação de parte da doutrina, apontam para a existência de um “interesse de grupo”⁸⁸, para as sociedades integrantes de grupos convencionais, pois indicariam a obediência dos administradores das filiadas às instruções da direção do grupo (art. 273), e reconhece a “subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo” (art. 276). Em última análise, o grupo convencional faria surgir uma nova organização, que autorizaria, portanto, a controladora a estabelecer a maneira da condução dos negócios de suas filiais (PRADO, 2005, p.16).

A matéria é relevante, pois a admissão do interesse do grupo, que de alguma forma sobrepor-se-á ao interesse das sociedades isoladas, desequilibra o “sistema, concebido pelo modelo vigente, de atribuição de deveres e responsabilidades ao acionista controlador e aos administradores” (MUNHOZ, 2014, p.276), impactando, portanto, nos critérios de imputação de responsabilidade entre as sociedades integrantes dos grupos convencionais. Para os grupos de fato

⁸⁸ A expressão é utilizada por Munhoz (2013, p.281) ao tratar da estrutura de governo dos grupos societários de fato. Para o autor a Lei das S.A. “ao cuidar dos “Grupos de Sociedades”, admite a subordinação dos interesses da sociedade ao do grupo, nos limites estabelecidos na convenção para sua formação”. Afirma, também, que para os grupos de fato, o marco regulatório não teria reconhecido a existência desse interesse. Guerreiro (2005, p.308), ao tratar das relações internas do grupo convencional, ou, grupo de direito, também reconhece a existência desse interesse “comum do grupo”: “Dito de outro modo, no grupo, o modo de dar cumprimento ao objeto social (e, pois, promover o interesse social) deixa de ser estritamente individual, para se inserir na combinação de recursos e esforços de todo o grupo (ou seja, de todas as sociedades que o integram). Essa possibilidade, que é da lei, depende da convenção, e a convenção de que se trata, como acima ficou dito, incorpora os princípios enunciados no art. 265 como objeto do grupo”. Em sentido diverso, Carvalhosa (2014, p.430), afirma que o estatuto das sociedades integrantes do grupo deveria adaptar seu objeto social para compatibilizar o interesse destas com o interesse previsto na convenção de grupo, e que os administradores das sociedades participantes devem seguir seu próprio estatuto, em cumprimento do seu dever de diligência. Isso significa que, não havendo alteração do estatuto das filiadas, os administradores das controladas não estariam autorizados a perseguir o interesse da controladora, caso exista algum conflito entre estes.

essa realidade é inconcebível, pois em decorrência de sua própria natureza, inexistente um interesse comum, prevalecendo o interesse da controladora sobre os interesses da controlada⁸⁹.

Ao tratar da problemática do “interesse de grupo”, Abreu (2012, p. 23), afirma que o interesse de um sócio pessoa natural coincide, geralmente, com o interesse da sociedade, pois é comum a todos os demais sócios o interesse de maximizar os resultados da sociedade e, em decorrência disso, receber mais em proporção às suas participações na sociedade; já com relação à sociedade controladora, o autor afirma que “o interesse da sociedade dominante é normalmente divergente do interesse da sociedade dominada” (ABREU, 2012, p. 23). Para o autor, a sociedade controladora tem interesse em ganhar o máximo possível da sociedade controlada e de seus sócios minoritários e credores⁹⁰. O autor conclui que “é da natureza das coisas o detentor de poder (econômico), usá-lo, por regra, em proveito próprio” (ABREU, 2012, p. 24).

O presente trabalho não irá avançar sobre a matéria, pois o objeto é a análise do tema conforme apresentado na Lei Anticorrupção, entretanto, mesmo diante dos grupos societários de direito, o que se pretende demonstrar é que ainda causa profundas incertezas, na medida em que não se permite, claramente, identificar a forma como os administradores e a sociedade controladora conciliarão os interesses do grupo com o interesse de cada uma das sociedades que dele participam – tal conflito causa perturbações especialmente em relação ao cumprimento dos deveres fiduciários impostos aos administradores e controladores.

Os grupos de fato são identificados a partir do critério do controle societário, diferenciando-se dos grupos de direito em razão da inexistência do pacto convencional. Na interpretação do parágrafo segundo do artigo 243, identifica-se a noção de sociedade controladora⁹¹ a partir de elementos de domínio que lhe garantam a (i) preponderância nas

⁸⁹ Gonçalves Neto (2012, p. 462), ao analisar a distinção entre grupos de fato e de direito, apresenta interessante lição: “A distinção é necessária porque, nos grupos de fato, albergados no amplo conceito de coligação, os administradores não podem, em prejuízo da sociedade que dirigem, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre elas observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responderem pelas perdas e danos resultantes dos atos praticados em desacordo com essa determinação (art. 245). Idêntica regra existe para a sociedade controladora que não pode usar do seu poder para desviar a controlada do cumprimento de seus fins sociais, respondendo pelos danos que, na violação dessa regra, ela causar (art. 246).”

⁹⁰ Abreu (2012, p.24), apresenta diversos casos que exemplificam formas da sociedade controladora sobrepor seus interesses à sociedade controlada. Entre os exemplos citados: “fazer cessar atividade rentável por parte de sociedade dependente a fim de transferi-la para a dominante ou para outra sociedade dependente ou do grupo”; imposição de política de preços em prejuízo de sociedade controlada, para operações intragrupo; determinação à sociedade controlada para que conceda crédito à controladora ou outra sociedade integrante do grupo, mediante pagamento de taxas de juros irrisórias e/ou com garantias incompatíveis com o valor e risco da operação.

⁹¹ Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema no REsp 556.265/RJ, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, que analisa pedido de indenização proposta por acionistas minoritários de holdings abertas, contra o então acionista controlador do Grupo Real, por suposto abuso de controle e conflito de interesses na alienação de sua participação a um grupo holandês. Este acórdão apresenta definição de controle a partir de interpretação dada ao §2º, do art. 243 da Lei das S.A.

deliberações sociais e (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores⁹². Para Carvalhosa (2014, p.40), o efetivo exercício⁹³ desta “aptidão de comandar”, com a imposição de política e efetiva nomeação do quadro diretivo é o que caracteriza o controle e, portanto, permite a aplicação de regras sobre a responsabilidade dos administradores no âmbito do grupo (art. 245), a obrigação da controladora em reparar os danos provocados em relação à controlada (art. 246), a forma de apresentação das demonstrações financeiras (art. 247 a 250), regras com relação à constituição e funcionamento da subsidiária integral (art. 251 a 253), alienação de controle (art. 254), aquisição de controle (art. 257) e incorporação (art. 264) (PRADO, 2005, p.12).

O conceito de controle está definido na Lei das S.A. nos artigos 116 e no §2º do artigo 243; o primeiro define o acionista controlador numa perspectiva da sociedade isolada (organização unissocietária). Já o §2º do artigo 243, apresenta a sociedade controladora, relacionando-se, portanto, à organização plurissocietária (grupo societário). Apesar de sutis diferenças, há elementos comuns na identificação do controle, são eles: (i) a titularidade de direitos de sócios que permitam ao controlador a preponderância nas deliberações sociais de modo permanente, bem como (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores.

As normas diferem nos seguintes aspectos: (i) o art. 116 permite que a natureza jurídica do controlador seja pessoa natural ou jurídica, ao passo que o §2º do art. 243 não admite, no âmbito dos grupos, que a controladora e/ou a controlada seja pessoa natural, pois sua aplicação é restrita às sociedades; (ii) no art. 116 (alínea “b”), há exigência do uso efetivo do poder de controle “para dirigir as atividades sociais”, para identificação do controlador – essa exigência não se repete no §2º do art. 243⁹⁴; (iii) a última diferença refere-se ao controle indireto, se por um lado o §2º do art. 243 permite o controle indireto (é o que se conclui pela expressão “diretamente ou através de

⁹² Lei das S.A., art. 243, §2º “Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

⁹³ A interpretação apresentada por Carvalhosa é compreendida a partir do conceito de acionista controlador, disposto no artigo 116 da Lei das S.A., que na alínea “b”, expressamente considera controlador aquele “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

⁹⁴ Há forte discussão doutrinária sobre a omissão da exigência do efetivo exercício do poder de controle para reconhecimento da sociedade controladora. De um lado, alguns sustentam que teria sido falha do legislador e, de outro lado, compreende-se que não haveria necessidade dessa exigência para sociedade controladora, pois se trata de pessoa jurídica que tem por obrigação o cumprimento de seu objeto social e seus interesses econômicos; portanto, ao investir em determinada sociedade (controlada), mais que uma faculdade, a sociedade controladora teria o dever de exercer seu poder de controle, sob pena de responsabilidade dos administradores por omissão (VIO, 2016, p. 186-188; PALA, 2016, P. 92-93). Essa interpretação decorre da admissão de que agentes econômicos, no caso as sociedades, possuem *animus lucrandi*, consequência disso é que os ativos de determinada sociedade, no caso a participação que possui sobre a controlada, devem ser utilizados numa função econômica (SCALZILLI, 2015, p. 54). O mesmo prossegue afirmando que “se os bens de produção estiverem inseridos em uma organização empresarial, eles devem desempenhar, efetivamente, função de produção, consistindo abuso a sua não utilização ou má utilização” (SIC) (SCALZILLI, 2015, p. 63).

outras controladas”, presente na referida norma), por outro lado o art. 116 utiliza a expressão “sob controle comum”, indicadora apenas de controle direto.

Após a definição de acionista controlador, o § único do art. 116 afirma seu dever em utilizar o poder para “fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”⁹⁵, além disso, o acionista controlador tem deveres perante os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade em que atua. Deve o acionista controlador utilizar seu poder no interesse da companhia, nunca privilegiar seus interesses particulares, sob pena de responder pelos danos causados.

Na sequência, o art. 117 da Lei das S.A. define o abuso de poder, fixando responsabilidade ao acionista controlador pelos danos causados à companhia⁹⁶, quando agir em desacordo com os interesses dela. O art. 246 da mesma norma, ao tratar da responsabilidade das sociedades controladoras pelos danos causados à companhia, determina que as regras dos arts. 116 e 117 são aplicáveis para identificação do abuso (infração).

Com a apresentação dessas diferenças, bem como do marco legal do controle, o que se pretende é demonstrar que a incidência de normas do direito dos grupos é restrita às sociedades, ou seja, o direito de grupos brasileiro é aplicável aos “grupos de sociedades”⁹⁷, não sendo possível a incidência de normas de grupos, convencional ou de fato, quando o controlador for pessoa física. A Lei Anticorrupção também usa a expressão “sociedades controladoras, controladas e coligadas”, ao tratar da responsabilidade solidária no §2º, art. 4º, levando à conclusão de que essa solidariedade só é aplicável às sociedades, nunca ao acionista controlador quando este for pessoa natural⁹⁸.

⁹⁵ A aplicação desses deveres do acionista controlador perante o grupo de fato, é matéria que causa profunda incerteza, pois a convivência da unidade econômica com a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo, leva a uma possível não coincidência de interesses entre as sociedades controladas e a controladora (MUNHOZ, 2002, p. 145-146.)

⁹⁶ Sobre o tema: MARGONI, Anna Beatriz Alves; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. **Exercício Abusivo do Poder de Controle e o Dever de Reparar o Dano**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (et. al.) (coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 475-494.

⁹⁷ Vio (2016, p. 188): “Por outro lado, o critério predominantemente formal adotado pelo legislador brasileiro, ao eleger como elemento determinante a natureza de sociedade do ente controlador, tem efeitos muito mais restritivos sobre o perímetro máximo possível de incidência das normas de direito dos grupos do que aquilo que se verifica em relação às regras congêneres de direito estrangeiro. Efetivamente, atendo-se a uma interpretação literal do artigo 243, § 2º da Lei 6.404/1976, estão em princípio excluídos do âmbito de aplicação dos principais dispositivos que tratam dos grupos – tais como os artigos 245, 246 e 265 do mesmo diploma – todos os sujeitos que não se qualifiquem como sociedade. Dessa perspectiva, o direito grupal brasileiro é rigorosamente direito do grupo de sociedades, não direito do grupo de empresas.”

⁹⁸ Aparentemente a Lei Anticorrupção reservou a regra do art. 14 (desconsideração da personalidade jurídica), para hipótese de responsabilização do acionista que seja pessoa física, ou natural. No referido artigo é possível identificar que a personalidade jurídica da sociedade condenada pode ser superada para atingir o patrimônio de administradores e sócios que tenham poder de administração. A hipótese será melhor explorada quando esta pesquisa tratar da Lei Anticorrupção.

Além disso, cumpre salientar que, enquanto perante o acionista controlador a norma exige o uso efetivo do poder de controle “para dirigir as atividades sociais”, para sua identificação, no que diz respeito à sociedade controladora há presunção de controle em razão da simples propriedade da maioria das ações, ou seja, a incidência de normas perante a sociedade controladora é presumida pela propriedade das ações, pouco importando se de fato essa sociedade exerce este poder.

Sob a perspectiva individual, cada sociedade integrante do grupo de fato deve manter sua autonomia patrimonial e independência de gestão, respeitando-se, portanto, a “disciplina incidente para as sociedades isoladas” (PRADO, 2006, p.55). Essa é a interpretação que se extrai a partir da determinação dos artigos 245 e 246 da Lei das S.A., para os quais, respectivamente, “os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada” e “a sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117”⁹⁹.

A regra do art. 245 torna impossível, ao menos em tese, uma atuação por meio da qual todas as sociedades integrantes do grupo societário se voltassem no interesse geral do grupo ou do controlador, em prejuízo do interesse isolado de cada uma (COMPARATO, 1976, p. 97)¹⁰⁰. Essa é uma interessante contradição, pois ao mesmo tempo em que o marco regulatório reconhece a existência do grupo de fato e a subordinação, cria sistemas de responsabilização dos administradores e controladores que impedem a efetiva atuação grupada¹⁰¹. Nos grupos de fato as sociedades integrantes não podem favorecer umas às outras, e as operações entre si devem obediência a um princípio de equivalência, de forma que apenas os

⁹⁹ Os artigos 116 e 117 da Lei das S.A. tratam justamente do conceito de acionista controlador e da responsabilidade pelo abuso do poder de controle.

¹⁰⁰ Conforme Comparato (1976, p.97): “A lei sublinha a autonomia econômica – e não apenas jurídica – de cada sociedade, não obstante a existência de coligação acionária ou de submissão ao controle de outra, ao declarar que “os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado”.

¹⁰¹ Abreu (2012, p.25), ao criticar a ideia de existência de um interesse de grupo e/ou interesse comum afirma que “os grupos de sociedades não paritários não são grupamentos coordenados para consecução de fins comuns, antes se baseiam em relações de subordinação (fáticas e de direito) para fins (fundamentalmente) unilaterais (da “cabeça do grupo)””, ou seja, o autor reconhece que no esquema de sociedades sobrepostas, onde o controle/subordinação são elementos definidores da formação de grupo, o interesse da sociedade controladora é que prevalecerá em detrimento do interesse das controladas.

negócios jurídicos comutativos¹⁰² e com pagamentos compensatórios é que são admitidos; por fim, a sociedade controladora responde por abuso de poder, e os administradores que de alguma forma violem as condições anteriormente descritas também responderão pelos danos causados (LOBO, 1999, p. 41).

Vale apontar a existência de classificação que reconhece os grupos como centralizados e descentralizados; neste caso, o critério determinante para sua identificação não é o controle de uma sociedade sobre a outra, mas, ao contrário disso, a maneira como as decisões são determinadas no âmbito do grupo, ou seja, o grau de centralização de sua administração. Nos grupos centralizados a sociedade de comando concentra a tomada de decisões de natureza comercial, financeira e administrativa, transmitindo-as às demais sociedades (controladas), de forma que sigam a política por aquela determinada; dessa forma, as atividades empresariais das sociedades controladas são determinadas pela sociedade de comando, comprometendo, portanto, a autonomia daquelas; a distinção, portanto, entre centralizados e descentralizados está relacionada “à direção unitária, estrutura de organização do processo de decisão empresarial (*organizational-governance structure*) adotada pelos grupos” (MUNHOZ, 2002, p. 120).

Nos grupos descentralizados as atividades empresariais de suas integrantes são desenvolvidas separadamente; há a busca pelo benefício do grupo, e até mesmo da sociedade central, entretanto, seus membros possuem maior liberdade para tomada de decisões empresariais, de forma que não há comprometimento de sua autonomia patrimonial e/ou administrativa.

O conceito de sociedade coligada é apresentado pelo §1º do art. 243 da Lei das S.A., que considera coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa; o §4º deste mesmo artigo determina que existe influência significativa quando a investidora “detém ou exerce o poder de participar nas decisões de política financeira ou operacional da

¹⁰² Sobre o tema: BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de direito comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 151-189. O autor apresenta parecer sobre “Mútuos entre empresas do mesmo grupo”, e explora a questão da necessária comutatividade dos empréstimos celebrados entre controladora e controladas, indicando inexistir qualquer empecilho para sua realização, desde que observado o pagamento compensatório adequado; o autor também opina sobre qual taxa de juros a ser praticada, concluindo que a taxa deve ser próxima daquela que seria obtida pela mutuante, junto ao mercado financeiro, nas operações de investimento de sua disponibilidade de caixa. O tema também é explorado em: GUERREIRO, José Alexandre Tavares Guerreiro. **Das relações internas no grupo convencional de sociedades**. In: TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo/SP: QuartierLatin, 2005, v., p. 303-321. Neste último texto a questão da comutatividade das operações entre sociedades grupadas é analisada sob a perspectiva do grupo convencional, para o qual se admite a existência do interesse de grupo; para este, Guerreiro sintetiza a questão afirmando que a comutatividade das operações de mútuo deve ser considerada sob o ângulo das vantagens econômicas globais que a operação oferece à sociedade mutante, ou seja, não se deve encerrar apenas as vantagens financeiras do empréstimo mas, ao contrário disso, suas consequências globais ao grupo.

investida, sem controlá-la”; por fim, o §5º reconhece a presunção dessa influência significativa quando a investidora “for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”.

O Código Civil também apresenta definição para coligação por meio do art. 1099 que considera “coligada ou filiada à sociedade de cujo capital outra participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. Há aqui uma possível divergência com o disposto na Lei das S.A., uma vez que ela estabelece o critério da influência significativa como determinante no reconhecimento da coligação, presumindo-a a partir da detenção de 20% do capital social da investida; já o Código Civil estabelece dois requisitos para reconhecimento da coligação (i) participação de ao menos 10% no capital de outra sociedade e (ii) que essa participação não configure controle.

O conflito na questão da coligação é resolvido pela aplicação do art. 46 da lei 11.941/2009, que implementou o atual conceito de coligação da Lei das S.A. Conforme o art. 46, o conceito de coligação apresentado pela Lei das S.A. só tem aplicação para os propósitos da própria lei, ou seja, quando se tratar de sociedade anônima, devendo, nos demais casos, aplicar-se o disposto no Código Civil. A questão é tormentosa e pode gerar instabilidade na aplicação da responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção, pois a norma não avançou numa melhor definição sobre o tema.

Diante do conceito de Antunes (2002, p.52), e pelo que foi brevemente exposto até o momento, o próximo passo é a análise das principais características presentes nos grupos: (i) subordinação a uma direção unitária e comum; e, (ii) personalidades jurídicas independentes (autonomia jurídica); as sociedades integrantes do grupo conservam sua autonomia patrimonial e a personalidade jurídica independentes, apesar de sua submissão econômica e administrativa ao controlador (poder de comando). A análise desses temas é importante norteador dos critérios de imputação de responsabilidade no âmbito do grupo.

2.3.2 Poder de controle e direção unitária – modalidades etc.

2.3.2.1 Aspectos gerais

Diniz (2016, p. 252), apresenta os grupos societários como “estruturas empresariais desempenhadas por diversas organizações societárias ligadas por convenção ou por participações de controle ou coligação, com direção unitária”, e aponta que o controle seria elemento determinante para diversas consequências jurídicas no âmbito das sociedades

grupadas¹⁰³. É relevante, portanto, para a sistematização de critérios de imputação de responsabilidade perante estas sociedades, a identificação da fonte de poder e a forma como ele é exercido nos níveis internos e externos do grupo.

Em conexão ao interesse social e ao poder de controle, Diniz (2016, p. 253), aponta a direção unitária como outro critério de qualificação e imputação de responsabilidade no âmbito do grupo; “se o controle implica supremacia permanente nas deliberações e na administração, induz-se que a direção unitária poderá ser decorrente do controle manifesto na administração da controlada” (DINIZ, 2016, p. 77). A direção unitária é que confere unidade econômica ao grupo e, portanto, permite a identificação de política administrativa e financeira comum – a direção unitária é a concretização do poder de controle perante as sociedades grupadas.

A distinção entre os conceitos de (i) controle e (ii) direção unitária, passa pela identificação do efetivo exercício do poder de domínio. Enquanto a direção unitária “implica consequência prática da perda de independência econômica das sociedades que fazem parte do grupo” (DINIZ, 2016, p. 42), o controle deve ser entendido como a mera possibilidade de controlar, ou, conforme definição apresentada por Diniz (2016, p. 75-76) “valora-se juridicamente a presunção de poder na sociedade controladora e nas sociedades controladas, ainda que ele não seja exercido”.

Diante da diferenciação entre controle e direção unitária Antunes (2012, p. 27)¹⁰⁴, apresenta duas teorias para conceituação legal do grupo de sociedades: (i) *unified management*¹⁰⁵, que apenas reconhece a existência do grupo de sociedades após a identificação da direção econômica exercida pela sociedade controladora, ou seja, reconhece que as sociedades integrantes do grupo estariam submetidas a uma direção unitária, apesar da autonomia patrimonial; e (ii) *control*¹⁰⁶, que é fundamentada no conceito de controle e que reconhece a existência de grupo de sociedades sempre que se identificar a existência de

¹⁰³ O autor afirma que o controle é “reconhecido como fato jurídico de amálgama do grupo, manifestando sua consequência com preponderância nas deliberações e na escolha de administradores” (DINIZ, 2016, p. 255)

¹⁰⁴ ANTUNES, José Augusto Engrácia. **The governance of corporate groups**. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org). Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-59.

¹⁰⁵ Conforme Antunes (2012, p. 27): “One notion of group is based on the concept of unified management (“einheitlicher Leitung”, “direction économique unitaire”, “unidad de dirección”): a group is said to exist whenever a set of legally independent companies (subsidiaries, “Tochtergesellschaften”, “filiales”, “filiali”, “sociedad filial”) is submitted to a unitary economic direction exercised by a parent corporation (“Muttergesellschaft”, “société-mère”, “cappo-gruppo”, “sociedad matriz”).”

¹⁰⁶ Conforme Antunes (2012, p. 28): “Another notion is based on the concept of control (“controle”, “controllo”): there is a group whenever a corporation controls another corporation or corporations. (...) thereby considering unified management as irrelevant or unnecessary, a corporate group is deemed or presumed to exist by the simple fact that a corporation owns a stable majority voting in the annual meeting of another or any other relevant controlling instrument”

relação de controle entre uma sociedade e as demais, independentemente do efetivo exercício desse poder.

O próprio Antunes (2012, p. 28), critica a vagueza conceitual da definição de controle e sua variabilidade de formas, bem com a definição de grupo com base no controle, meramente, pois isso ampliaria significativamente o conceito de grupo de sociedades em razão da desnecessidade da direção econômica unitária – significa dizer que o reconhecimento de grupos em decorrência da mera existência de participação social que permita a identificação do controle, implicará no enquadramento de grupos de sociedades em situações em que não há a mínima identidade econômica e de atividades.

Já tivemos a oportunidade de afirmar que o modelo regulatório brasileiro, Lei das S.A., não requer a direção unitária como elemento necessário à identificação do grupo de sociedades, bastando a verificação da relação de controle (DINIZ, 2017, p. 190). Entretanto, a direção unitária tem sido utilizada pela jurisprudência como critério para extensão de responsabilidades entre sociedades grupadas, levando Margoni (2011, p. 166), a afirmar que “a direção unitária é sempre mencionada como elemento caracterizador da existência de grupo econômico, embora não exista qualquer previsão legal de direção unitária para sua caracterização na LSA”¹⁰⁷.

Diniz (2016, p. 178), ao tratar da extensão da falência em grupos e o posicionamento consolidado do STJ destaca em mais de uma oportunidade o aparecimento do critério de direção unitária e/ou unidade de controle¹⁰⁸ para caracterizar confusão patrimonial, como requisito a autorizar o reconhecimento do grupo e a possibilidade de extensão dos efeitos da falência. Diante disso, a compreensão da estrutura de poder no âmbito das sociedades, notadamente no que se refere às sociedades grupadas, é tema de interesse à presente pesquisa, razão pela qual, o que se propõe nesse momento é a análise do poder de controle e da direção unitária, bem como sua classificação.

¹⁰⁷ A referida afirmação foi apresentada como conclusão da análise de diversos julgados que aplicam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos (MARGONI, 2011)

¹⁰⁸ No julgamento do Recurso Especial n.º 968.564/RS, o Superior Tribunal de Justiça valora a unidade de direção, no âmbito gerencial, laboral e patrimonial, para permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das sociedades grupadas. Assim consta na ementa do acórdão: “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.”. A leitura da íntegra do acórdão também revela debate sobre quais circunstâncias permitiriam que a extensão de responsabilidade em razão de eventual subcapitalização de sociedade controlada, porém, isso não foi identificado nos autos, razão pela qual não foi acolhida o pedido de desconsideração.

2.3.2.2 Poder de controle

Em obra clássica denominada “A moderna sociedade anônima e a propriedade privada”, publicada no início da década de 1930, Berle e Means analisam o fenômeno da separação entre a propriedade e o controle no âmbito da sociedade anônima, reconhecendo a existência de um divórcio entre propriedade e administração (FORGIONI, 2009, p. 90). Comparato (1970, p. 83), apresenta o tema de forma bastante didática a partir de sua origem histórica, para ao final concluir que nas grandes corporações seria possível verificar que a propriedade da sociedade é “mera relação de pertinência subjetiva dos bens sociais”, despida do poder de agir e dispor desses bens, já que essa competência caberia aos administradores da companhia.

A investigação da dissociação entre poder e propriedade não foi tema originalmente tratado por Berle e Means, pois anteriormente já teria sido detectado por Karl Marx, em suas anotações referentes ao Livro III do Capital, nas quais teria elaborado uma precisa descrição da questão ao analisar a relação de um maestro com sua orquestra – o maestro não precisaria ser o proprietário dos instrumentos da orquestra sob sua direção, tampouco se preocupar com o salário dos músicos, seu papel de direção prescinde, portanto, da propriedade (COMPARATO, 1970, p. 72).

Tamanha seria a alienação dos acionistas com relação à companhia que Comparato (1970, p. 20), afirmou que as assembleias gerais teriam se transformado em verdadeiro centro de exercício de “ilusão popular do capitalismo”; a expressão é utilizada para demonstrar que o distanciamento dos acionistas (proprietários) com a realidade da empresa é um elemento que reforça essa dissociação entre propriedade e controle. Para o autor, a capacidade de investimento seria o verdadeiro fundamento do poder na moderna sociedade anônima¹⁰⁹. A nosso ver, Comparato apresenta tal reflexão sobre o exercício do poder de controle na companhia, bem como sobre o esvaziamento da assembleia geral, para colocar em evidência uma possível dissociação entre o efetivo domínio dos rumos sociais e a propriedade, demonstrando que, na prática, a propriedade acionária não é garantia de poder, e que este pode ser exercido sem aquela.

Nelson Eizirik (1987, p. 101), refuta a aplicabilidade da tese defendida por Berle e Means à realidade brasileira. Em artigo denominado “O mito do “controle gerencial” – alguns

¹⁰⁹Comparato (1970, p. 21): “O verdadeiro fulcro de poder, na grande empresa, é a sua capacidade de investimento “Uma única companhia pode levar a cabo um programa de investimentos importando no dispêndio de vários bilhões de dólares em novas máquinas e produtos. Uma decisão dessa ordem bem pode determinar o tipo de vida que levará doravante um segmento substancial da sociedade. (...) Ora, o exercício do poder de investimento, na macro-companhia, pertence inquestionavelmente à direção. ” O autor termina justificando que a capacidade de decidir sobre a realização de investimentos é tarefa que se tornou de tal maneira complexa, que só pode ser exercida pelos denominados tecnocratas, que detêm as informações necessárias à tomada de decisões.

dados empíricos” (EIZIRIK, 1987, 103-106), o autor afirma que na realidade empresarial brasileira a dispersão de capital é quase inexistente. O autor parte do conceito utilizado por Berle e Means, de que o controle gerencial estaria presumido quando o maior acionista individual, os membros de uma família ou um grupo de acionistas, não detivessem mais que 10% do capital votante da companhia – diante dessa realidade as companhias eram consideradas como controladas pelos executivos.

Partindo dessa premissa, Eizirik apresenta levantamento sobre a estrutura de controle acionário de 465 macroempresas que representavam 90% do patrimônio líquido do total das companhias abertas brasileiras à época, realizado em 1985 pela Superintendência de Projetos e Estudos Econômicos da Comissão de Valores Mobiliários, e conclui que: (i) não havia nenhuma companhia aberta em que o principal acionista detivesse menos de 10% do capital votante; (ii) na média das companhias abertas o acionista majoritário detém quase 70% das ações com direito a voto; e (iii) na realidade brasileira não era possível cogitar a existência de uma separação entre propriedade e controle na companhia aberta.

A realidade apresentada por Eizirik pouco se alterou nos últimos anos¹¹⁰, ou melhor, nada se alterou até os anos 2000; essa conclusão é apresentada por Eduardo Secchi Munhoz em “Aquisição de Controle na Sociedade Anônima”¹¹¹, nesta obra o autor dedica um capítulo para analisar o quadro atual da questão do controle concentrado e da dispersão acionária nas companhias brasileiras¹¹². Pesquisas realizadas entre os anos 90 e início dos anos 2000, foram “unâнимes ao concluir que, no início dos anos 2000, a estrutura de controle das companhias abertas brasileiras era concentrada, prevalecendo o controle exercido por famílias” (MUNHOZ, 2013, p. 102). Posteriormente o autor analisa pesquisas realizadas a partir de 2004, e afirma que com a instituição do Novo Mercado, teria ocorrido uma “notável transformação” na realidade da companhia brasileira, indicando uma tendência à diminuição da concentração acionária.

¹¹⁰ Em dissertação de mestrado apresentada por Camilla Ribeiro Martes, com o tema “Sobre o Controle Minoritário nas Companhias Listadas no Novo Mercado”, a autora apresenta dados recentes divulgados pela OCDE, pelas consultorias McKinsey&Company e Korn/Ferry International e pelo Centro de Estudos em Governança, este último divulgado em 19 de junho de 2009, pelo jornal Valor Econômico, afirmando que apenas 1,3% das companhias com capital aberto teria pulverização acionária, ou seja, a concentração acionária permanece presente no mercado de capitais brasileiro.

¹¹¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹² “A estrutura de propriedade acionária das companhias abertas brasileiras é muito concentrada, como demonstram diversos estudos existentes sobre o tema. As companhias são, tradicionalmente, controladas por um acionista controlador majoritário, ou, como se verificou mais recentemente, em razão do maior grau de dispersão das estruturas de propriedade das companhias listadas no Novo Mercado, por um grupo de acionistas vinculados por acordo de acionistas que regula o exercício do controle compartilhado”. GORGA, Érica. “Direito Societário Atual”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 41-42.

Levantamento de dados realizado por Erik Frederico Oioli (2013, p. 71-76), que analisou 92 companhias listadas no Novo Mercado, concluiu que: (i) 17,39% delas declararam não possuir acionista controlador; (ii) 49% não possuíam acionista majoritário; (iii) o percentual médio de controle era de 51,62%; e (iv) na média, o maior acionista era titular de 36,55% do capital total (MUNHOZ, 2013, p. 104). A partir de 2007 não haveria estudo empírico sobre a estrutura de propriedade das companhias integrantes do Novo Mercado, mas podia-se detectar uma tendência no sentido da dispersão acionária (MUNHOZ, 2013, p. 104).

Em conclusão, Munhoz reconhece que a realidade brasileira ainda está distante daquela apresentada por Berle e Means, porém, afirma que o controle concentrado teria deixado de ser exclusividade no mercado bursátil brasileiro. Concordamos com a conclusão apresentada por Munhoz, mas, mesmo assim, permanecemos alinhados com a opinião de Eizirik, para quem a “revolução dos gerentes” identificada por Berle e Means, não está presente na realidade brasileira, não havendo, portanto, controle gerencial¹¹³.

Retomando a análise do conceito de controle, Comparato; Salomão Filho (2014, p. 24) apresentam o sentido da palavra a partir de sua análise histórica em diversos idiomas (francês, inglês e alemão); em linhas gerais afirma que nas línguas francesa e alemã a palavra controle tem sentido de fiscalização e verificação, já na língua inglesa, o vocábulo está associado a poder e dominação¹¹⁴. Feitas essas considerações, concluem que a evolução semântica, em português, teria sido influenciada tanto pelo francês como pelo inglês, de forma que aqui significaria tanto fiscalização como “ato ou poder de dominar”¹¹⁵.

Posteriormente, ao enfrentar discussão doutrinária sobre a possibilidade de definição do controle e sua relevância, bem como a indagação se o controle seria mais uma noção de fato do que de direito, Comparato apresenta a distinção “básica” entre controle interno e externo, afirmando que no primeiro caso o titular do controle atua no interior da sociedade, a partir de mecanismos da própria estrutura societária (assembleia geral, especialmente); já no

¹¹³ Prado (2002, p. 91) também afirma que o controle gerencial “não representa a realidade das sociedades brasileiras, já que há concentração de poder na maioria das ações votantes.”

¹¹⁴ Comparato (1970, p. 71), também tratou do tema: “Quanto ao termo “contrôle”, êle se origina do francês, surgindo em 1367, sob a grafia contrerole, para indicar rôlo, ou registro, que servia para verificação de outro registro. A acepção primitiva do vocábulo era, portanto, de fiscalização, e é este o seu sentido primeiro em francês até hoje. Na língua inglesa, porém, o termo assumiu o sentido de governo, de dominação, e mesmo de repressão”.

¹¹⁵ Esse breve esclarecimento é importante, pois a sua obra é de extrema influência na análise do tema poder de controle, sendo que o autor adverte que o uso da palavra “controle”, em toda sua obra, é no sentido de “poder de dominação”.

caso do controle externo, este pertenceria a agentes que não compõem o quadro societário, nem quaisquer órgãos desta, mas que agem por fora, determinando o destino da empresa¹¹⁶.

Munhoz (2002, p. 223) critica a possibilidade de análise do poder de controle a partir de conceitos estáticos e imutáveis; na sua opinião, o poder de controle seria objeto de constantes disputas no âmbito da sociedade, e seria caracterizado pela sua dinâmica e mutabilidade, admitindo diferentes graus de concentração e estabilidade. Diante da inquestionável importância do poder de controle no âmbito da sociedade¹¹⁷, seria intuitivo concluir que o seu exercício seja objeto de resistência e de diversas tramas.

Admitindo-se que o poder de controle possui múltiplas formas de manifestação, deve-se reconhecer que problemas distintos surgirão a partir das diferentes perspectivas, ou seja, há efetiva importância em se diferenciar o controle interno do controle externo; o majoritário, do minoritário e gerencial (já definido acima); o absoluto e simples; o individual e conjunto, pois em função dos diferentes graus de concentração e estabilidade de cada um, diferentes são as consequências e o tratamento jurídico que lhes são adequados.

Comparato (2014, p. 67)¹¹⁸, apresenta quatro modalidades de poder de controle interno: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial. O controle totalitário é aquele que tem na unanimidade sua principal referência (MUNHOZ, 2002, p. 226), ou seja, todos os sócios estão integrados no exercício do poder de controle, seja por se tratar de (i) sociedade unipessoal, (ii) sociedade com poucos sócios ou (iii) familiar (controle totalitário conjunto). O controle majoritário é aquele exercido pelos titulares de mais da metade das ações com direito a voto, ou quotas. O controle minoritário é detido pelo acionista que detém menos da metade das ações com direito a voto, verificado comumente em sociedades com capital disperso e absenteísmo da maioria. O controle gerencial é aquele exercido pelos administradores da companhia, respaldados novamente pela dispersão de capital e pela passividade dos sócios (MUNHOZ, 2002, p. 227).

O controle externo é o controle exercido fora da estrutura da sociedade (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 77). Munhoz (2002, p.227) afirma que a

¹¹⁶ O poder de controle seria “originário, uno ou exclusivo, e geral” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 41). Originário porque não deriva e nem se funda em outro, interna ou externamente; uno porque não admite concorrentes; e, geral porque se exerce em todos os setores, inadmitindo-se domínios reservados.

¹¹⁷ Trata-se de um poder supremo, que transcende as prerrogativas legais da assembleia geral (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 41).

¹¹⁸ A classificação de poder de controle apresentada por Comparato é inspirada naquela proposta por Berle e Means que originalmente classifica o poder de controle em cinco espécies: (i) controle fundado na posse da quase totalidade das ações; (ii) controle fundado na posse da maioria dessas ações; (iii) controle mediante expedientes legais; (iv) controle com menos da metade das ações; e, (v) controle administrativo ou gerencial (MUNHOZ, 2002, p.226).

possibilidade de aplicação de uma sanção econômica ou contratual (jurídica), concede ao controlador externo o “poder de fazer com que sua orientação prepondere no âmbito da assembleia geral e, por consequência, dos órgãos administrativos da sociedade”¹¹⁹. Prado (2006, p. 87), afirma que o controle externo pode ser identificado em contrato como de fornecimento, franchising, transferência de tecnologia, entre outros.

Os controles individual e conjunto são, respectivamente, aquele exercido por uma pessoa isoladamente, sem ajuda de terceiro, no primeiro caso e, no segundo caso, exercido por um grupo de pessoas que se associam para comandar os destinos da sociedade, ligadas por (i) algum interesse em comum, (ii) laços familiares ou (iii) por acordo de votos (MUNHOZ, 2002, p. 229). O controle absoluto é aquele exercido sem a existência de uma minoria qualificada que seja capaz de resistir ao poder do controlador em determinadas deliberações sociais; quanto ao controle simples, aqui se identifica a existência de uma minoria capaz de oferecer resistência ao poder do controlador, limitando o seu exercício em determinadas matérias (MUNHOZ, 2002, p. 229).

Ainda sobre o controle, são os artigos 1.098 do Código Civil e 243, § 2º da Lei das S.A., que o disciplinam no ordenamento jurídico brasileiro. A leitura dos artigos permite extrair que a relação de controle se estabelece a partir da identificação da sociedade controladora, ou seja, aquela que seja titular de direitos de sócios que lhe permitem de forma permanente (i) a preponderância nas deliberações sociais e, (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores.

O conceito de sociedade controladora do §2º, do art. 243 da Lei das S.A., é equiparado ao conceito de acionista controlador do art. 116 (MARTINS, 2010, p.1014). Nos dois casos, acionista controlador ou sociedade controladora, considera-se aquele que, de maneira direta ou indireta, (i) assegura a preponderância no resultado das deliberações sociais, e, (ii) possui o poder de eleger a maioria dos administradores¹²⁰, com a ressalva apresentada anteriormente sobre a inexistência do requisito do “efetivo exercício” do poder de controle para identificação da sociedade controladora.

Por fim, vale destacar a diferenciação entre controle societário e controle da empresa proposta por Ciampolini Neto e Warde Jr (2010, p. 254-256); os autores justificam que o controle da empresa é aquele exercido pelo próprio empresário (a pessoa jurídica que toma para si os meios de produção e protagoniza a atividade empresarial), ou seja, “o organizador

¹¹⁹ Munhoz (2002, p. 249) também afirmar que o controle externo e gerencial, são modalidades desconhecidas da legislação brasileira e que os arts. 116 e §2º, art. 243 da Lei das S.A., mereciam revisão para reconhecer tais modalidades de controle.

¹²⁰ Para Eizirik (2011, p.362) “a caracterização do acionista controlador requer a presença cumulativa de 3 (três) requisitos: (i) a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral (que não corresponde necessariamente à maioria do capital votante); (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores; e, (iii) o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

dos meios de produção dedicados à atividade econômica”. O controle societário é aquele exercido pelo sócio, que lhe permite a definição das ações e estratégias da sociedade – aqui nos parece que a referência é o tradicional conceito de controle tratado por Comparato e tantos outros que já foram apresentados na pesquisa.

Infelizmente todo esse debate é ignorado pela Lei Anticorrupção que, ao disciplinar a solidariedade no âmbito das sociedades grupadas, limitou-se em afirmar, timidamente, que “as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”¹²¹, ou seja, para a norma, não importa as características da relação de controle que se analisa, nem mesmo com qual nível de concentração e/ou resistência ele é exercido. Para aplicação da norma prevista na Lei Anticorrupção, basta a identificação do controle, seja ele qual for, pouco importando sua origem, natureza e/ou limites.

2.3.2.3 Direção unitária

Já tivemos a oportunidade de afirmar que a direção unitária¹²² é o elemento que confere às sociedades sobrepostas o caráter de grupo econômico, pois caracteriza a unidade empresarial de uma pluralidade de sociedades independentes; também já afirmamos que perante a lei brasileira o elemento central para identificação do grupo é o controle¹²³, mas que já foi detectada na jurisprudência a utilização da direção unitária para reconhecimento da formação grupada (DINIZ, 2016, p. 169-189). O tímido marco regulatório brasileiro sobre a caracterização do grupo societário não impediu que a análise doutrinária do fenômeno

¹²¹ Art. 4º, §2º, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

¹²² A direção unitária é exercida pela sociedade controladora através da emissão de “instruções vinculativas”, é, portanto, o meio para efetivação da gestão unitária das empresas do grupo. Essas instruções podem “traduzir-se em ordens, diretivas e até recomendações ou conselhos, revestindo-se de forma oral ou escrita” (PERESTRELO, 2016, p. 138). Antunes (2002, p. 718-760) analisa o poder de direção tanto na perspectiva da sociedade controladora e seus deveres em emitir “instruções vinculantes”, como do ponto de vista da sociedade subordinada e seu dever “de cumprimento” das ordens recebidas. Nas palavras do autor: “Como se concretiza este poder de direção e como pode ser ele exercido, é-nos respondido fundamentalmente pelo art. 503.º: tal poder investe a sociedade diretora num direito de emissão de instruções vinculantes e a sociedade subordinada no correspondente dever de acatamento e cumprimento das mesmas.” (p. 718)

¹²³ O modelo português de grupo também renuncia à necessidade da presença de direção unitária para sua caracterização, sendo muito parecido com o modelo brasileiro. São três hipóteses, em resumo, que apresentam o conceito legal de grupo: (i) relação de domínio total (art. 488.º a 491.º CSC – titularidade totalitária do capital de uma sociedade); (ii) contrato de subordinação (arts. 493.º a 508.º CSC); e, (iii) contrato paritário (art. 492.º CSC). Os dois primeiros casos legitimam o exercício da direção unitária (PERESTRELO, 2016, P. 11).

deixasse de observar a direção unitária como elemento relevante na sua constituição¹²⁴; é justamente a sua existência que irá determinar o surgimento de uma política econômica, financeira e operacional harmônica entre as unidades que compõem o grupo, e até mesmo de uma imagem unificada.

Utilizando novamente o exemplo da orquestra apresentado por Comparato (1970, p. 72) o controlador atua como verdadeiro proprietário dos instrumentos: sem uma direção unitária, a orquestra produz sons desarranjados, sem complementariedade – a direção unitária, portanto, representa o trabalho do maestro que é responsável por conduzir os diversos instrumentos musicais em harmonia, gerando o resultado (música) desejado.

O tema é relevante, pois a direção unitária se apresenta como elemento central de diferenciação de grupos societários e implica, na prática, perda de independência econômica das sociedades que integram o grupo, podendo servir como critério de imputação de responsabilidade à controladora, conforme o grau de perda de independência imposta às controladas. A direção unitária qualifica o grupo em torno de uma política administrativa e financeira comum, firmando-se como “eixo de regulação das medidas de proteção dos sócios externos, credores e trabalhadores” (DINIZ, 2016, p.41).

Após anunciar que o ordenamento jurídico português é um dos poucos que regulamenta de forma pormenorizada a questão dos grupos de sociedades (Título VI do Código das Sociedades Comerciais – arts. 481º a 508º), Perestrelo (2016, p.8), detecta o mesmo problema na utilização da expressão “grupo de sociedades” em Portugal, ou seja, aponta que no primeiro caso haveria a utilização do termo de forma ampla, para indicar uma generalidade de sociedades coligadas, independentemente da existência de direção econômica unitária, nos termos do art. 481º do Código das Sociedades Comerciais Português. No segundo caso, sentido estrito, a autora caracteriza grupo pela presença da direção unitária entre duas ou mais sociedades, com preservação de sua autonomia patrimonial (jurídica e organizativa).

Pouco antes de analisar o conceito doutrinário de direção unitária, Prado (2006, p. 105), também questiona se “a mera existência do controle societário é suficiente para configurar o grupo de sociedades” ou se a configuração de um grupo empresarial estaria associada à relação entre controle societário e direção unitária; a autora afirma que seria justamente a direção unitária que diferenciaria “o grupamento da situação de mera dependência” (PRADO, 2006, p. 105).

¹²⁴ A unidade de direção seria 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; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 36-37).

Seriam dois os entendimentos centrais para definição de grupos: (i) no primeiro não há coincidência no conceito de controle e de grupo, razão pela qual haveria necessidade da existência de um requisito complementar, a direção unitária; (ii) no segundo, o conceito de grupo está englobado no de controle, razão pela qual bastaria a existência de controle para reconhecimento do grupo societário¹²⁵ (PRADO, 2006, p. 105). Inexistiria, portanto, “necessária coincidência” entre relação de controle e grupo, pois representam momentos distintos de um mesmo fenômeno: o controle exprime uma posição de poder que antecede e permite a direção unitária, esta exprime a efetiva coordenação das atividades das sociedades isoladas que compõem o grupo (PRADO, 2006, p. 106).

Essa nos parece a maneira mais adequada ao reconhecimento dos grupos de sociedades, ou seja, sua caracterização não pode se limitar à simples identificação do controle, há necessidade de se dar um passo adiante e investigar como este poder é efetivamente exercido no âmbito das sociedades sobrepostas; a forma como o controlador efetivamente utiliza o poder e concretiza seus interesses perante as sociedades controladas é determinante para verificar a existência de uma política econômica e estratégia comercial conjunta e, portanto, caracterização do grupo de sociedades¹²⁶.

Para reconhecimento do grupo há necessidade de extrapolar o reconhecimento do controle e investigar a existência de uma “política grupal” (PRADO, 2006, p. 108). A ideia de direção unitária está alicerçada no processo de transferência de atribuições entre as sociedades grupadas para a sociedade controladora; Antunes (2002, p. 113-114) analisa aspectos jurídicos e econômicos dessa realidade destacando a “transferência para a sociedade do topo das competências de gestão empresarial”.

Do ponto de vista econômico a direção unitária significa a existência de uma política comum e geral para as sociedades grupadas, atingindo diversos setores que originalmente seriam objeto de decisões autônomas e independentes para cada sociedade isolada, são eles: política comercial, marketing, unificação de marcas, imagem e emblemas, estratégia de

¹²⁵ A conceituação legal de grupo a partir da teoria do *unified management* do *control*, apresentadas por Antunes (2012, p. 27), são basicamente os conceitos apresentados por Prado, ao se questionar sobre os elementos necessários para diferenciar uma situação de mera dependência do grupamento econômico.

¹²⁶ Conforme Prado (2006, p. 107): “Para caracterização dos grupos, portanto, mais do que as diversas formas de configuração do poder de controle, importa conhecer os interesses do controlador no exercício do poder, isto é, se se trata de um sócio privado ou de um sócio empreendedor com outros interesses empresariais que não simplesmente o de sócio na sociedade dependente. De fato, nos grupos de sociedades, o poder de controle é exercido em vista de interesses econômicos diversos da simples obtenção de lucros auferidos com o desenvolvimento da atividade empresarial distribuídos a todos os acionistas. O controlador não pretende apenas exercer os direitos decorrentes da sua posição de sócio, mas também coordenar a atividade da sociedade isolada, de acordo com uma esfera maior que representa o conjunto de todas as sociedades sob o seu domínio.”

vendas, gestão, práticas trabalhistas, etc (ANTUNES, 2002, p. 114-116). Essa integração também é observada em determinados grupos que constituem os denominados centros de serviços compartilhados, que nada mais são que a centralização dos departamentos de compra e venda, gestão financeira e jurídica, bem como o setor administrativo de diversas empresas grupadas para aproveitamento da estrutura e interesses comuns.

Perestrelo (2016, p.9), aponta o seguinte conjunto essencial de fatores para caracterização de grupos de sociedades fundados na direção unitária: (i) controle; (ii) integração econômica; (iii) interdependência administrativa; (iv) interdependência financeira; (v) interdependência de trabalhadores; e, (vi) imagem comum. Evidentemente que há variações, em diferentes grupos, na forma e grau de centralização que cada um dos itens anteriormente é exercido, entretanto, a presença desses elementos é fundamental para caracterização do grupo de sociedades. O controle, segundo Perestrelo, é o elemento identificador primário do grupo, e seu exercício, em maior ou menor intensidade, varia em cada grupo e impacta na deslocação do poder das sociedades controladas para a controladora.

Antunes (2002, p. 115-116), destaca alguns setores que são fortemente atingidos pela direção unitária, entre eles: (i) setor comercial; e (ii) setor financeiro. A política comercial comum consistiria na “a condição mínima da existência do grupo” (ANTUNES, 2002, p. 115) e seria detectada por meio de uma “imagem de marca uniforme” (ANTUNES, 2002, p. 115), uso de sinais e embalagens comuns, estratégias de publicidade e de sua projeção global, alinhadas, enfim, formação de preços e até mesmo a produção de novos produtos.

A política financeira comum, notadamente instituída a partir da sociedade de controle, consiste em se admitir a dependência das sociedades controladas com relação aos meios de financiamento do grupo e fluxo de capital entre as diversas sociedades que o integram. A via é de mão dupla, tanto a controladora pode se beneficiar de garantias oferecidas pelas controladas, como estas se beneficiam da estrutura grupada capaz de gerar maior confiança no recebimento de investimentos e na abertura de crédito.

Em razão da dificuldade na busca de um conceito definitivo para direção unitária, especialmente por se tratar de uma noção do mundo econômico, de difícil conceituação pelo mundo jurídico, Antunes (2002, p. 120), destaca que ao invés de se buscar uma definição precisa de direção unitária, as pesquisas mais recentes se preocupam apenas em determinar condições mínimas para sua identificação, ausentes essas condições, não haveria grupo societário, mas de mera relação de controle.

Entre as correntes apontadas por Antunes (2002, p. 120-122), destacam-se duas: (i) a primeira afirma que para existência de uma direção unitária a centralização da política financeira é

condição necessária e suficiente (evidente que tal centralização é vista na perspectiva da sociedade controladora); e, (ii) a segunda corrente não considera a existência de uma política financeira centralizada como condição necessária, apenas a reconhece como condição suficiente, mas admite a existência de direção unitária a partir da centralização de outros departamentos das sociedades grupadas, desde que “semelhante centralização tenha originado, de uma perspectiva global, a perda da respectiva independência econômica” (ANTUNES, 2002, p. 122).

Na Alemanha a existência de direção unitária é elemento indispensável ao reconhecimento do grupo (PRADO, 2006, p. 112-113)¹²⁷; ao abordar o conceito alemão de grupos de empresas, a autora afirma que o AktG de 1965 previu explicitamente a separação dos conceitos de dependência e existência de grupo, e ao final concluiu:

Em um mesmo caso, pode-se verificar a participação majoritária, que representa a dependência que, possibilita a existência de um grupo de empresas. Por outro lado, pode haver relação de dependência sem que se configurem necessariamente os grupos de empresas. Esta possível não coincidência decorre da indispensabilidade da verificação da direção unitária para configuração dos grupos.

Avançando sobre a análise do significado da expressão “direção unitária” perante a legislação alemã, Prado (2006, p. 113), afirma que seu conceito não é apresentado pela legislação, pois se trata de uma situação fática a ser investigada por estudos econômicos, e não pela ciência jurídica. É evidente que tal dificuldade decorre da volatilidade do fenômeno, que não é estático e se apresenta com diversas variações de intensidade e integração das empresas e sociedades, conforme a atividade empresarial desenvolvida e as políticas adotadas pela sociedade dominante.

Duas seriam as principais correntes alemãs para identificação da direção unitária e, por consequência, do grupo: a primeira corrente, Teoria da Unidade (*Einheitstheorie*), caracteriza os grupos pela forte unidade econômica, desconsiderando a autonomia das sociedades dependentes que atuam sob uma direção unitária centralizada na sociedade dominante; a outra corrente, Escola de Marcus Lutter, apresenta uma visão mais flexível com relação à forma de atuação da unidade de comando, admitindo a existência de grupo desde que a direção unitária “represente uma repercussão no todo da empresa e retire da sociedade controlada a sua independência econômica, ainda que parcialmente” (PRADO, 2006, p. 114-115).

127 Sobre o tema: Oliveira (1979, P. 573) – aborda a importância da direção unitária para caracterização do Konzern (grupo de sociedades), na Alemanha: “A direção única, para que se possa falar de Konzern, precisa existir efetivamente, não podendo ser mero poder virtual de direção, embora possa ser exercida em medida diversa, quer sob a forma de instruções que influam largamente na administração diária das sociedades, quer se limite à determinação da política básica do grupo”.

Após percorrer questões relacionadas às diretivas europeias sobre a utilização da expressão “direção unitária” na definição de grupo (PRADO, 2002, p. 116-122), bem como a influência da doutrina e jurisprudência alemãs na identificação da relação de dependência (PRADO, 2002, p. 122-123), a autora apresenta duas conclusões finais sobre a definição de grupos na legislação alemã: (i) a primeira delas é a relevância da doutrina e da jurisprudência na definição de direção unitária, pois seria conceito de difícil especificação, além disso, também constata uma “estreita ligação entre a situação de dependência e a de grupo de empresas”; (ii) a segunda constatação é a de que, para a lei alemã, o elemento central na relação entre empresas seria a dependência e não a direção unitária, pois esta seria elemento de identificação dos grupos de empresas, ou seja, uma espécie do gênero empresas ligadas, que “têm a dependência e a influência dominante como principais conceitos” (PRADO, 2002, p. 124).

Diniz (2016, p. 44-55), faz percurso semelhante ao analisar a influência alemã na opção brasileira de regulamentação dos grupos; a relação de dependência e a ligação empresarial são temas tratados com profundidade, destacando-se a conceituação de influência dominante como “possibilidade de assumir o domínio da sociedade controlada” (DINIZ, 2016, p. 46). Margoni (2013, p. 65-88), também analisa o conceito de influência dominante e ao final conclui que ela possui caráter potencial, diferenciando-se da direção unitária cujo efetivo exercício é critério para sua caracterização.

Essa questão é relevante à presente pesquisa pois, conforme Diniz (2016, p. 52), em matéria de responsabilidade intragrupo, o sistema alemão valora a conduta da sociedade dominante, ou seja, a forma como se exerce o controle é critério para imputação de responsabilidade. Quer nos parecer que, para imputar responsabilidade à controladora, há necessidade de se investigar efetivamente a maneira como o controle é exercido, concretizado, permitindo-se, em algumas circunstâncias, transferir-lhe os riscos próprios das dominadas, conforme tenha contribuído, ou não, para sua ocorrência¹²⁸.

¹²⁸ Esse ponto é relevante, pois fornece subsídio para utilização de uma teoria que foge à cega aplicação da responsabilidade solidária pela mera existência de relação de controle. Seja-nos permitido afirmar que é uma posição mais coerente com a realidade e toda a construção regulatória e doutrinária na questão dos grupos econômicos, quando se trata de investigar conduta das sociedades controladoras. Ainda sobre a imputação de responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas, Diniz (2014, p. 156), ao analisar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nestas concentrações afirma que “não é razoável permitir a mudança do centro de imputação de responsabilidade a outras sociedades integrantes do grupo, com atividades diversas da geradora da hipótese de superação da personalidade jurídica. Cada unidade responde isoladamente pelos riscos gerados e a aplicação da regra da desconconsideração não se dá horizontalmente – entre as sociedades controladas – mas sim, verticalmente, para atribuição de responsabilidade ao controlador em estruturas de subordinação”. (DINIZ, Gustavo Saad. **Desconconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos Societário**. In CARDOSO, Jair Aparecido; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da (org). **PESSOA JURÍDICA: hipótese de consideração e desconconsideração no direito brasileiro**. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC-Editora, 2014).

Na Itália é possível dividir o tema em duas etapas: na primeira etapa, até a Lei Delegada n.º 366, de 3 de outubro de 2001, inexistia disciplina própria e sistematizada sobre grupos, mas apenas referências aos grupos empresariais e o reconhecimento da direção unitária em leis especiais (PRADO, 2006, p. 125); na segunda etapa, com o advento da Lei Delegada 366, houve expresso tratamento na legislação societária com relação aos grupos, “prevendo a defesa do interesse do grupo, das sociedades controladas e dos sócios minoritários” (DINIZ, 2016, p. 87). Essa é uma norma de caráter geral, que não estabelece claramente o conceito de grupo, mas trata a matéria a partir da vaga noção de “direção e coordenação” (VIO, 2016, p. 158), “valorando-se o exercício do poder de controle” (DINIZ, 2016, p. 87).

O tema encontra-se atualmente emoldurado no art. 2497 do Código Civil Italiano que, dentre outros, expressamente trata da “(i) responsabilidade pelo exercício incorreto da atividade de direção e coordenação da sociedade e (ii) do dever de publicidade” (VIO, 2016, p. 156); ainda na sua opinião, ao sistema italiano importa o reconhecimento da direção¹²⁹, pois se refere expressamente a “exercício e atividade – em prejuízo do aspecto estático do poder de controle” (VIO, 2016, p. 160). Por fim, apesar de severas críticas apresentadas ao sistema italiano (VIO, 2016, p. 171), o autor afirma que uma das ideias mais interessantes seria “a obrigação de identificação e divulgação do controlador ou, mais precisamente, da sociedade ou ente que exerce a atividade de direção e coordenação” (VIO, 2016, p. 171).

Parece-nos que o sistema italiano é mais atento à realidade do exercício do poder no âmbito da sociedade grupada, abandonando a visão abstrata da mera relação de controle como critério único e isolado para identificação do grupo. Prado (2006, p. 126) e Diniz (2016, p. 158), também destacam a importância da identificação da direção unitária para identificação de grupos perante a lei bancária italiana (Lei n. 385, de 1º.09.1993) e a lei que estabelece a administração extraordinária da grande empresa em crise (Lei n. 270, de 08.07.1999)¹³⁰, afirmando que somente a relação de controle não é suficiente à configuração do grupo.

Na França não há definição legal única sobre grupo, há diversas normas e sólida jurisprudência sobre o tema (PRADO, 2006, p. 131), entretanto o controle também é fator determinante ao reconhecimento dos grupos societários, que são divididos entre grupos com participação no capital (financeiros), com administração comum (pessoais) e com ligações

¹²⁹ Diniz (2016, p. 162), também aponta a importância do conceito de direção unitária para reconhecimento da responsabilidade tratada no art. 2.497 do Código Civil italiano.

¹³⁰ Ao tratar da lei bancária italiana, Prado (2006, p. 126), aponta a existência de um poder-dever da sociedade controladora em dirigir as sociedades componentes do grupo e assegurar o cumprimento de diretrizes regulatórias (ordens emanadas pelo Banco Central italiano). Esse é um ponto interessante para aferir responsabilidade do controlador, pois nessa perspectiva a omissão no cumprimento desse dever é critério para imputação de responsabilidade.

contratuais estáveis (contratuais) (DINIZ, 2016, p. 89). O papel da jurisprudência francesa é de extrema importância na identificação de critérios para reconhecimento de grupos, nesse sentido, a chamada doutrina Rozemblum, oferece critérios que transitam entre a complementariedade das atividades das empresas grupadas, a existência de interesse comum e uma “sólida estrutura de grupo” (DINIZ, 2016, p. 89), para enfim imputar deveres e responsabilidades entre controladora e controladas.

Prado (2006, p. 133), afirma que a doutrina Rozemblum exige três requisitos para configuração dos grupos: (i) a existência de estrutura sólida de grupo; (ii) a existência de uma política coerente e global; (iii) manutenção do equilíbrio entre vantagens e desvantagens a serem atribuídas a cada sociedade. O que se observa dessa doutrina é que a complementariedade das atividades das empresas agrupadas e o interesse comum são critérios mais relevantes na análise dos grupos societários que a direção unitária¹³¹.

No Brasil, o Direito da Concorrência considera a direção unitária como elemento central para reconhecimento da concentração empresarial, sendo que essa unidade da empresa pode decorrer tanto da relação de controle, como de outros instrumentos contratuais (contratos associativos) ou societários (coligação e influência relevante) (FRAZÃO, 2017, p. 173). Durante a análise do Requerimento 08700.005448/2010-14¹³², o CADE, por meio do conselheiro Emmanuel Joppert, emitiu parecer sobre o conceito de grupo econômico perante a legislação antitruste, destacando dois elementos centrais: (i) manutenção da personalidade

¹³¹ Segundo Prado (2006, p. 134): “Quando se fala 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*)”.

¹³² Originalmente o caso tratava de requerimento para assinatura de Termo de Compromisso de Cessação de conduta, apresentado pela Unimed-Araraquara, e que tinha como objeto a análise da questão da unimilitância. Entretanto, o CADE tratou do conceito de grupo econômico perante a legislação antitruste reconhecendo, de início, que a legislação não definia de maneira clara e objetiva o conceito de grupo econômico para fins de defesa da concorrência; na sequência reconheceu que as cooperativas Unimed atuavam de maneira unificada e, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência, isso seria suficiente para reconhecimento de grupo e condenação solidária às obrigações estabelecidas na decisão, assim consta na conclusão do voto: “O Sistema Unimed apresenta características suficientes para ser considerado como um grupo econômico concorrencial nos termos do artigo 17 da Lei no 8.884/94, tanto de fato quanto de direito, pois restou devidamente comprovado que: i) as unidades cooperativas que participam do Sistema Unimed possuem personalidade própria; e ii) existem orientações centrais, às quais as unidades cooperativas participantes do Sistema Unimed estão subordinadas, que afetam aspectos próprios de estratégia concorrencial;” (CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Termo de compromisso de pagamento de honorários médicos: o caso da Unimed. In RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 303-367, set./dez. 2012). Diniz (2017, p. 185-205) analisa a questão do grupo de cooperativas a partir da leitura da Lei 5.764/1971 (Lei do Cooperativismo) e da Lei das S.A. Após apresentar as características do cooperativismo e a noção de grupos no direito brasileiro, o autor conclui pela possibilidade de constituição de grupos societários, em algumas hipóteses, desde que sejam respeitadas as peculiaridades do mutualismo do cooperativismo. Além disso, em contraposição à decisão do Caso Unimed, o autor conclui pela inexistência de grupo de cooperativas nas federações ou cooperativas centrais, em razão da falta de interesse de grupo, da ausência de sociedade controladora e direção unitária.

jurídica independente de seus componentes; e, (ii) existência de orientação concorrencial centralizada, ou seja, especificamente nesse segundo aspecto, para o Direito da Concorrência, a direção unitária é determinante para o reconhecimento do grupo econômico¹³³.

O que se busca oferecer com a análise do tema direção unitária é que: (i) se trata de um conceito vago, utilizado em alguns ordenamentos para reconhecimento do grupo societário, mas desprezado por outros, que nele não identificam um critério importante para definição do grupo; (ii) não é um critério utilizado pela legislação brasileira para identificação de grupo, mas já se observou sua utilização em jurisprudência como critério para imputação de responsabilidade; e, (iii) é um critério que oferece melhores soluções para imputação de responsabilidade perante a lei anticorrupção, especialmente nos casos em que há perda de autonomia econômica das sociedades controladas, algo que não pode ser detectado apenas pela relação de controle.

2.3.3 Autonomia patrimonial e unidade econômica

O art. 266 da Lei das S.A. dispõe que as sociedades integrantes do grupo conservarão “personalidade e patrimônio distintos”¹³⁴, entretanto, na prática, a estrutura de patrimônio autônomo das respectivas sociedades grupadas¹³⁵, pode ser significativamente afetada pela dinâmica do grupo, especialmente naqueles onde se verifica o efetivo exercício do controle, a direção unitária, aplicada em prol do interesse comum das sociedades que o integram e, por evidente, nos interesses da própria controladora; significa dizer que o patrimônio das sociedades isoladas se transformaria num instrumento “para realização do interesse global, distinto daquele que seria ostentado por cada uma delas, se atuassem de forma isolada” (MUNHOZ, 2002, p. 134)

A transferência de ativos entre as sociedades que integram o grupo, assim como a busca pela maior eficiência possível na alocação de recursos financeiros, tecnológicos e humanos, são práticas quase que inevitáveis, para não dizer a razão da própria existência dos grupos, “afinal, uma das funções econômicas primordiais dos grupos é propiciar maior

¹³³ Conforme Frazão (2017, p. 196): “o acórdão ressalta que, havendo direção unitária, qualquer que seja sua origem ou modelo pelo qual foi constituída, está-se diante de grupo para efeitos concorrenciais.”

¹³⁴ A noção de autonomia patrimonial seria pré-condição da pessoa jurídica, pois esta nada mais seria que uma técnica de separação patrimonial; seria a efetiva transferência de bens de produção à pessoa jurídica o fundamento central da limitação de responsabilidade, e isso justificaria o fato de que sociedades não personificadas podem oferecer limitação de responsabilidade – o caso da sociedade em conta de participação, por exemplo (SCALZILLI, 2015, p. 63-68).

¹³⁵ Conforme Antunes (2012, p. 14), a estrutura dos grupos de sociedades cria uma “tensão paradoxal entre unidade e diversidade (*Einheit und Vielheit*)”, devendo ser compreendida como “resultado último de uma contradição interna do moderno Direito das Sociedades, um ramo jurídico que se encontra hoje assente em dois princípios regulatórios totalmente opostos e antinômicos, o princípio da autonomia societária e o princípio do controle societário.”

eficiência, em razão da sinergia criada pela transferência de recursos entre seus membros” (MUNHOZ, 2002, p. 135). Em razão dessas práticas, o comprometimento da autonomia patrimonial das sociedades grupadas é uma consequência lógica e insuperável. Não é incomum, por exemplo, a centralização de todos os serviços administrativos do grupo em uma só unidade de comando, que além de deter a palavra final nas decisões estratégicas, assume papel de controlador operacional das atividades administrativas.

A intensidade em que é exercida a direção unitária afeta diretamente a autonomia patrimonial das sociedades que integram o grupo (MUNHOZ, 2002, p.135); no grupo de subordinação a autonomia de gestão empresarial das sociedades controladas é afetada pela busca do seu interesse geral e, é justamente essa perda de autonomia na gestão que implicará na perda de autonomia patrimonial em função das “inevitáveis transferências de ativos de uma sociedade para outra” (SCALZILLI, 2015, p. 144). O grau de comprometimento dessa autonomia patrimonial pode configurar efetiva confusão patrimonial, afetando, portanto, a limitação da responsabilidade entre as sociedades que integram o grupo a justificar, por exemplo, a extensão da responsabilidade.

A sociedade controladora assume diversas tarefas que originalmente seriam desenvolvidas pelas sociedades isoladas, muitas dessas decisões afetam diretamente a autonomia patrimonial das sociedades controladas; em casos extremos a subordinação econômica atinge (i) autonomia patrimonial, (ii) o interesse social, e (iii) os órgãos sociais, por meio dos quais a personalidade jurídica se expressa (SCALZILLI, 2015, p. 154)¹³⁶. Não é incomum a existência de um planejamento unificado do grupo, com implicações nas políticas de produção e vendas, bem como a busca pela melhor eficiência dos investimentos financeiros nas atividades mais lucrativas do grupo. Tudo isso deixa claro que a autonomia das sociedades fica prejudicada, podendo-se verificar até mesmo o seu total desaparecimento¹³⁷.

¹³⁶ Prado (2006, p.161), chega a afirmar que “Em casos extremos, a sociedade controlada perde o seu poder determinar as condições de desenvolvimento dos seus negócios, podendo até mesmo se transformar em uma extensão da sociedade dominante e dos seus interesses. Configuram-se então os grupos extremamente centralizados.”

¹³⁷ Scalzilli (2015, p. 145-146): “Eis o fenômeno da unidade econômica na pluralidade jurídica, que se manifesta quase sempre da mesma forma: pela transferência de lucros ou prejuízos pelos mais variados meios entre as empresas do grupo, pela determinação de que a sociedade filiada se especialize em determinada linha de produção, sem possibilidade de ampliar a sua atuação, com o objetivo de se evitar a concorrência entre empresas componentes do mesmo grupo, pela centralização, na sociedade holding, das atividades de pesquisa, serviços financeiros, contabilidade, suporte jurídico, treinamento e relações públicas do grupo (...) Em casos extremos, a sociedade-mãe chega a fazer o controle da produção, a administração dos estoques, a centralização das atividades de compras e comercialização dos produtos e serviços, a coordenação das atividades de embalagem e expedição, além da prestação de serviços de câmbio e proteção cambial, da administração das movimentações bancárias, a contratação de seguros para as diversas sociedades-filiais e a organização da administração de imóveis.”

Outro fenômeno interessante e comum, é que as sociedades grupadas tenham como único cliente uma determinada sociedade integrante do grupo, que muitas vezes é a própria controladora; é o caso, por exemplo, de uma empresa de logística controlada por uma distribuidora de combustível, ou por uma fábrica de bebidas, que opere exclusivamente no interesse destas. Em casos assim, é comum a imposição de margens de comercialização, e/ou de preços subsidiados, tudo em função dos interesses da controladora, sendo possível denominar a controlada como “escrava” daquela (SCALZILLI, 2015, p. 145).

Ainda sobre a questão da autonomia do patrimônio das empresas grupadas, agora com os olhos voltados aos recursos financeiros, Munhoz (2002, p. 135), ilustra a questão a partir do princípio dos vasos comunicantes¹³⁸, 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”. A circulação desses valores não se dá em direção única, ao contrário disso, a partir dos interesses dessa realidade econômica, os valores circulam em todos os sentidos, toda essa maleabilidade permite ao grupo a busca pela maior eficiência possível na alocação dos recursos financeiros.

Scalzilli (2015, p. 151), aponta que a dependência econômica e a independência jurídica seriam uma combinação fatal para autonomia patrimonial; significa dizer que a dependência (unidade) econômica das sociedades grupadas afeta diretamente a autonomia patrimonial destas, podendo-se afirmar que “confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 429). Preferimos a expressão “patrimônio aberto” (MUNHOZ, 2002, p. 139), para retratar essa inevitável confusão patrimonial detectada pela doutrina. Essa característica afeta significativamente a posição de terceiros credores, pois a autonomia do patrimônio das sociedades grupadas é afetada de tal forma que pode comprometer seus interesses, em razão das possíveis transferências internas de ativos passíveis de ocorrência. O grupo funcionaria, portanto, como “técnica de limitação da responsabilidade organizada em torno do princípio da independência das sociedades” (SCALZILLI, 2015, p. 153)¹³⁹.

¹³⁸ Scalzilli (2015, p. 149), explica que o princípio dos vasos comunicantes pertence à Física, mas que já foi aplicado por outros autores para ilustrar a situação patrimonial das sociedades grupadas, que estariam em situação de tal fluidez, que lembrariam experimentos utilizados para testar a densidade de líquidos nos laboratórios, em que são utilizados diversos recipientes ligados através de dutos abertos – vasos comunicantes.

¹³⁹ Não são raros os casos em que sociedades controladoras se escondem atrás da independência das pessoas jurídicas para abandonar sociedades controladas em situação pré-falimentar e desprovidas de ativos significantes; trata-se de já citada técnica de isolamento de riscos por meio da utilização dos agrupamentos societários (SCALZILLI, 2015, p. 153).

O que se conclui é a existência de uma dissociação entre a disciplina jurídica dos grupos societários e sua realidade econômica; sobretudo em nosso país, o tratamento dispensado ao tema ignora a tutela dos credores gerando, por consequência, forte reação jurisprudencial (SCALZILLI, 2015, p. 153). O que se propõe, na sequência, é a análise dos modelos regulatórios que buscam tratar da responsabilidade perante os grupos societários.

2.3.4 A responsabilidade nos grupos societários. Modelos regulatórios

A questão da responsabilidade das sociedades integrantes do grupo de fato pode ser analisada sob duas perspectivas: (i) a perspectiva externa, ou seja, a partir de terceiros credores que se relacionam com alguma das sociedades integrantes do grupo; e, (ii) sob a perspectiva interna, ou seja, as relações internas das sociedades que integram o grupo.

Na perspectiva externa, interessante reflexão é apresentada por Antunes (2012, p.205) ao analisar a responsabilidade da empresa multinacional. Após apresentar o caso do acidente provocado por uma indústria química em Bhopal, na Índia, envolvendo a empresa Union Carbide India Limited (UCIL), o autor discorre sobre as consequências advindas desse acidente (danos causados à sociedade) e a dificuldade de se responsabilizar a empresa multinacional, que no país não possuía patrimônio suficiente para indenizar os prejudicados.

A UCIL era uma filial de uma multinacional norte-americana denominada Union Carbide Corporation. O patrimônio da filial indiana não superava 10 milhões de dólares, mas os prejuízos causados foram superiores a 15 bilhões de dólares. A tentativa de responsabilizar a sociedade controladora, Union Carbide Corporation, teria sido em vão, pois esta invocou a independência jurídica das sociedades grupadas e a limitação de responsabilidade dos acionistas¹⁴⁰.

Após afirmar que o tratamento dado à responsabilidade da empresa multinacional constitui a “pedra de toque” dos problemas de regulação que atingem essa forma de organização/concentração empresarial, o autor apresenta o que vem a denominar “as principais estratégias regulatórias” para responder em quais circunstâncias a cúpula de uma empresa (sociedade controladora), pode ser chamada a responder pelas dívidas contraídas por

¹⁴⁰ “Não obstante actuarem no mercado como se de uma única empresa se tratasse, não obstante aos olhos do mundo a Union Carbide India mais não fosse do que um simples elo componente ou uma simples divisão de uma organização empresarial multinacional que tinha o seu vértice na Union Carbide Corporation, a verdade é que, de um ponto de vista jurídico, a sociedade indiana possuía uma personalidade jurídica própria, o que significa que possuía seu próprio patrimônio activo e passivo; e como lembrou com fina ironia ao tribunal o advogado norte-americano nas suas alegações em julgamento, se o privilégio da responsabilidade limitada dos acionistas serve para alguma coisa, é justamente para estes momentos de aflição” (ANTUNES, 2012, p.207)

suas filiais (sociedade controlada). Resumidamente o autor apresenta e tece críticas aos seguintes modelos regulatórios: (i) modelo norte americano (*entity law approach*); (ii) modelo europeu (*enterprise approach*); e, (iii) modelo alemão (*dualista approach*).

O modelo norte americano (*entity law approach*) está assentado nos “quadros ortodoxos do Direito Societário” (independência e autonomia das sociedades integrantes do grupo), e não permite a responsabilização da sociedade controladora por atos e dívidas das filiais, pois prevalece a autonomia societária. Em suas próprias palavras “para esta perspectiva, a imputação de responsabilidade à cúpula de uma empresa multinacional por dívidas de uma de suas filiais é considerada, em regra, como inadmissível”. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ficaria reservada às situações excepcionais¹⁴¹, como instrumento de exceção para imputar a responsabilidade à cúpula (ANTUNES, 2012, p.9).

Tanto na perspectiva jurídica, como na econômica, há severas críticas à estratégia regulatória do modelo norte-americano. Do ponto de vista jurídico, o modelo é demasiadamente fundamentado na casuística, tornando-o inseguro e de certa maneira inconsistente (ANTUNES, 2012, p.9). A dificuldade em apontar com precisão os fundamentos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades integrantes de um grupo, a fim de imputar responsabilidade à controladora, é o principal obstáculo jurídico deste modelo¹⁴², levando Antunes (2012, p. 9) a afirmar que as decisões que desconsideram a personalidade jurídica são tomadas “de acordo com fundamentos que desafiam qualquer reconstrução racional ou sistemática, aparecendo o pensamento jurisprudencial envolto numa espécie nebulosa de metáforas de valor puramente literário”.

Do ponto de vista econômico o modelo regulatório norte-americano pode ser visto como um estímulo à irresponsabilidade, pois a utilização de estruturas grupadas como instrumento para externalizar riscos das atividades empresariais mediante o isolamento destas em unidades específicas (pouco capitalizadas e com poucos ativos relevantes, geralmente), é

¹⁴¹ Conforme Diniz (2016, p. 97): “Para imputação de responsabilidade à sociedade mãe por aplicação da teoria *piercing the veil* por condutas irregulares, Blumberg aponta algumas hipóteses da jurisprudência: (a) utilização da sociedade filiada para propósitos fraudulentos; (b) mistura de ativos e drenagem de patrimônio em benefício de sócios; (c) fragmentação excessiva da empresa; (d) averiguação da capitalização inadequada. Essa imposição de responsabilidade ocorre, portanto, com a subsidiária como parte da economia ou da empresa da sociedade mãe”.

¹⁴² Interessante comparação é apresentada por Antunes (2012, p. 10): segundo o refinado autor, em razão da aplicação destemperada da desconsideração da personalidade jurídica, o jurista é comparado ao médico que diante de um paciente cujo diagnóstico não se consegue apontar com precisão, indica-lhe estar com uma virose e lhe prescreve uma aspirina; esse impreciso diagnóstico não resolveria o problema, apenas amenizaria os problemas criados. Oliveira (1979, p.596), no mesmo sentido, afirma que “é impossível obter resultados duradouros e profundos com uma simples análise da casuística da desconsideração”.

uma ineficiência econômica clara, gerada pelo modelo norte-americano (ANTUNES, 2012, p. 10). Em resumo: o modelo norte-americano hipervaloriza a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo, e ignora a unidade econômica por ele formada.

O modelo europeu (*enterprise approach*), assentado na proposta apresentada pelo 9º Projeto de Diretiva Comunitária sobre as Coligações entre Empresas e os Grupos de Sociedade, por meio do artigo 46 determinaria que “a sociedade dominante de um grupo responderá por todas as dívidas das sociedades dependentes do mesmo grupo”. O controle, portanto, justificaria a responsabilidade da sociedade controladora pelas dívidas de suas filiais (ANTUNES, 2012, p.10). Diferentemente do modelo norte-americano, o modelo europeu não reconhece a autonomia jurídica como elemento suficiente para impedir a responsabilização das sociedades grupadas, ao contrário disso, reconhece o grupo como uma espécie de “empresa unitária, cujos componentes se encontram debaixo do absoluto domínio exercido pela sociedade do topo” (ANTUNES, 2012, p.11), a justificar sua responsabilidade ilimitada.

Do ponto de vista jurídico o modelo europeu parte do pressuposto de que as sociedades grupadas seguiriam um único padrão: há uma sociedade controladora que efetivamente exerce o poder sobre as demais sociedades e centraliza suas decisões; com isso, atribui-lhe responsabilidade pelos riscos das atividades das sociedades controladas. Ocorre que os grupamentos societários não seguem um padrão único, há grupos extremamente centralizados, mas também há grupos onde a sociedade controladora respeita a autonomia empresarial e patrimonial das sociedades controladas (grupos descentralizados, por exemplo), diante disso, o modelo europeu não oferece uma resposta que consiga acomodar as diversas formas organizacionais dos grupamentos¹⁴³, gerando insegurança às sociedades controladoras que sempre conviverão com a “ameaça de se verem envolvidas em acções judiciais de responsabilidade por passivos alheios que podem colocar em cheque a estabilidade financeira do próprio grupo” (ANTUNES, 2012, p. 11).

Na perspectiva econômica o modelo europeu estimula a criação de grupos extremamente hierarquizados e centralizados, pois a sociedade de comando passaria a monitorar a atuação das controladas a fim de evitar o aparecimento de contingências imprevistas; além disso, o modelo também acaba por premiar sócios minoritários e credores

¹⁴³ Segundo Holanda (2013, p. 189): “levando-se à risca os pressupostos do ‘*enterprise approach*’, mesmo no caso citado dos grupos descentralizados, haveria a responsabilização da sociedade principal ou das sociedades-irmãs apesar de não se exercer o controle de uma sociedade sobre a outra. Novamente ofende-se o binômio básico do poder/responsabilidade, pois se cria uma hipótese de responsabilidade sem o exercício do poder”.

das sociedades controladas, que passam a gozar de uma proteção suplementar e gratuita, em vista da possível responsabilização da controladora (ANTUNES, 2012, p. 12).

O modelo alemão (*dualista approach*) é uma forma intermediária, dividido entre os grupos de direito e os grupos de fato; naqueles há um dever da sociedade-mãe (controladora) de cobertura das perdas das filiadas e nos grupos de fato a responsabilidade é imputada à sociedade controladora apenas em razão dos prejuízos gerados a partir do uso do seu poder de controle (ANTUNES, 2012, p. 12). Esse modelo regulatório não “vingou”, em razão do artificialismo dos grupos de direito, e do divórcio com relação à realidade econômica dos grupos de fato (ANTUNES, 2012, p. 13); os grupos de direito não foram utilizados na prática e os grupos de fato, inicialmente pensados para albergar os grupos descentralizados, foram utilizados por grupos centralizados que buscavam nesse modelo a mitigação de riscos (HOLANDA, 2013, p. 190). Coube então à jurisprudência alemã corrigir os problemas detectados, aproximando os grupos de fato às regras inicialmente previstas para grupos de direito.

Holanda (2013, p. 191), apresenta três casos alemães como referência ao ajuste jurisprudencial: (i) caso *Autokran*; (ii) caso *Tiefbau*; e, (iii) *Video*. No caso *Autokran*, guias foram objetos de leasing (locação financeira) para sete sociedades controladas pela ré (*holding*). Houve desacordo comercial entre a locadora e as locatárias, culminando na condenação das locatárias ao pagamento de determinado valor à locadora. Ao executar a dívida a locadora verificou que as locatárias não possuíam patrimônio algum, pois este havia sido transferido à sociedade controladora (*holding*). Houve condenação da controladora ao pagamento das obrigações das controladas e a fundamentação foi basicamente a violação (i) do dever objetivo de preservação do capital e (ii) da finalidade das sociedades (DINIZ, 2012, p. 214-215) – foram aplicadas regras dos grupos de direito aos grupos de fato.

A principal crítica à solução apresentada se refere à manutenção do critério subjetivo como determinante na caracterização da responsabilidade, apesar da utilização de elementos estruturais. O caso reconheceu responsabilidade da sociedade controladora por obrigações da sociedade controlada, em vista da existência de uma predeterminada estrutura de grupo e da comprovação de que houve culpa do administrador da controladora no comando das atividades da controlada (critério subjetivo). Denomina-se “responsabilidade de grupo subjetiva”, pois permite que a partir desta predeterminada estrutura de grupo se presuma a existência de um comportamento fraudulento. Por fim, tal regra difere da responsabilidade objetiva, pois é permitido ao controlador que se exima da responsabilidade desde que

demonstre a existência de efetiva independência patrimonial da sociedade controlada (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 359-362).

No caso *Tiefbau*, o critério utilizado para imputar responsabilidade à controladora foi a estrutura de controle que existia no grupamento societário e justamente por isso é identificado como um caso de “responsabilidade estrutural”¹⁴⁴. O caso específico trata da demanda proposta por um síndico de uma massa falida contra um banco que exercia, de fato, a direção dos negócios da sociedade falida – a importância do caso se deve à discussão dos “pressupostos da responsabilidade grupal prevista na lei e determinar os efeitos e limites de sua obrigação aos grupos de fato” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 362).

Por fim, no caso *Video*, houve um recorte de responsabilização setorial, ou seja, responsabilizou-se apenas o setor que se beneficiou com a atuação do grupo e, com isso, não há extensão a todas as sociedades que o integram. Tratava-se de uma empresa de filmes de vídeo que foi reduzida a um único sócio que “concentrou todas as quotas e, posteriormente, transferiu o estabelecimento a outra sociedade da qual era único sócio, qualificando o grupo fático pela dependência e pela duradoura condução dos negócios” (DINIZ, 2012, P, 217). Comparato (2014, p. 368), denomina esse caso *Video* como hipótese de responsabilização setorial, pois não se contenta com dados objetivos típicos da responsabilidade estrutural, ao contrário disso, a responsabilidade setorial busca os verdadeiros beneficiários¹⁴⁵.

Diniz (2016, p. 52-53), reconhece a importância da jurisprudência alemã na compreensão da responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas e, em estudo mais recente sobre a matéria afirma:

Na prática, desenvolveu-se uma responsabilidade intragrupo a partir do caso Autokran. Todavia, essa interpretação mudou com a decisão dos casos BremerVulkan e KVB que, na prática, afastaram o sistema de grupos de fato qualificado para GmbH, instituíram o dever de respeito suficiente pelo interesse da controlada e fixou a responsabilidade externa da sociedade dominante se efetivamente foi destruída a existência autônoma da sociedade dependente (*existenzverninetenderEingriff*). Assim, o sistema alemão saiu

¹⁴⁴ “Com a expressão “responsabilidade estrutural” quer-se exprimir a responsabilidade privativa dos grupos aplicável em função da simples existência de uma determinada estrutura grupal” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 362-368). Importante mencionar que os autores fazem uma ressalva no sentido de que é possível a sociedade controladora eximir-se da responsabilidade, desde que demonstre que os danos nada têm a ver com o exercício da administração.

¹⁴⁵ Diniz (2012, p. 217-223), também apresenta os casos TBB (a decisão representaria uma posição intermediária entre responsabilidade de grupo subjetiva e estrutural), BremerVulkan AG (violação do dever de cuidado – responsabilidade da controladora por insuficiência de capital da falida, gerando insuficiência de capital e violação de fundamentos de financiamento da sociedade), KBV GmbH (responsabilidade dos sócios controladores por dívidas da sociedade que não apresentava capital suficiente para arcar com os riscos de sua atividade). Diniz (2016, p. 154-156), apresenta um quadro resumo da jurisprudência alemã em matéria de grupos, com rápida descrição de todos os casos citados e acréscimo de outros dois: Trihotel e Gamma.

de uma responsabilidade estrutural intragrupo para uma responsabilidade por análise de conduta da sociedade dominante, de modo que o exercício do controle é valorado de forma causal para imputação de responsabilidade por qualquer desnaturação da existência da sociedade dependente, como no exemplo do agravamento dos riscos financeiros a ponto de gerar insolvência e subcapitalização material.

Os modelos regulatórios ainda não apresentaram solução satisfatória à questão dos critérios de imputação de responsabilidade nas sociedades grupadas. Antunes (2012, p. 16) conclui pela necessidade de revisão dos marcos regulatórios, propondo um “regresso às origens”, por constatar a existência de um paradoxo regulatório no modelo atual do Direito Societário. Haveria um paradoxo entre princípios: “a sociedade como entidade independente e soberana versus a sociedade dependente e controlada” e entre os modelos de organização empresarial “empresa unissocietária versus empresa plurissocietária”, a impedir o avanço da matéria.

2.3.4.1 O modelo brasileiro. A responsabilidade do grupo perante os terceiros credores

Na legislação brasileira “não se tem regramento preciso acerca da responsabilidade do grupo em relação a terceiros credores” (DINIZ, 2014, p. 157), em que pese o disposto nos arts. 243 e seguintes e 265 e seguintes da LSA; essa omissão leva à “atecnia da responsabilidade solidária”, como forma de superação das limitações normativas, desconsiderando, portanto, a autonomia patrimonial das sociedades integrantes do grupo. Oliveira (1979, p. 591), ao indicar preocupação com a questão¹⁴⁶, reconhece que quanto menos eficientes são as normas de proteção aos terceiros, maiores serão os “clamores pela aplicação de soluções na linha da “desconsideração” dada a preocupação de não deixar ao desamparo os credores das sociedades controladas, subsidiárias, ou integrantes do grupo”^{147, 148}.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: Scalzilli (2015, p.143-144): “Mas se os grupos econômicos são fonte de numerosas vantagens em termos de organização da atividade empresarial, é indubitável também que são acompanhados de complexos problemas jurídicos, sobretudo relacionados à tutela de credores.”. A técnica jurídica forneceu instrumentos indispensáveis à consolidação da macro-empresa, com a personalidade coletiva e a participação acionária. Na primeira consolidou-se a autonomia patrimonial e a multiplicação de centros de imputação das relações jurídicas. Com a segunda garantiu-se a unidade de comando sobre diferentes patrimônios. Em suma, “obteve-se o controle sem os ônus da propriedade, o poder sem o risco”. (COMPARATO, 1976, p.92)

¹⁴⁷ Oliveira (1979, p. 593), após apresentar um caso europeu onde foi decidida a imputação de responsabilidade para sociedades grupadas, critica incisivamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades grupadas: “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: já é por em dúvida o próprio sistema, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo”.

¹⁴⁸ Diniz (2014, p.153) “O que não se fez a contento, em verdade, é perquirir até que ponto sociedades justapostas em estrutura de grupo podem ser umas responsabilizadas por débitos das outras, até se alcançar o sócio controlador”.

Comparato (2014, p. 431), surpreende-se pelo fato de inexistirem regras de garantias a credores nem mesmo no caso da subsidiária integral (art. 251 da LSA), e se questiona, nestes casos, se não haveria “nenhum risco de confusão patrimonial a se temer”, justificando, portanto, que a controladora seja responsabilizada por débitos de sua controlada¹⁴⁹. A justificativa dos autores do projeto da LSA, para não utilização da responsabilidade solidária presumida no âmbito dos grupos é que isso “transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1976).

Comparato (2014, p. 431), argumenta que a justificativa não é sustentável, pois: (i) não se busca a responsabilização solidária das empresas grupadas, mas, ao contrário disso, a responsabilidade subsidiária; e, (ii) na prática a “departamentalização” já ocorreria em razão da perda da autonomia patrimonial e administrativa das sociedades grupadas (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 310-311). Os autores arrematam afirmando que são favoráveis à adoção do modelo regulatório europeu, perante o qual a controladora responderia subsidiariamente pelas dívidas das sociedades controladas.

A omissão presente na LSA acaba estimulando a criação de normas-exceção para proteção contra as organizações em setores específicos – caso trabalhista, ambiental, consumidor, anticorrupção, concorrencial, marco civil da internet e previdenciário – onde há previsão específica para condenação solidária da sociedade controladora por obrigações da sociedade controlada, a aplicação desmedida da teoria da desconsideração de personalidade jurídica¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Oliveira (1979, p. 587) também analisa o tema: “E os terceiros, credores da sociedade controlada? Ficaram quase totalmente desprotegidos. A crítica é feita a partir da total omissão do art. 246, §1º, em prever ação para credores. Parece-nos que cabe ao intérprete sanar tal lacuna, quer no caso dos danos ao pessoal, quer no caso do dano aos credores ou outros terceiros. Se “os que trabalham” na sociedade foram expressamente mencionados pelo parágrafo único do art. 116 como pessoas perante as quais tem o acionista controlador deveres e responsabilidades, e se a referência à “comunidade”, em sentido amplo, permite aí incluir os credores da sociedade controlada, parece-nos claro que o art. 246, §1º, deva ser interpretado como limitativo e regulador do direito de ação dos acionistas minoritários; mas não como excludente do dos empregados, credores e demais terceiros”.

¹⁵⁰ Munhoz (2014, p.281): “Quanto aos credores, a Lei das S.A. não confere nenhuma tutela específica. Para imputar determinadas obrigações a outras sociedades do grupo, dispõem os credores da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, Código Civil), a qual, porém, mostra-se insuficiente para lidar com as características próprias do fenômeno grupal, gerando indesejado grau de incerteza e de insegurança jurídicas.” Ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, Forgioni (2009, p. 156) atribui à irresponsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais e a inexigência de capital mínimo, os motivos para exagerada aplicação da teoria, presente tanto em doutrina como em jurisprudência.

No caso trabalhista, que talvez seja o mais emblemático entre todos os anteriormente citados, o art. 2º, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁵¹ impõe responsabilidade solidária a todas as sociedades integrantes do grupo econômico, pelo pagamento de toda e qualquer obrigação trabalhista contraída por qualquer umas das sociedades controladas.

A questão polêmica que se enfrenta no caso trabalhista é a definição do conceito de grupo econômico, pois é o ponto de partida para imputação de responsabilidade. Além disso, destaca-se que a opção do legislador é pela solidariedade¹⁵² entre a empresa principal (controladora) e as subordinadas, facultando-se ao empregado não apenas o já criticado remédio da desconsideração da personalidade jurídica, como também a extensão da condenação às sociedades grupadas, já na fase do cumprimento de sentença, pela simples inexistência de bens (DINIZ, 2016, p. 58).

A doutrina trabalhista afirma que, para a identificação do grupo econômico é importante o critério de apuração da direção uniforme e centralizada (MELO, 2013, p. 51), entretanto, Diniz (2016, p. 57), destaca que a CLT teria estabelecido três núcleos a partir da centralização do poder e finanças; são eles: (i) duas ou mais empresas com personalidades jurídicas distintas; (ii) direção, controle ou administração de outra; (iii) formação de grupo – o autor arremata criticando a “mistura de direção unitária e controle como fatores de superação de estruturas para proteção do interesse do trabalhador” (DINIZ, 2016, p. 58).

Na prática, o que se observa é a utilização de um vasto critério para identificação do grupo econômico, pois na legislação trabalhista o grupo “possui amplitude muito maior do que o da legislação comercial” (MAGANO, 1978, p. 239)¹⁵³. A justificativa

¹⁵¹ “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 serviço. (...)”

§ 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”.

¹⁵² Magano (1978, p. 259-269), defende que a solidariedade passiva seria condizente com a ideia de empregador único, de segurança e comodidade, condensando seu pensamento na seguinte lição de Orlando Gomes: “A conhecida técnica da solidariedade entre devedores, em virtude da qual pode o credor exigir de qualquer deles o cumprimento integral da obrigação, liberando os demais se atendida a exigência, toma no Direito do Trabalho significação especial, a ponto de se afirmar que não guardam, entre si, afinidade alguma. Realmente, a solidariedade supõe pluralidade de devedores na mesma relação jurídica obrigacional, podendo o credor comum exigir o pagamento de dívida de qualquer dos devedores. Na solidariedade trabalhista não há “devedores” (stricto sensu) na mesma obrigação, mas sim sujeitos distintos responsáveis perante eventual credor de um deles.”

¹⁵³ A jurisprudência adota esse mesmo conceito: “Grupo econômico. Configuração. Para a configuração de grupo econômico não é necessário o controle de uma empresa por outra, de forma direta e hierárquica, havendo a possibilidade de grupo econômico por coordenação, ou rede, onde não se verifica o controle, mas sim ligação entre as empresas por sócios comuns e afinidade de objetivos. Recurso Ordinário não provido.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho a 2ª Região. Agravo de petição em Embargos de Terceiro n.º 01550200600402004, j. 05/06/2008. Relator Desembargador Davi Furtado Meirelles.

para essa amplitude seria a proteção do trabalhador que, lamentavelmente, leva a jurisprudência trabalhista a seguir linha pouco criteriosa para identificação dos grupos e imputação de responsabilidade. Essa forma acaba por comprometer a autonomia das sociedades grupadas, já que não diferencia unidades empresariais distintas que possuem atividades e riscos empresariais diversos daquelas que possuem atividades efetivamente integradas e que se beneficiam, reciprocamente, das atividades dos funcionários umas das outras¹⁵⁴.

Na legislação ambiental, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, na questão dos ilícitos ambientais não há nenhuma disposição que permita que, em razão da relação de controle e direção unitária, seja possível responsabilizar sociedades integrantes do grupo em decorrência de ilícitos provocados por uma outra sociedade que o integre, entretanto, o art. 4º¹⁵⁵ dispõe hipótese de desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta constitua obstáculo ao ressarcimento do dano (MELO, 2012, p. 45).

Essa hipótese é a mesma identificada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que no art. 28 regulamenta a desconsideração da personalidade jurídica e, no §5º deste artigo determina que a personalidade jurídica das sociedades poderá ser superada sempre que for obstáculo ao ressarcimento de danos ao consumidor¹⁵⁶. Tais hipóteses revelam o acolhimento por parte destas normas da denominada “teoria menor” da desconsideração da personalidade

¹⁵⁴Nesse sentido: Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. A jurisprudência atual pacificou-se no sentido de que para o reconhecimento do grupo econômico não é preciso que ocorra a predominância de uma empresa sobre a outra, sendo suficiente apenas que exista entre elas uma relação de coordenação. Assim, na seara trabalhista, a existência de sócios comuns nas empresas basta para que seja configurado o grupo econômico, nos moldes do art. 2º, parágrafo 2º da CLT.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho a 2ª Região. Recurso Ordinário n. 01580200601602000, j. 05/06/2008. Relator Desembargadora Rosa Maria Zuccaro.). E ainda: “GRUPO ECONÔMICO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES. PRESENÇA. RECONHECIMENTO. Doutrina e jurisprudência, ao longo do tempo, posicionaram-se com certas reservas quanto ao conceito do que seja um grupo econômico. No entanto, existe certa convergência em sustentar que, frente ao caso concreto, a transparência de uma unidade de comando empresarial, sustentada por uma centralização e um controle dos seus serviços, recíprocas transferências de empregados, identidade de negociações etc., constituem-se fortes indicativos da presença de um grupo econômico, nos termos do art. 2º, § 2º da CLT”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo nº 00870-2003-073-15-00-8; Relator Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva.)

¹⁵⁵ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

¹⁵⁶ “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 (...). § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

jurídica^{157, 158}, para a qual a mera insolvência da pessoa jurídica é elemento suficiente a permitir ao credor o avanço contra o patrimônio dos sócios desta sociedade, sendo desnecessária a comprovação de qualquer elemento subjetivo, seja fraude, má-fé ou desvio de finalidade (MELO, 2012, p. 45). Diante disso, apesar da inexistência de regra específica na legislação ambiental para extensão de responsabilidade perante sociedades grupadas, tal regra se torna desnecessária em razão do acolhimento da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação é bastante ampla.

As hipóteses de aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor, como na Lei 9.605/1998, permitem que se avance, por linhas tortas, no patrimônio das sociedades controladoras e das demais integrantes do grupo, a partir da constatação de insolvência da sociedade originalmente devedora – essas hipóteses desconsideram qualquer tentativa de imputação de responsabilidade a partir de critérios calibrados pela forma de exercício do poder de controle e da direção unitária.

Ainda no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor é possível identificar regra que permite a extensão de responsabilidade às sociedades integrantes do grupo,

¹⁵⁷ Sobre o tema há emblemática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento de questão envolvendo um grave acidente ocorrido em shopping center localizado na cidade de Osasco, Estado de São Paulo, aplicou a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, além de avançar na análise dos diversos requisitos que a caracterizam. Assim consta na ementa da decisão: “Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. (...) - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 279.273/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/12/2003.)

¹⁵⁸ Sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ver: Coelho (2014, p. 55-80); Margoni (2011, 119-142); CARDOSO, Jair Aparecido; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da (org). PESSOA JURÍDICA: hipótese de consideração e desconsideração no direito brasileiro. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC-Editora, 2014.

independentemente da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os §§ 2º, 3º e 4º¹⁵⁹, estabelecem regras de responsabilidade subsidiária para sociedades integrantes de grupo societário, solidário para integrantes de consórcio e subjetiva (com culpa) na hipótese de sociedades coligadas. Entretanto, novamente a norma é tímida ao deixar de avançar sobre critério da forma de exercício do controle e da direção unitária como elementos determinantes à referida extensão de responsabilidade.

Nesse mesmo sentido o art. 30, IX, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991¹⁶⁰, que estabelece as normas gerais sobre a organização e o custeio da Seguridade Social (Previdência), o art. 11, §2º, da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (marco civil da internet) eo art. 33, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011¹⁶¹ (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), estabelecem norma de solidariedade da responsabilidade em grupos, que independem de outros critérios além da mera identificação do grupamento.

No caso concorrencial o art. 17 da Lei 8.884/1994 – já revogado – implicava a responsabilidade solidária às empresas ou entidades integrantes de grupo econômico que tivessem praticado infração à ordem econômica¹⁶²; Frazão (2017, p. 311), reconhece que a redação anterior levava a interpretação de que só as empresas efetivamente envolvidas na prática lesiva é que seriam solidariamente responsáveis, assim, nestes casos não haveria necessidade de responsabilidade solidária, pois as empresas estariam diretamente envolvidas na infração.

Ocorre que a Lei 12.529/2011, que revogou a Lei 8.884/1994, reconheceu a solidariedade entre as sociedades integrantes de grupo econômico quando ao menos uma delas praticar uma infração à ordem econômica (art. 33). Aqui também não podemos perder de vista o conceito de grupo econômico para o direito da concorrência, segundo o qual basta a identificação de personalidades jurídicas distintas e existência de orientação concorrencial unificada (direção unitária) para reconhecimento de grupo econômico (FRAZÃO, 2017, p. 173) – a utilização desse critério em conjunto com o art. 33 da norma potencializa o rol de empresas que podem vir a ser responsabilizadas por atos que não foram praticados diretamente por elas.

¹⁵⁹ “Art. 28 (...)”

§ 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”.

¹⁶⁰ “Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.”

¹⁶¹ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

¹⁶² Lei 8.884/1994: “Art. 17 Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.”

A nova redação impôs ampla responsabilidade e determinou que a solidariedade independeria de qualquer vínculo entre as pessoas jurídicas do grupo e o ato infracional. Essa amplitude é suscetível de críticas, especialmente em relação às obrigações personalíssimas (proibição de contratação com o Poder Público, por exemplo); além disso, é questionável a responsabilidade solidária entre controladas, assim como a responsabilidade de uma controlada em razão de atos da controladora (FRAZÃO, 2017, p. 311-312)¹⁶³.

Todas essas normas ultrapassam os limites da legislação societária para imputar responsabilidade às sociedades integrantes de grupo, seja por meio da criação de modelos amplos para caracterização de grupo de empresas, grupo econômico ou conglomerados (hipótese do sistema e proteção e defesa da concorrência), seja por meio da responsabilidade solidária despida de critérios adicionais, ou até mesmo pela “aplicação indistinta da desconsideração da personalidade jurídica para “decretar responsabilidade solidária entre todas as sociedades participantes” (DINIZ, 2016, p. 63).

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tratamento da questão da responsabilidade em grupos, também é possível concluir pela “total ausência de tratamento homogêneo ao instituto” (MELO, 2012, p. 51-58)¹⁶⁴; apesar disso, o referido autor aponta que o STJ reconhece a autonomia jurídica das sociedades que integram o grupo e a direção unitária para sua caracterização, afirma, enfim, (i) que a desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada em hipóteses excepcionais; (ii) que no âmbito tributário a responsabilidade solidária somente é admitida quando o Fisco comprova que há interesse comum no fato gerador do tributo não pago; (iii) que nas hipóteses de incidência do código de defesa do consumidor, o STJ tem permitido a aplicação da teoria da desconsideração para responsabilizar sociedade integrante de grupo. Afirma, enfim, que isso comprova a permissão do STJ pela utilização tanto do critério de extensão da responsabilidade (solidariedade), como desconsideração da personalidade jurídica para responsabilização de sociedades grupadas.

Com maior rigor científico, Prado; Troncoso (2007, p. 1-31), realizaram amplo estudo sobre a jurisprudência do STJ sobre grupos, sistematizando a questão a partir da análise dos termos “grupo e empresa”, “grupo e empresarial”, “grupo e econômico” e “conglomerado”, chegando às seguintes conclusões: (i) o STJ não possui um entendimento uniforme com relação à

¹⁶³ Frazao (2017, p. 312), prossegue as críticas, afirmando: “Se mesmo na responsabilidade civil a solidariedade já é vista de maneira excepcional, admissível apenas quando haja ação ou omissão reprovável das pessoas que estão unidas na gestão, não faz sentido que se possa punir pessoas jurídicas apenas pelo fato de serem integrantes do mesmo grupo econômico.”

¹⁶⁴ O referido autor realizou pesquisa da jurisprudência do STJ por mera amostragem, dividindo-a nos seguintes temas centrais: (i) diversidade de pessoas jurídicas e unidade de direção; (ii) grupos de sociedades e dívidas tributárias; (iii) desconsideração da personalidade jurídica: situações excepcionais; e, (iv) teoria da aparência e princípio da boa-fé.

caracterização e efeitos dos grupos societários, interpretando isso como reflexo da dissociação da jurisprudência dos dispositivos legais e produção doutrinária sobre o tema – apontam, inclusive, a inexistência de padrão na terminologia utilizada; (ii) que a responsabilidade entre as empresas que integram o grupo foi o tema mais recorrente, sendo 4 casos envolvendo relação de consumo e 10 casos envolvendo desconconsideração da personalidade jurídica ou fraude.

O que se percebe é um descompasso entre a realidade da questão da responsabilidade em grupos, sua dogmática e a Lei das S.A.¹⁶⁵ Enquanto estas tratam as empresas grupadas como centros autônomos de imputação de responsabilidade¹⁶⁶, leis esparsas rompem essa limitação de responsabilidade pela imposição da solidariedade e utilização de critérios pouco compreensíveis de desconconsideração de personalidade jurídica¹⁶⁷, sendo certo que a desarmônica jurisprudência pouco tem contribuído para a correção dos problemas detectados¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Nesse sentido, Margoni (2011, p. 161): “Ora, se a lei não prevê adequadamente a forma de funcionamento dos grupos de fato na realidade prática, evidente que os mecanismos de proteção aos credores previstos na LSA tendem a ser ineficientes na garantia desta proteção. Em razão disso, a desconconsideração da personalidade jurídica acaba sendo utilizada pela jurisprudência como forma de proteger os interesses dos credores das sociedades controladas, os quais são completamente ignorados pela regulamentação dos grupos. A desconconsideração da personalidade jurídica acaba se convertendo em um mecanismo de correção de uma distorção entre a realidade fática e a letra da lei.”

¹⁶⁶ Gonçalves Neto (2010, p. 468), também avalia a questão da responsabilidade das empresas grupadas, e afirma que a existência de relação de controle não implica em automática responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigações das sociedades envolvidas; reconhece, enfim, que a responsabilidade é individual de cada uma das sociedades grupadas.

¹⁶⁷ Campinho (2012, p.93-120), analisa a responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato. Trata-se de parecer que buscava compreender tanto os critérios para formação de grupo e sua classificação (grupo de direito e grupo de fato), como a forma de divisão de responsabilidade entre as sociedades que o integram. A partir da interpretação dos arts. 245 e 266 Lei das S.A. e do art. 165 do Código Civil, o autor conclui, em linhas gerais: (i) que as sociedades integrantes de um grupo de fato ou de direito conservam personalidades jurídicas e patrimônio próprios; (ii) que não há regra de solidariedade ativa ou passiva entre elas, ou seja, que cada uma é responsável pelas suas respectivas obrigações; (iii) que a solidariedade somente por existir caso seja imposta por lei específica ou convenção celebrada entre as partes; e (iv) que o afastamento da autonomia jurídica e patrimonial das sociedades integrantes do grupo pode ocorrer em hipóteses excepcionais, via desconconsideração da personalidade jurídica, quando no caso concreto e de forma criteriosa, o juiz detectar as hipóteses de fraude ou abuso de direito.

¹⁶⁸ “A desconconsideração da personalidade jurídica não parece ser o mecanismo mais adequado para corrigir eventuais distorções existentes na legislação aplicável aos grupos de sociedades. Ela deve ser aplicada em casos de abuso de direito, confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios ou fraude à lei ou aos estatutos, pois a desconconsideração visa superar o benefício da separação patrimonial quando este é mal utilizado pelos sócios da sociedade.” (MARGONI, 2011, p. 176); Nessa mesma linha, Diniz (2014, p.162-163), após tratar da desconconsideração da personalidade jurídica em grupos societários, afirma que “não basta simplesmente fixar a premissa de que, se uma das sociedades do grupo não paga credores, as demais têm que responder”, há necessidade de se buscar critérios mínimos e, entre outras conclusões, afirma que a desconconsideração da personalidade jurídica, em matéria de grupos, deve buscar o seguinte escalonamento: (i) deve-se imputar responsabilidade à sociedade controladora a partir da análise da unidade de direção; (ii) a superação da autonomia patrimonial só deve ser autorizada em casos de confusão patrimonial, subcapitalização e desvio de finalidade; (iii) por fim, o autor propõe um escalonamento a permitir a desconconsideração, da seguinte forma: “(a) a existência de grupo de fato por subordinação, implicando controle de uma ou mais sociedades; (b) a consideração de sociedades controladas como isoladas em si, limitando-se o risco empresarial à sua própria estrutura de capital; (c) se uma sociedade controlada do grupo realiza atos característicos do abuso do art. 50 do CC, poderá ocorrer a desconconsideração da personalidade jurídica para imputação vertical de responsabilidade ao controlador; (d) sociedades controladas não podem responder, em regra, por débitos de outras sociedades controladas. A hipótese extrema seria de situações excepcionais em que horizontalmente, foram promovidos os abusos do art. 50 do CC.”

Não se está aqui a defender, neste momento, a adoção de nenhum dos modelos apresentados anteriormente, seja (i) o modelo norte americano, (ii) o modelo europeu, ou (iii) o modelo alemão, o que se pretende demonstrar é que a Lei das S.A. necessita de aprimoramento com a criação de critérios claros e uniformes para imputação de responsabilidade entre sociedades integrantes de grupo; essa conclusão também é compartilhada por Margoni (2011, p. 177), para quem a utilização excessiva e sem critérios claros da desconsideração da personalidade jurídica gera insegurança jurídica, possível responsabilização demasiadamente gravosa à sociedade controladora e desestímulo à utilização da forma grupada no dia-a-dia empresarial.

2.3.4.2 A responsabilidade nos grupos societários na Lei das S.A. Perspectiva interna.

Na perspectiva interna, ou seja, na imputação da responsabilidade em razão das relações internas das sociedades integrantes do grupo, a proteção dos minoritários e das sociedades controladas se apresenta a partir da análise dos arts. 245 e 246 da Lei das S.A. O artigo 245 da Lei das S.A trata das relações internas¹⁶⁹ das sociedades integrantes dos grupos de fato. Determina, em resumo, que os interesses individuais de cada sociedade sejam respeitados pelos seus administradores, ou seja, que estes não estão autorizados a beneficiar sociedades integrantes do grupo em prejuízo de outra que também lhes pertença. O caráter comutativo dessas relações deve ser encarado como de “via dupla”, ou seja, a controladora não deve favorecer e nem prejudicar a controlada (EIZIRIK, 2011, p.357).

Essa regra é consequência das características do fenômeno concentracionista fundado no controle (grupos de fato), que preserva a autonomia jurídica e econômica de cada uma das sociedades integrantes do grupo¹⁷⁰, razão pela qual, é dever do administrador zelar para que tais sociedades isoladamente busquem o cumprimento de seu objeto, de seus interesses e de sua finalidade (CARVALHOSA, 2014, p.63).

O artigo não impede que as sociedades integrantes do grupo mantenham negócios entre si¹⁷¹, apenas determina que estes observem condições comutativas ou que respeitem o

¹⁶⁹ As relações internas são aquelas celebradas entre as sociedades integrantes do grupo: controladora, controlada e coligada.

¹⁷⁰ PRADO (2006, p.55). Para Munhoz (2014, p.281), ao tratar dos grupos de fato “a lei brasileira parece partir da ilusória independência absoluta das sociedades”. Cabe recordar que, diferentemente dos grupos convencionais, os grupos de fato não necessitam de convenção, razão pela qual, juridicamente inexistente o denominado “interesse comum de grupo” (GUERREIRO, 2013).

¹⁷¹ “A lei não veda as operações comerciais entre sociedades coligadas, controladoras ou controladas, já que são pessoas jurídicas diversas, cada uma praticando suas atividades normais. O que se deseja é que essas operações sejam realizadas em bases estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado” (MARTINS, 2010, p.1013).

pagamento compensatório adequado. Fora dessas hipóteses os administradores podem responder pelos danos causados. O administrador de sociedade integrante de grupo de fato deve atuar, portanto, com todos os deveres de cuidado, diligência, prudência e lealdade perante cada uma das sociedades do grupo, atuando na defesa de seus interesses como se isoladas fossem, na forma que para estas é exigido em lei (art. 153, Lei das S.A.)¹⁷².

Carvalhosa (2014, p.64), enfrenta a questão e observa a dificuldade para se encontrar um equilíbrio nos critérios a serem observados em cumprimento das denominadas “condições comutativas”. O autor aponta a problemática das situações de conflitos de interesses que se apresentam aos administradores das companhias grupadas.

O art. 156¹⁷³ da Lei das S.A. proíbe que o administrador atue em situações em que tenha conflito de interesses com o da companhia, diante disso, considerando os interesses individuais das sociedades grupadas (autonomia jurídica), os administradores destas “passam a viver nos grupos um eterno conflito de lealdade – interesse da sociedade versus interesse do grupo” (MUNHOZ, 2014, p.276).

A fim de identificar alguns critérios de verificação de regularidade da conduta dos administradores, especialmente aqueles que enfrentam potencial conflito de interesses em sociedades grupadas, Carvalhosa (2014, p.64), apresenta os denominados “testes de equidade”, utilizados pela prática norte-americana para aferição do adequado comportamento dos administradores. O teste busca apresentar uma resposta ao seguinte questionamento: “se a companhia não fosse controladora, controlada ou coligada, o negócio em tela seria firmado no mesmo valor, prazo, forma, financiamento etc?”. São dois testes básicos possíveis: (i) a comparação do negócio realizado com outro hipotético (*arms-length bargain comparison*); ou (ii) sua comparação com outros similares que são realizados no mercado (*fairness test*) (CARVALHOSA, 2014, p.64).

É intuitivo perceber que se as respostas ao teste forem positivas, ou seja, se o negócio celebrado era conveniente às partes e seria celebrado nas mesmas condições se não fosse com sociedades integrantes do grupo, e se comparado com situações similares ele se apresenta de maneira equilibrada, ou seja, se não destoou de outros negócios celebrados pela companhia com terceiros, então a operação estaria aprovada e não haveria nenhuma ressalva com relação à conduta do administrador.

¹⁷² Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios

¹⁷³ Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

Em situação contrária, ou seja, se o negócio foi desvantajoso para alguma das sociedades integrantes do grupo, ou se a decisão de celebrá-lo não teria ocorrido caso fosse decidida por pessoa independente, então o negócio não estaria aprovado e, portanto, haveria responsabilidade dos administradores pelos prejuízos efetivamente causados.

Eizirik (2011, p.359), complementa afirmando que os negócios não apresentariam condições comutativas caso a (i) contratação tenha ocorrido em condições distintas dos “padrões geralmente adotados” em operações semelhantes no mercado, (ii) não tenha atendido aos melhores interesses da companhia (isoladamente considerados), (iii) se não houvesse a relação grupada, o negócio não teria sido realizado.

O conceito de sociedade controladora do §2º, do art. 243 da Lei das S.A., é equiparado ao conceito de acionista controlador do art. 116 (MARTINS, 2010, p.1014). Nos dois casos, acionista controlador ou sociedade controladora, considera-se aquele que, de maneira direta ou indireta, (i) assegura a preponderância no resultado das deliberações sociais, e, (ii) possui o poder de eleger a maioria dos administradores¹⁷⁴.

Diante dessa proximidade dos conceitos, a Lei das S.A. determina que a sociedade controladora responda pelos atos praticados em afronta aos seus arts. 116 e 117, que tratam, respectivamente, dos deveres de lealdade e diligência do acionista controlador perante a companhia (p.u. art. 116) e determina a responsabilidade pelos danos causados por abuso de poder (art. 117)¹⁷⁵.

Para caracterizar a responsabilidade da sociedade controladora e, portanto, determinar a indenização à parte prejudicada, há necessidade da comprovação efetiva do dano, ou seja, não bastam meros dissabores provocados por decisão da sociedade controladora.¹⁷⁶ Essa é uma regra que visa criar estabilidade na relação, portanto, não é suscetível aos caprichos da parte insatisfeita com as decisões da sociedade.

Carvalhosa (2014, p.71), afirma que a regra do art. 246 reforça a premissa de que não pode haver confusão patrimonial entre a controladora e a controlada e, “não pode haver, sobretudo, a manipulação do patrimônio desta a favor daquela”. Para o autor, a independência

¹⁷⁴ Para Eizirik (2011, p.362) “a caracterização do acionista controlador requer a presença cumulativa de 3 (três) requisitos: (i) a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral (que não corresponde necessariamente à maioria do capital votante); (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores; e, (iii) o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

¹⁷⁵ Destaca-se que o rol de condutas abusivas apresentadas pelo §1º do art. 117, não é taxativo, podendo existir outras condutas enquadráveis como abusivas, mesmo que não indicadas na norma.

¹⁷⁶ “Para ficar caracterizada a atuação abusiva do controlador, exige-se a prova do dano efetivo por ele causado à companhia ou aos seus acionistas, devendo a lesão ser concreta e atual, não meramente possível ou hipotética” (EIZIRIK, 2011 p.368).

de políticas empresariais, gestão e utilização do patrimônio, sustentam-se no reconhecimento de que a autonomia da personalidade jurídica das sociedades não é meramente formal.

Essa conclusão decorre de interpretação da Lei das S.A., que por meio do parágrafo único do art. 116, §1º “a” e “f” do art. 117 e do art. 245, estabelecem normas contrárias à integração empresarial das sociedades grupadas (grupo de fato), e que determinam aos administradores e à sociedade (acionista) controladora regras que os obrigam a tratar as sociedades integrantes do grupo como se isoladas fossem, na busca dos seus respectivos interesses sociais individuais.

Eis o inconveniente: no âmbito do grupo societário de fato, a disciplina do abuso de poder de controle não reconhece o interesse do grupo, ao contrário disso, eventual abuso deve ser detectado e resolvido no âmbito de cada sociedade isoladamente considerada. Assim, a análise que se deve fazer é se a sociedade controladora adotou medidas abusivas perante o interesse de cada uma das sociedades, desconsiderando a realidade grupada. “Há, aqui, uma dissociação entre a realidade empresarial e a disciplina do abuso de poder” (EIZIRIK, 2011, p.366).

Posta de outra maneira “nos grupos de fato da lei brasileira, as sociedades grupadas devem atuar de acordo com seu interesse específico, sem qualquer influência do objetivo global do grupo?” (MUNHOZ, 2014, p.288), ou, “em que medida se admite, por determinação do controlador do grupo, o fluxo de recursos entre as sociedades integrantes do grupo” (ARAÚJO, 2012, p.94).

Para Munhoz, boa parte da doutrina admite a absoluta independência e autonomia das sociedades que integram o grupo de fato, e, portanto, obriga as sociedades integrantes do grupo a buscarem seus interesses específicos. Munhoz (2014, p.288), porém, discorda dessa opinião e afirma que a visão provoca absoluta incompatibilidade entre a disciplina jurídica e o fenômeno econômico da concentração empresarial; complementa afirmando que o estudo sistemático da Lei das S.A. evidencia sua adequação à teoria do interesse de grupo e, portanto, à doutrina francesa Rozenblum¹⁷⁷.

Para compreensão da doutrina Rozenblum, são três os principais casos a serem analisados: caso Fruehauf, de 1965; caso Willot, de 1974; e caso Rozenblum, de 1985 (PRADO, 2006, p.191)¹⁷⁸. Os casos tratam, em resumo, da análise da relação entre empresas que pertencem ao mesmo grupo, controladoras e controladas, e a justificativa para tomada de

¹⁷⁷ Sobre o tema: Prado (2006, p.191), Munhoz (2014, p.279), e Araújo (2012, p.83).

¹⁷⁸ São tipificados como crime, na França, os atos praticados por administradores de sociedade anônima ou limitada para benefício próprio ou de outra sociedade, que sejam contrários ao interesse da sociedade (MUNHOZ, 2014, p. 278).

determinadas decisões que, cada uma à sua maneira, sobrepõem o interesse de uma sociedade isoladamente considerada ao interesse do grupo ao qual pertence. A doutrina Rozenblum, dessa forma, decorre de uma construção da jurisprudência francesa, que a partir da análise de um caso criminal (caso *Rozenblum*) estabeleceu requisitos a serem observados para identificar a existência do interesse de grupo e, por consequência, afastar a configuração de crime por abusos sociais (MUNHOZ, 2014, p. 279).

No caso Rozenblum, os controladores de um grupo de empresas de diferentes setores da economia francesa, foram acusados de cometer o crime de abuso de bens sociais, em razão da realização de diversas operações financeiras e de garantia entre as empresas integrantes do grupo. Parte dessas sociedades foi liquidada em razão dessas operações, motivando a instauração de processo criminal contra os controladores. Seguindo a linha de defesa dos controladores, a *Cour de Cassation* decidiu pela inexistência do crime de abuso de bens sociais, se no caso estivessem presentes três requisitos essenciais: (i) estrutura sólida de grupo; (ii) política coerente e global; e, (iii) manutenção do equilíbrio entre as vantagens e desvantagens a serem atribuídas para cada sociedade (PRADO, 2006, p. 194).

Segundo Prado (2006, p. 199), a busca por uma teoria que consiga equilibrar o interesse isolado das sociedades e o interesse do próprio grupo é o grande mérito da doutrina Rozenblum. O que se admite, em síntese, é a existência de um interesse de grupo a justificar o prejuízo de uma determinada sociedade, desde que compensado por ganhos aproveitados pelo grupo e que não exponha essa sociedade a um risco excessivo (MUNHOZ, 2014, p. 279).

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI N.º 12.846/2013

O tema da corrupção nunca foi tão veiculado pela mídia, tão discutido pela sociedade e debatido no meio acadêmico (SILVEIRA, 2017, p. 32), com destaque para o âmbito do Direito Administrativo, Penal, Constitucional, Empresarial e Civil. Trata-se – a corrupção – de um fenômeno mundial e recorrente no tempo. Desde a antiguidade¹⁷⁹ – em Roma, por exemplo, foi motivo de muita preocupação – passando pelas Idades Média e Moderna, a corrupção, sob configurações diversas, jamais deixou de estar presente (SILVEIRA, 2014, p. 132).

No caso brasileiro, ela pode ser detectada desde o início da colonização portuguesa. Não sem motivo o historiador Sérgio Habib escreveu uma obra com o título sugestivo de “Brasil: quinhentos anos de corrupção”, editado em Porto Alegre em 1994 (SILVEIRA, 2014, p. 132). Na história do Brasil é possível detectar pedidos de favores apresentados pelos particulares ao Poder Público já na carta enviada por Pero Vaz de Caminha ao rei D. Manuel – Pires (2016, p. 807-808). O documento narra pedido particular apresentado pelo signatário da carta enviada ao rei, para que este enviasse alguns parentes daquele à terra nova¹⁸⁰.

Fatores como: (i) a quantidade, a versatilidade e sobretudo a gravidades dos casos de corrupção ocorridos no Brasil nas últimas décadas; (ii) nossa posição, nada honrosa no relatório da ONG Transparência Internacional, o *Corruption Perception Index*, a nota do país em 2013 foi 44, numa escala de 0 (mais corrupto) a 100 (menos corrupto); (iii) a corrupção vista como um dos principais entraves a investimentos estrangeiros no Brasil, conforme relatório de competitividade global 2013/2014¹⁸¹, entre outros, tem alimentado no imaginário

¹⁷⁹ Ghizzo (2016, p. 29), afirma que o “fenômeno da corrupção é tão antigo quanto a história da humanidade”, e que sua presença seria comum em países desenvolvidos ou não, além disso, afirma que o problema da corrupção passou a merecer maior atenção da comunidade internacional, a partir da percepção dos “efeitos nefastos também para a econômica (macro e micro) mundial”. No âmbito acadêmico, o autor também destaca que o fenômeno da corrupção passou a despertar maior atenção, pois a educação seria um poderoso instrumento para o rompimento de práticas indesejadas e que já estariam “infiltradas nos governos e muitas vezes aceitas e banalizadas pela própria sociedade”.

¹⁸⁰ Pires (2016, p. 807-812), narra diversos episódios nos quais se detecta, na história do Brasil, verdadeira confusão entre o público e o privado (patrimonialismo), bem como a criação de privilégios indevidos àqueles que estão próximos do poder – entre os episódios narrados estão: (i) o santo do pau oco – fraude para desvio de ouro; (ii) o roubo das joias da coroa – proteção indevida a funcionário do Império que havia furtado joias do interior do Palácio; (iii) impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello – acusado de práticas corruptivas, o contraditório neste caso é que referido presidente se elegeu justamente em razão do discurso de combate à corrupção (caça aos marajás). O autor também narra como o termo corrupção foi introduzido em nosso dia-a-dia, bem como a mudança na forma como enxergamos tal fenômeno.

¹⁸¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perceptions index 2013**. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>> Acesso em 27 mar. 2017.

dos brasileiros a percepção de que a corrupção endêmica entre nós seria quase que uma exclusividade pátria¹⁸².

Não é bem assim, em todo caso, ainda que se trate de fenômeno universal, a corrupção suscita diferentes abordagens em diferentes países; outrossim, conforme apontam Delatorre e Bechara (2014, p. 2) “também as características históricas e atuais de cada país condicionaram os elementos da respectiva corrupção”. De um ponto de vista amplo, é legítimo associar a corrupção ao padrão ético de cada povo, visto que seria “ilógico imaginar uma sociedade imaculada e uma classe política corrupta (...). A fragilidade dos padrões éticos fazem do corrupto mero exemplar de uma sociedade igualmente corrupta” (ANDRADE, 2014, p. 16).

Evidentemente que a compreensão exclusivamente histórico-cultural do problema da corrupção é uma forma superficial e até mesmo equivocada de sua análise; ainda que se possa apontar como diferentes culturas e formas de colonização tenham alguma relação com a forma como a ética e a corrupção são encaradas dentro de uma sociedade, resumir a corrupção como um problema cultural¹⁸³, parece-nos uma maneira simplista de se encarar algo que está relacionado muito mais às instituições e aos estímulos, positivos ou negativos que elas estabelecem (GHIZZO, 2016, p. 33)¹⁸⁴.

A corrupção, “independentemente da cultura, das origens ou dos hábitos de um povo ou, mesmo, da formalidade de suas instituições, resta evidenciado quando do funcionamento ineficiente e ineficaz das políticas públicas institucionais” (GHIZZO, 2016, p. 40). Justifica-se, com isso, a necessidade do fortalecimento das instituições por meio de políticas públicas, da educação e da transparência, para o enfrentamento deste problema que, como dito, não

¹⁸² A questão da percepção de um povo sobre o nível de corrupção em seu país é relevante, pois é indiretamente proporcional à confiança que este povo tem em relação às suas instituições, ou seja, quanto maior a crença de um determinado povo com relação ao nível de corrupção existente em seu país, menor será sua relação de confiança com as instituições dele (GHIZZO, 2016, P. 30)

¹⁸³ Ghizzo (2016, p. 40): “Embora a cultura de um povo se apresente como fator importante para a compreensão do fenômeno da corrupção, como referido alhures, não é ela o fator determinante para ocorrência desta. A resposta para esse questionamento não é simples ou certa, devendo, todavia, ser necessariamente compreendida a partir da formação das instituições consolidadas de cada sociedade.” Nessa mesma linha, Pires (2016, p. 820-821), que a corrupção não se explica pela “natureza dos povos”, mas, ao contrário disso, estaria ela vinculada à estrutura do capitalismo, sendo a circulação de riquezas e o acúmulo de capital a causa e o fim das ações de desvio de recursos públicos – aponta, enfim, a relação de simbiose entre Estado (poder público) e o mercado (agentes privados).

¹⁸⁴ Acemoglu, Robinson (2012, p. 5-7), apresentam o caso das cidades de Nogales. Essas cidades são vizinhas, sendo que uma delas fica no território dos Estados Unidos da América e a outra no México; na verdade, conforme os autores informam, trata-se de uma única cidade que é dividida em duas pelo simples fato de que se encontra na fronteira entre os dois países. Diante disso, os autores constatarem que as cidades possuem a mesma origem cultural, os mesmos ancestrais, hábitos alimentares e até mesmo influências musicais, porém, há uma profunda diferença entre o desenvolvimento econômico das duas – enquanto Nogales (EUA) é uma cidade bastante desenvolvida, a cidade de Nogales (MEX) não demonstraria a mesma realidade, pois teria profundas diferenças sociais e pouco desenvolvimento humano. Após relatar o caso, os autores concluem que o fator determinante para o desenvolvimento são as instituições locais, ou seja, não foram os fatores culturais, nem mesmo a origem histórica, o fator que determinou o desenvolvimento de cada uma dessas cidades.

pode ser encarado como algo meramente cultural, inerente a um determinado povo que dificilmente abandonaria esse traço.

A globalização econômica dando maior visibilidade ao problema da corrupção internacional, mostrando sua crescente sofisticação – poder-se-ia mesmo dizer, sua “profissionalização” – a consciência, daí advinda e, cada vez mais disseminada entre a população, dos danos econômicos, sociais, culturais por ela causados, obrigaram muitos países a adotar diferentes mecanismos de enfrentamento do problema.

Ligada umbilicalmente à eficácia e à credibilidade da gestão pública, a corrupção agrava as desigualdades sociais, reduz o crescimento econômico, impede uma efetiva melhora nos índices de desenvolvimento humano, acabando por abalar seriamente a legitimidade dos governantes, a confiança institucional e interpessoal¹⁸⁵; chega-se ao ponto em que mais do que um meio de obtenção de vantagens a corrupção passa a ser vista pelos agentes públicos e privados, não sem cinismo, como uma “necessidade”, uma condição *sine qua non* para a competitividade.

Felizmente, porém, no caso brasileiro, a opinião pública, em grande medida, deixou de aceitar a corrupção como um “mal necessário”; parece ter ficado para trás o tempo em que se tolerava, se é que não se admirava, o agente público que “rouba, mas faz” (ANDRADE, 2014, p.16). O que se nota hoje é uma constante inconformidade e indignação, além de uma busca por novas estratégias de repressão ao problema que, “desde suas causas até seus efeitos, passa a ser centro de preocupação global” (ANDRADE, 2014, p. 17). Uma vez que os negócios globais, geram problemas globais, a corrupção, assim como seus efeitos, não respeita fronteira ou nacionalidade¹⁸⁶.

Por isso mesmo “não é de se estranhar que pesquisas em Direito Comercial, Econômico ou Concorrencial, em sentido lato, se encontrem a trabalhar com a questão da

¹⁸⁵ Pesquisas confirmaram que a qualidade da democracia é afetada pela aceitação da corrupção pela população, os principais efeitos detectados seriam: (a) diminuição da adesão ao regime democrático; (b) aceitação às escolhas autoritárias; (c) influências negativas com relação à submissão à lei e a confiança interpessoal; e, (d) inibição da tendência de participação na política (MOISES, 2016, p. 94). Sobre as consequências econômicas da corrupção ver: Rosenberg, Bitafa (2016, p. 129-132), os autores apontam como a corrupção distorce a eficiência na alocação de recursos públicos por meio do favorecimento ilícito de agentes privados; também apontam como a corrupção pode afetar o (de)crescimento econômico de um país, apesar de no curto prazo admitirem que ela (corrupção) pode favorecer o crescimento destes países. Os autores também tecem críticas polêmicas no sentido de que o combate à corrupção não poderia gerar mais custos e distorções econômicas que a própria corrupção.

¹⁸⁶ Segundo o presidente da ONG Transparência Internacional, as construtoras brasileiras investigadas na operação Lava-Jato, estão presentes em outros países da América Latina e, em alguns deles, repetindo práticas corruptas já identificadas pela operação brasileira, confirmando, portanto, a percepção de que existe uma evidente globalização da corrupção (VALOR ECONOMICO. ONG Transparência pede apuração conjunta da Lava-Jato em outros países. Valor Econômico. Publicado em 26 jun. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/4615629/ong-transparencia-pede-apuracao-conjunta-da-lava-jato-em-outros-paises>> Acesso em 02 Abr. 2017).

corrupção” (SILVEIRA, 2014, p. 132). Se a estrutura da corrupção diz respeito a crime, é também certo que “o simples e tradicional combate penal ao fenômeno parece ter falhado” (SILVEIRA, 2014, p. 132). Qual seria então o campo de trabalho mais propício para o enfrentamento da questão da corrupção? “Seria a corrupção do avançar sec. XXI uma agressão aos direitos humanos, um problema econômico ou ainda questão penal”? (SILVEIRA, 2014, p. 132)

Qualquer que seja a resposta o fato – alvissareiro – é que o “estado maior” da corrupção, antes preservado, hoje é posto a julgamento. A busca de criminalização da corrupção do contínuo perde terreno para a criminalização da corrupção empresarial (SILVEIRA, 2014, p. 133). A comprovar essa tendência, ainda nos anos de 1970, o problema passa a ser enfrentado por uma legislação endurecida, é o caso do FCPA¹⁸⁷ (*US Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977, uma iniciativa do Congresso Norte Americano como resposta aos escândalos ocorridos na década de 70, nos EUA: os escândalos do Lockheed e o caso Watergate¹⁸⁸.

Porém, mais do que uma legislação que coibisse o pagamento de propinas a autoridades estrangeiras, o FCPA deu atribuições e competência ao Departamento de Justiça Americano e à SEC (*Securities and Exchange Commission*) para processar pessoas jurídicas de capital aberto, americanas ou não, pessoas físicas nascidas ou residentes naquele país, que cometessem atos delituosos previstos pelo mesmo FCPA; essa norma serviu como “marco regulatório na atividade concorrencial por equilibrar a concorrência entre empresas que se beneficiassem do pagamento de propinas e empresas prejudicadas por tais pagamentos” (IOKOI, 2014, p.115). Tanto os dispositivos anticorrupção do FCPA, como aqueles delegados ao Departamento de Justiça Americano e à SEC, sofreram ajustes ao longo do tempo. De qualquer modo, entre os primeiros resultados da vigência do FCPA estão as perdas sofridas pelas empresas norte americanas. Explica IOKOI (2014, p. 117):

Como o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros era prática relativamente comum, as empresas norte americanas começaram a perder negócios com a vedação do suborno internacional (...). Nesse cenário, iniciaram-se as pressões internacionais sobre diversos países para criação de legislação nacionais de combate à corrupção de autoridades estrangeiras, com o nítido escopo de reequilibrar a concorrência internacional abalada pelas restrições do FCPA, inclusive sobre o Brasil, que só promulgou a Lei

¹⁸⁷ O FCPA é tido como a “primeira legislação que estabeleceu sanções para as pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a Administração Pública estrangeira”

¹⁸⁸ Iokoi (2014, p. 116-117), apresenta uma breve descrição dos casos Lockheed e Watergate, bem como sua influência na elaboração do FCPA.

n.º 12.846/2013, no ano passado, como resposta às manifestações populares contra a corrupção interna.

A influência do FCPA sobre legislações internacionais posteriores é muito significativa, diversos autores asseguram que a Lei Anticorrupção brasileira sofreu nítida inspiração do FCPA (ANDRADE, 2014, p. 30; SILVEIRA, 2014, P. 133; FREITAS, 2014, P. 98; IOKOI, 2014, P. 115-116; SPERCEL, 2014, P. 282). Spercel (2014, p.281-292), produziu artigo no qual traça “um paralelo da Lei Anticorrupção com a Lei anticorrupção dos Estados Unidos da América, o *US Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 e com a jurisprudência norte-americana, em especial, no que diz respeito à extensão a terceiros da responsabilidade por atos de corrupção”.

O *UK Bribery Act* britânico também é tributário do esforço representado pelo FCPA no sentido de debelar a corrupção e a fraude a licitações e contratos públicos. Com o fim da União Soviética no início dos anos 1990, os focos de interesses internacionais passaram a incidir com mais insistência sobre questões de desequilíbrios internacionais, no comércio exterior, ganhando destaque o fomento de legislações anticorrupção.

Também devem ser mencionadas a Convenção Interamericana contra Corrupção, de 1996 (SMANIO, 2016, p. 737-738), a Convenção sobre Proteção dos Interesses Financeiros da União Europeia, de 1995, a Convenção sobre a Luta contra Corrupção envolvendo Funcionários da União Europeia, de 1997, a Convenção da Organização para a Colaboração e Desenvolvimento Econômico contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros (SMANIO, 2016, p. 737-738), de 1997, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014, p. 133). Todas essas normas acabaram por influenciar a legislação anticorrupção brasileira¹⁸⁹, em razão dos compromissos internacionais anteriormente assumidos pelo país¹⁹⁰.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (Decreto 5.687, de 31/1/2006), estabeleceu aos países signatários compromissos de

¹⁸⁹ Sobre a origem da Lei Anticorrupção, a influência da globalização, do FCPA e da OCDE: Pimentel Filho (2016, p. 52-58)

¹⁹⁰ Ao comentar a origem da Lei Anticorrupção brasileira, Carvalhosa (2015, p. 31) afirma: “No âmbito do Direito Internacional Público, o Brasil já havia se comprometido a responsabilizar de maneira ampla e universal pessoas jurídicas por atos de corrupção pública, ao ratificar: (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997 (Decreto n. 3.678, de 2000), expressamente remida no art. 9º da presente Lei; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (Decreto n. 4.110, de 2002); e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Decreto n. 5.687, de 2006).”

combate à corrupção visando a estabilidade, a segurança e o fortalecimento do Estado de Direito. No art. 26¹⁹¹ desta Convenção, é possível verificar preocupação com a penalização da pessoa jurídica, com a imposição de responsabilidades de natureza civil, penal e administrativa, entretanto, a Convenção determina que cada país signatário trate as pessoas jurídicas conforme seu respectivo ordenamento jurídico, ignorando a multinacionalização das empresas e perdendo a oportunidade de apresentar uma sugestão para solução global para responsabilização das empresas grupadas que tenham praticado atos de corrupção.

O Brasil, como signatário desta convenção, obrigou-se perante a OCDE a editar um diploma jurídico equivalente aos de outros países sobre o mesmo tema, embora já se pudesse detectar no Brasil a existência de várias leis estabelecendo punições aos agentes privados em decorrência de delitos praticados perante o Poder Público (CARVALHOSA, 2015, p. 31)¹⁹².

Entre as diversas normas que já existiam no Brasil e que tratavam da relação entre agentes privados e Poder Público, estabelecendo punições aos seus desvios, Carvalhosa (2015, p. 32), sem pretensão exaustiva, cita as seguintes: (i) Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992); (ii) Lei de Licitações (Lei 8.666 de 1993); (iii) Leis de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613 de 1998 e n. 10.467 de 2002); (iv) Lei de Parceria Público-Privada (Lei 11.079 de 2004), (v) Lei da Filantropia (Lei 12.101 de 2011); (vi) Lei Antitruste (Lei 12.529 de 2011); (vii) Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei 13.019 de 2014); (viii) Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101); (ix) Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar n. 105); e, (x) Lei do Mercado de Capitais (Leis n. 4.728 de 1965 e n. 6.385 de 1976) (SMANIO, 2016, p. 740-743).

¹⁹¹ “Artigo 26 Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.”

¹⁹² A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também é tema tratado por Smanio (2016, p. 735-737). Segundo o autor, além de um importante instrumento de cooperação entre os países signatários (mecanismos de recuperação de ativos, questões probatórias e melhora nos regimes de extradição), a convenção traria três pilares (art. 36, da Convenção): “(i) a criação de órgãos especializados no combate à corrupção, através da prevenção e repressão; (ii) estes órgãos devem ter a independência necessária para exercer suas funções de forma eficaz e livre de quaisquer pressões ilícitas; e, (iii) as pessoas que atuam nestes órgãos e o seu pessoal deverão ter a formação e os recursos materiais adequados ao exercício de suas funções.”

Essas normas seriam insuficientes ao atendimento dos compromissos firmados pelo Brasil (CARVALHOSA, 2015, p. 31-32)¹⁹³, especialmente por carecerem de regras sobre extraterritorialidade. Além disso, deve-se destacar que entre todas as normas citadas, apenas a Lei Antitruste apresenta dispositivos que tratam do fenômeno das sociedades grupadas (art. 33), impondo a responsabilidade solidária às integrantes do grupo, por atos praticados por alguma delas. Diante disso, o Poder Executivo brasileiro encaminhou à Câmara de Deputados o Projeto de Lei n. 6.826, em 2010, em cuja exposição de motivos consta o seguinte:

o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2010).

Esse projeto tramitou na Câmara dos Deputados por 3 anos, e depois seguiu para o Senado onde, depois de tramitar por 3 meses, foi aprovado em inacreditáveis 16 dias.

As intensas manifestações de descontentamento popular de junho de 2013 contra, entre outras tantas mazelas, o descalabro da corrupção público privada, teriam sido, para muitos, ao lado da pressão de organismos internacionais, responsáveis pela presteza¹⁹⁴ na aprovação da lei que ficou conhecida como Lei Anticorrupção (Lei 12.846 de 2013). A Lei Anticorrupção contém apenas 31 artigos, divididos em 7 capítulos entre eles: (i) Disposições Gerais; (ii) Dos atos lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira; (iii) Da responsabilização administrativa; (iv) Do processo administrativo de responsabilização; (v) Do acordo de leniência; (vi) Da responsabilização judicial; e, (vii) Disposições Finais¹⁹⁵.

Atendendo ao compromisso pela busca de um ambiente de negócios pautado pela ética, a lei trouxe muitos instrumentos de coerção (pesadas multas e possibilidade de intervenção nas atividades da empresa – suspensão, bloqueio e/ou dissolução compulsória), e, inovou ao apresentar mecanismos de incentivo à transparência e integridade “daí porque o

¹⁹³ No mesmo sentido: Zanchim, Bertocelli (2016, p. 105-108), analisam o sistema normativo brasileiro para compreender os motivos da edição da Lei Anticorrupção, bem como sua influência em razão dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a ONU, OEA e OCDE, e afirmam que o sistema até então vigente seria insuficiente ao combate ao suborno estrangeiro e a efetiva punição da pessoa jurídica. E ainda: Oliveira, Barros Filho (2016, p. 307). Hage Sobrinho (2014, p. 38-42) também analisa a influência, o objetivo e a necessidade da Lei Anticorrupção, e ao final (p 50-55) apresenta uma lista de pontos que julga polêmicos na nova lei.

¹⁹⁴ Para muitos, essa rapidez na sua tramitação perante o Senado acarretou “possíveis antinomias jurídicas, assim como eventuais brechas e consequências indesejáveis da nova lei” (ANDRADE, 2014, P. 30)

¹⁹⁵ Smanio (2016, p. 743-745), também apresenta um resumo sobre os principais dispositivos da Lei Anticorrupção.

nome Lei da Empresa Limpa¹⁹⁶ também ser comumente usado” (MACHADO; LEITE, 2014, p. 52).

Se a previsão de acordos de leniência e a possibilidade de abrandamento da pena constituem em novidades recebidas com otimismo, por outro lado, a previsão de multas severas (por exemplo, administrativamente, multa de até 20% do faturamento bruto, nunca inferior ao valor da vantagem obtida ilegalmente; judicialmente, o perdimento dos bens, suspensão ou interdição parcial de atividades, e até mesmo a dissolução compulsória), e a “possibilidade de extensão das sanções impostas para além da pessoa jurídica, configuram os temidos instrumentos de coerção” (MACHADO; LEITE, 2014, 52). O programa de *compliance*¹⁹⁷ surge nesse contexto como alternativa de ajuste do comportamento empresarial aos padrões de ética, transparência e igualdade de competição, buscados pela norma e suas influências.

Importante lembrar que a legislação brasileira já previa para a punição penal de atos de corrupção praticados por pessoas físicas, a pena restritiva de liberdade, como é tipificado no Código Penal – art. 317 (corrupção passiva), art. 333 (corrupção ativa), art. 332 (tráfico de influência), art. 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional), e art. 337-C (tráfico de influência em transação comercial internacional). Além disso, as leis brasileiras também dispunham de normas que objetivavam proteger o ente público e o erário, é o caso da Lei 8.666/1999 que trata das licitações e demais contratações públicas e a Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, que pretendia impor controle sob os agentes públicos.

Contudo, foi a Lei 12.842/2013, que impôs um rigor inédito no tratamento das pessoas jurídicas¹⁹⁸, consubstanciado em sanções severas, no que Leite, Nobre (2014, p.315-316), chama “sua abrangência punitiva”¹⁹⁹. O rigor imposto pela Lei Anticorrupção lhe dá caráter nitidamente penal (LEITE; NOBRE, 2014, p. 315; BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014, P.

¹⁹⁶ Zockun (2017, p. 15-16), critica até mesmo a utilização do termo “Lei Anticorrupção”, pois, segundo o autor, isso seria uma forma de apequenar o âmbito de incidência da norma. O autor justifica que a lei não puniria apenas aqueles que comentem atos de corrupção, que os atos lesivos indicados na norma não se enquadrariam apenas em práticas de corrupção e que sua finalidade maior seria a proteção da administração pública nacional e estrangeira, portanto, a norma teria uma aplicação mais ampla, por essa razão, propõe sua identificação como “Lei da Probidade Administrativa Empresarial”.

¹⁹⁷ A previsão de programas de *compliance* mostra a preocupação do legislador em estabelecer uma nova instância regulatória: a autoregulação, visto que o Estado não se mostra capaz de uma regulação direta sobre as empresas, organizações complexas de alto nível técnico e, em cuja estrutura, os indivíduos aparentemente diluem. De outro lado, ao transferir à iniciativa privada tal tarefa de controle, a lei confere as empresas que adotam esse mecanismo, a possibilidade de alegar em eventual defesa, que tem empregado tudo que está ao seu alcance para evitar o cometimento de quaisquer atos dolosos.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, Smanio (2016, p. 744), afirma que faltava ao ordenamento jurídico brasileiro uma norma que tratasse da responsabilização direta da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos contra a administração pública; assim como outros, o autor detecta que nosso ordenamento estava voltado demasiadamente à imposição de pena à pessoa física, justificando-se, portanto, a necessidade da Lei Anticorrupção.

¹⁹⁹ Pires (2016, p. 832), também aponta a Lei Anticorrupção como uma etapa necessária ao aperfeiçoamento do sistema jurídico-punitivo, destacando, portanto, a natureza sancionadora da referida norma.

128; SILVEIRA, 2014, p. 135, e tantos outros, apontam a natureza penal da norma. Em sentido contrário: OLIVEIRA, 2017, p. 38), tal rigor, só visto anteriormente, e mesmo assim em menor grau, na Lei 9.605 de 1.998 (Lei dos Crimes Ambientais)²⁰⁰. A Lei Anticorrupção, entretanto, não adotou a responsabilização penal da pessoa jurídica²⁰¹.

Ao abandonar a limitada estratégia de repressão à corrupção concentrada na pessoa física, especialmente o funcionário público, passando a direcionar os esforços à punição dos outros agentes econômicos interessados numa política patrimonialista de privilégios, o ordenamento jurídico acaba por reconhecer que a corrupção não é gestada exclusivamente pelos agentes públicos capturados por algum esquema corruptivo, mas, ao contrário disso, necessita do mercado, dos agentes privados, sendo, portanto, um indesejável desvio do sistema capitalista²⁰².

Dentro da realidade brasileira, não é demais lembrar que os casos de maior repercussão nacional – Ação Penal 470 (Mensalão)²⁰³ e Operação

²⁰⁰ Carvalhosa (2015, p. 33-34), também opina no sentido de que a Lei Anticorrupção teria natureza penal. Afirma que as condutas tipificadas pela lei e suas respectivas penas, em razão da gravidade imposta, apenas se distinguiriam da Lei Penal quanto ao processo a ser seguido, mas não haveria distinção quanto à substância. Diante disso, o autor conclui que as garantias penais deveriam ser observadas no processo administrativo que tivesse por objeto a apuração de condutas descritas na Lei Anticorrupção.

²⁰¹ Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, o Manual de Responsabilização da Pessoa Jurídica, elaborado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, destaca “que a infração ambiental é a única hipótese de responsabilização penal de pessoa jurídica, havendo repercussão penal de apurações relacionadas à corrupção apenas relativamente às pessoas físicas.” (2016, p. 9). Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizaEntesPrivados.pdf>> Acesso em :1º maio de 2017.

²⁰² Pires (2016, p. 813-823), faz interessante comparação entre o “homem cordial” e as influências do mercado, dos interesses do capitalismo e seus impactos na corrupção. Para o autor, o “homem cordial”, definido a partir da obra de Sérgio Buarque de Holanda (Raízes do Brasil), é aquele agente público patrimonialista, que trata a coisa pública como se particular fosse, que se define como sujeito emotivo, que não segue regras de impessoalidade e divide o mundo entre “amigos e inimigos”. O autor faz uma incursão sobre o tema e aponta a existência de uma dicotomia falaciosa entre o Estado (corrupto) e o mercado (virtuoso); ao final, conclui que “mercado e Estado, formam um complexo único e dependente um do outro, pois o mercado precisa do aparato do Estado (para obrigar o cumprimento de obrigações contratuais etc), e o Estado depende da produtividade do mercado para a sua receita fiscal. (...) para haver corrupção sistêmica no Estado contemporâneo é preciso que haja interesse do mercado”. Quer dizer, novamente, que aspectos culturais e históricos definitivamente não são determinantes para existência e manutenção da corrupção.

²⁰³ Sobre o caso Mensalão: o esquema ocorreu entre os anos de 2003 a 2005 e foi denunciado pelo ex-Deputado Federal Roberto Jefferson. Ficou apurado que por meio de empresas de publicidade lideradas pelo empresário Marcos Valério, havia um esquema de lavagem de dinheiro de doações ilegais feitas para campanha política (o denominado “caixa dois”); esses recursos eram repassados aos políticos da base aliada, por meio de pagamentos mensais (justamente por isso que recebeu o nome de “mensalão”, que remete ao pagamento mensal de uma mesada), para que votassem conforme os interesses do governo em exercício. Em razão do foro privilegiado de diversos agentes públicos envolvidos no esquema, a ação penal tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e resultou na condenação de diversos políticos, agentes públicos e empresários ligados ao esquema (Ação Penal 470) – essa ação identificou três núcleos de ação do esquema: (i) o núcleo político, (ii) o núcleo operacional e (iii) o núcleo financeiro. O primeiro era responsável a sustentar as bases do governo, o segundo era responsável pela estruturação da lavagem do dinheiro e o terceiro era responsável por legitimar o repasse aos agentes públicos e políticos envolvidos. (OLIVEIRA; BARROS FILHO, 2016, p. 331-332). Não é exagerado afirmar que o causou uma certa ruptura com os padrões de comportamentos patrimonialistas até então vigentes, mas que não se mostrou suficiente para evitar novos casos; por outro lado, a condenação de diversos políticos e pessoas com biografias relevantes no cenário nacional, inaugurou uma fase de protagonismo do Supremo Tribunal Federal em questões diretamente relacionadas à impunidade da classe dominante. Por fim, o episódio, assim como outros, confirma a cumplicidade existente entre o poder público e os agentes privados em esquemas de corrupção.

Lava-Jato^{204, 205} – envolvem uma relação de profunda interação e cumplicidade entre o Poder Público e os agentes privados. A confirmar a relevância das investigações realizadas, bem como os impactos econômicos gerados pelos desvios de conduta revelados, a Petrobras reconheceu em seu balanço de 2014 perdas da ordem de seis bilhões de reais em razão do esquema de corrupção^{206, 207}. A companhia divulgou nota à imprensa em 22 de abril de 2015, por meio da qual reconheceu a existência de prejuízos gerados pelo esquema entre os anos de 2004 e 2012.

Outro ponto importante apresentado pela Lei Anticorrupção, e que traz impacto direto na forma como se apura a responsabilização das pessoas jurídicas pelos desvios de condutas previstos, é que referida norma incorpora a responsabilização objetiva, ou seja, que independe de culpa para sua aplicação²⁰⁸. Ao responsabilizar sem dolo ou culpa, a intenção do legislador foi nitidamente criar um incentivo para que todas as empresa, sejam elas de grande, médio e/ou pequeno porte, utilizem de critérios rigorosos na contratação de parceiros e prestadores

²⁰⁴ Silveira (2017, p. 32-34), explica que a origem da expressão “Lava Jato”, decorre da utilização de uma rede de combustíveis e lava jato de automóveis para movimentar recursos para movimentação de recursos financeiros ilícitos pertencentes a um determinado grupo criminoso. Afirma que a operação seria um verdadeiro divisor de águas no assunto da corrupção, pois, em linhas gerais, a partir dessa investigação foi descoberto um esquema de corrupção envolvendo a maior petroleira nacional, bem como grandes empreiteiras, além disso, implicou na prisão de grandes empresários, na consolidação do instituto da delação premiada e na reflexão sobre a utilização do *compliance*.

²⁰⁵ Sobre o caso Lava-Jato (também conhecido como Petrolão): muitos tratam a Lava-Jato como a maior investigação contra esquemas de corrupção já realizada no Brasil. Consistia, basicamente, num esquema de corrupção descoberto dentro da Petrobras por meio do qual grandes empreiteiras brasileiras se beneficiavam do direcionamento de contratos da empresa estatal, em contrapartida, essas empresas pagavam uma “comissão” aos agentes públicos envolvidos e, parte desses valores era destinada ao financiamento de campanhas eleitorais de partidos políticos – havia pagamentos em contas estrangeiras e esses recursos retornavam ao país por meio de doleiros e contratos fictícios; a operação recuperou valor bilionários, levou à prisão políticos (o principal papel dos políticos no esquema era dar sustentação aos funcionários envolvidos para que permanecessem nos seus respectivos cargos), funcionários públicos, empresários e operadores do esquema e já entrou na história do país por inaugurar a utilização da delação premiada como um instrumento eficaz de investigação (OLIVEIRA; BARROS FILHO, 2016, p. 329-330). Ainda sobre o tema: www.lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso; Moro (2016, p. 13-16) indica que o esquema de corrupção que ocorreu na Petrobras seria um caso de corrupção sistêmica, ou seja, onde o pagamento de propina seria a regra do jogo, que muito se difere daquela corrupção individual, praticada de forma isolada e eventual.

²⁰⁶ PETROBRAS, resultado do exercício de 2014 auditados. Disponível em <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/central-de-resultados/4t14.htm>>. Acesso em 23 de fev. de 2017.

²⁰⁷ PETROBRAS, resultado do exercício de 2014 auditados [PDF]. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjcwOHK8_fUAhVFQZAKHW6YCAIQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fdownload.uol.com.br%2Fnoticias%2Fpetrobras-resultado-2014.pdf&usq=AFQjCNFDxLByJDPZzZ-Jucbar4-qFL_rHg>. Acesso em 24 de fev. de 2017

²⁰⁸ Eis o eixo central da referida norma e que significa “que a aplicação das sanções não exige a intenção da incorporação ou de seus dirigentes em corromper ou a demonstração de sua desídia em relação a atos deste gênero que eventualmente ocorram. Basta que se constate que alguém – um funcionário, parceiro, contratado, consorciado – tenha oferecido ou pago vantagem indevida a servidor público (ou praticado qualquer dos atos previstos em seus dispositivos), e a instituição será penalizada, desde que beneficiada direta ou indiretamente pelo comportamento ilícito. Assim, se uma corporação contrata um terceiro para obtenção de licença pública para determinada atividade e este usa de propina para obter o documento, ambos serão punidos, contratante e contratado. A responsabilidade é automática, objetiva (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014, p. 126).

de serviços (dever de cuidado), melhorando, portanto, o ambiente de negócios; se essa intenção é elogiável, por outro lado, despertou críticas nos meios empresarial e acadêmico – são debatidos, a esse respeito, a questão da culpabilidade e da intranscendência da pena²⁰⁹.

Teria o legislador “nesse ponto” se excedido? A responsabilidade objetiva limitaria o direito de defesa numa norma de caráter nitidamente sancionadora, rompendo, assim, um princípio central do Direito Penal? Para Tamasauskas, Bottini (2014, p. 137), a Lei Anticorrupção pretendeu “aprimorar o sistema de tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. A questão é se faz isso de forma adequada”. Não é esse o objetivo do presente trabalho, entretanto, ao tratar da responsabilidade solidária, abordaremos as consequências advindas da aplicação conjunta da responsabilidade objetiva e solidária, apresentando as principais críticas existentes.

Outro ponto gerador de insegurança jurídica é da multiplicidade de competências para a instauração de julgamento de processos. O art. 8º da Lei Anticorrupção prevê um rol pulverizado de autoridades competentes para instaurar e julgar os processos administrativos originados de desvios previstos na norma – caberá a autoridade máxima de cada um dos poderes, respeitando-se a autonomia de cada ente da federação (MACHADO; LEITE; 2014, p. 53).

E a questão da responsabilidade solidária para sociedades controladoras, controladas e coligadas, prevista no art. 4º, §2º da Lei Anticorrupção, que é o objeto central de pesquisa deste trabalho, também tem sido objeto de preocupação e críticas por parte da comunidade jurídica (SPERCEL, 2014; LEITE; NOBRE, 2014). O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que impossibilita que a pena venha a romper a pessoa do condenado e atingir terceiro, é um obstáculo claro para aplicação da solidariedade prevista numa norma de caráter manifestamente sancionador.

O que se propõe a partir de agora, portanto, é oferecer uma reflexão sobre o Capítulo I da Lei Anticorrupção e a solidariedade imposta aos grupos societários, os problemas acima apontados e os fundamentos sobre os quais estão assentadas as relações de controle e coligação.

²⁰⁹ Essa questão é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal, ADI n.º 5261 – que tramita perante o Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nesta ação o autor questiona a constitucionalidade da responsabilidade objetiva imposta pela Lei Anticorrupção, afirmando que tal previsão ofenderia os incisos XLV e LIV, do art. 5º da Constituição Federal. Segundo o autor, os princípios da intransmissibilidade da pena, da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal, impediriam a possibilidade da previsão de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica nos casos previstos na Lei Anticorrupção.

3.1 Das Disposições Gerais da Lei Anticorrupção

Ao apresentar suas “Disposições Gerais” (Capítulo I), a Lei Anticorrupção²¹⁰ consagrou a previsão da responsabilidade objetiva, a extraterritorialidade, a autonomia entre a punição da pessoa jurídica e a responsabilização individual de seus dirigentes e administradores, bem como a manutenção da responsabilidade da pessoa jurídica em vista de determinadas operações societárias e sucessão empresarial, e, finalmente, a responsabilidade solidária entre controladora, controlada, coligada e integrantes de consórcio.

O art. 1º da Lei Anticorrupção determina que a norma dispõe “sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Além do reconhecimento da polêmica responsabilidade objetiva, o artigo também atende aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil – notadamente perante a OCDE – ao permitir a condenação de empresas nacionais pela prática de atos de corrupção fora das fronteiras brasileiras. O destaque é que a Lei Anticorrupção vai além das exigências dos compromissos internacionais e também permite sua aplicação contra empresas nacionais que tenham praticado atos de corrupção no âmbito interno da nação.²¹¹

Já tivemos a oportunidade de mencionar a existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal, ADI n.º 5261 – que tramita perante o Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que questiona a constitucionalidade da responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção. O argumento central da ação é que a responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção ofenderia os incisos XLV e LIV, do art. 5º da Constituição Federal – os princípios da intransmissibilidade da pena, da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal, impediriam a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva à pessoa jurídica nos casos previstos na Lei Anticorrupção.

²¹⁰ Pimentel Filho (2016, P. 47-70), pouco antes de comentar os arts. 1º a 4º da Lei Anticorrupção, busca conceituar o termo “corrupção” e destaca a dificuldade na sua definição, destaca que a Lei Anticorrupção a expressão, corrupção, em apenas uma oportunidade (art. 9º), em razão da celeuma em torno do seu exato conceito. O autor reconhece, contudo, o risco que a prática impõe ao Estado de Direito e à democracia e, por outro lado,

²¹¹ Conforme Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica, elaborado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União: “O ponto que merece destaque, já no primeiro artigo da Lei nº 12.846/2013, é o seu alcance normativo. Como visto acima, a referida lei é fruto de obrigações que o Brasil assumiu no cenário internacional ao aderir a Convenção da OCDE sobre suborno transnacional, a qual exigia que os Estados-Partes penalizassem pessoas jurídicas que pagassem propina a funcionários públicos estrangeiros. Ocorre que a Lei nº 12.846/2013 contemplou não apenas o cometimento de atos de corrupção contra administrações públicas estrangeiras, mas também aqueles perpetrados contra a Administração Pública nacional, indo, assim, além do que havia pactuado perante a OCDE” (2016, p. 50). Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf>> Acesso em 1º maio 2017.

O mesmo tema é tratado por Bottini, Tamasauskas (2014, p. 133-155), em artigo que reflete sobre a inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva disposta na Lei Anticorrupção. Após percorrer aspectos históricos da responsabilidade objetiva, bem como analisarem os artigos 927 e 931 do Código Civil (teoria do risco e responsabilidade objetiva em matéria de consumo, respectivamente), concluem que a ideia de responsabilidade objetiva no âmbito civil está atrelada à recomposição de danos, ou seja, “seria uma consequência reparatória à violação do patrimônio jurídico alheio” (BOTTINI, TAMASAUSKAS; 2014, p. 139-140). Na sequência, os autores propõem uma análise sobre a responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção para verificar se o limite seria o ressarcimento integral do dano, ou se estaria permitido o avanço para hipóteses sancionadoras.

São duas as espécies de penas previstas na Lei Anticorrupção: (i) penas administrativas, previstas no art. 6º; e, (ii) penas judiciais, previstas no art. 19. As penas administrativas são: (a) multa (sanção pecuniária), calculada conforme o faturamento da empresa e nunca inferior à vantagem auferida; e (b) publicação extraordinária da decisão condenatória. As penas judiciais, mais severas, consistem em: (a) perdimento de bens; (b) suspensão provisória as atividades; (c) dissolução compulsória; e, (d) proibição do recebimento de benefícios e/ou incentivos fiscais (BOTTINI, TAMASAUSKAS, 2014, p. 140-141)²¹².

Em razão da responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção, todas as hipóteses de aplicação das penas acima indicadas prescindiriam da demonstração de culpa; é justamente contra isso que Bottini, Tamasauskas (2014, p. 146-153), apresentam oposição, pois consideram que a responsabilidade objetiva estaria atrelada à ideia de risco de atividade e o correlato dever de reparar os danos dela decorrentes, derivando daí a denominada “responsabilidade-reparação”. Neste ponto a Lei Anticorrupção rompe com o modelo original e lança mão da responsabilidade independente da comprovação da culpa para fins punitivos²¹³.

²¹² Vale ressaltar que a redação original da Lei Anticorrupção previa que para aplicação das penas de suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória e proibição do recebimento de benefícios e/ou incentivos fiscais, haveria necessidade de comprovação de dolo ou culpa (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014, p. 141-142). No mesmo sentido: Carvalhosa (2015, p. 46-50), e o parecer do Deputado Federal Carlos Zarattini, integrante da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 6.826, de 2010, que demonstra a redação original do arts. 19 e 20, prevendo a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para aplicação das penas descritas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=1080299&filename=PRL+2+PL682610+%3D%3E+PL+6826/2010> Acesso em: 1 maio 2017.

²¹³ De acordo com Bottini, Tamasauskas (2014, p. 147): “Vale dizer, em outras palavras, que a lei avançou no contexto da responsabilidade objetiva – construída inicialmente como reparatória dos danos verificados por determinada atividade – para agregar um conteúdo dissuasório e retributivo, consubstanciado na ameaça de outras penas, desde pecuniárias, até as restritivas de direitos e, na mais grave hipótese, a dissolução compulsória da pessoa jurídica.”

Por fim, após tecerem comentários sobre os motivos que fundamentariam a inconstitucionalidade da norma, já mencionados anteriormente, e também sobre os fundamentos que justificariam sua constitucionalidade (princípios constitucionais referentes à atividade empresarial e função social da empresa), Bottini, Tamasauskas concluem que a responsabilidade objetiva deveria ser aceita apenas para ressarcimento dos danos comprovados, sendo certo que, para o estabelecimento de punição derivada da Lei Anticorrupção, seria necessária a “averiguação de algum desvalor no comportamento ou na estrutura da empresa”^{214, 215}.

Zockun (2017, p.18-20) reconhece a polêmica sobre o tema e admite que para sua aplicação haveria necessidade de apuração do ilícito em dois momentos distintos: (i) no primeiro momento haveria necessidade de apuração subjetiva da conduta do agente faltoso na prática do ilícito, considerando-o a pessoa física que age em nome da empresa; (ii) no segundo momento, pressupondo o ilícito cometido pelo agente, admitir-se-ia a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Nas palavras do autor “o nascimento do ilícito é apurado segundo o comportamento do agente. Uma vez ocorrido esse ilícito, deflagra-se a responsabilização objetiva da pessoa jurídica”. Não nos parece esta ter sido a intenção da Lei Anticorrupção, que expressamente dispõe sobre a autonomia da apuração das penas às pessoas jurídica e física.

O mesmo tema é tratado por Oliveira (2017, p. 23-46), que também reconhece a controvérsia sobre a admissibilidade na aplicação de sanções administrativas a partir de um modelo de responsabilidade objetiva, porém, argumenta que a “complexidade de articulação e de *modus operandi em corrupção*”, justificariam a adoção do critério objetivo de imputação de responsabilidade previsto na Lei Anticorrupção.

²¹⁴ Em artigo publicado posteriormente, os mesmos Bottini, Tamasauskas (2014, p. 125-130), continuam a defender a impossibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva para pretensão punitiva no âmbito da Lei Anticorrupção – analisam a hipótese de uma empresa que através de seu programa de integridade (*compliance*) ofereça uma denúncia às autoridades competentes, defendem que seria justo a empresa beneficiada responder pelos danos causados, independentemente de culpa, mas que para imposição de penalidades seria necessária a verificação da sua conduta e efetiva participação no ato, não seria justo, assim, a punição de uma empresa que voluntariamente apresentou a denúncia de uma irregularidade que ela mesmo detectou. Assim, em complemento ao artigo anterior, propõem que a culpabilidade seria elemento a justificar a imposição de pena e que, a existência de um programa efetivo de integridade (*compliance*), “completo e funcional possa, em determinados casos, exonerar a empresa de pena. Com isso, incentiva-se a adoção de políticas comprometidas com integridade e ajusta-se a punição ao princípio constitucional da culpabilidade” (BOTTINI, TAMASAUSKAS, 2014, p. 130). Em sentido contrário Braga Netto (2016, p.21-45), trata da responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção sem apontar qualquer irregularidade da norma.

²¹⁵ Serrano (2014, p. 106-114), também defende a inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção; após analisar a responsabilidade objetiva do Estado e do agente poluidor (Lei Ambiental), o autor justifica que a Lei Anticorrupção estaria “desprovida de qualquer fundamento que legitime sua aplicação” – o autor afirma que a responsabilidade objetiva do Estado seria justificada pelos benefícios por ele auferidos pela coletividade e que no direito ambiental, a justificaria decorreria da necessidade de “internalização dos prejuízos gerados à coletividade”.

A polêmica sobre a responsabilidade objetiva disposta na Lei Anticorrupção é tema relevante, pois sua admissão, em conjunto com a solidariedade prevista para sociedades controladoras, controladas e coligadas, cria um sério obstáculo ao direito de defesa para quem poderia não ter obtido nenhum benefício com determinadas infrações e sequer teria como evitar sua prática – veja a hipótese de uma sociedade coligada que venha a ser responsabilizada pelo pagamento de multa e/ou reparação de danos provocados pela outra sociedade coligada, sendo solidária e objetiva a responsabilidade, de que forma a sociedade inocente – que não praticou o ato – poderia se defender e/ou tomar medidas a evitar determinadas práticas reprováveis²¹⁶?

Prosseguindo na análise do Capítulo I da Lei Anticorrupção, o parágrafo único do art. 1º, determina a aplicabilidade da norma às sociedades empresárias ou simples, personificadas ou não, com ou sem fins lucrativos; o modelo societário e/ou a forma de organização da sociedade são irrelevantes para aplicabilidade da norma que também atinge fundações, associações e sociedades estrangeiras que autem no Brasil. Barros (2014, p. 259), critica a redação deste parágrafo, especialmente pelo uso das expressões “personificadas ou não” e “constituídas de fato ou de direito” que, segundo o autor, contrariam o Código Civil, que não admite a existência de pessoa jurídica constituída de fato e, que para sociedades não personificadas, por óbvio, não se poderia reconhecer a existência de personalidade jurídica.

Tal é a amplitude de aplicação do parágrafo único, que se permite afirmar que sua identificação como “Lei da Empresa Limpa”, como inicialmente se propôs, parece uma tentativa de lhe inserir uma limitação inexistente, já que não se aplica apenas às sociedades empresárias²¹⁷. Na verdade, estão excluídas da aplicação da norma apenas as pessoas físicas²¹⁸, pois já possuem leis específicas para punição em razão de situações descritas na norma.

²¹⁶ Em artigo publicado no Valor Econômico, p. E2, em 20 de novembro de 2014, Daniel de Ávila Vio questiona a responsabilidade solidária para sociedades controladas e coligadas, argumentando, justamente, que a atribuição de responsabilidade pela simples coligação, seria algo ilógico, pois em muitos casos a sociedade coligada não teria condições de impedir determinados atos, nem mesmo a participação de uma empresa inidônea no seu quadro societário. Para as sociedades controladas o autor reconhece que a opção legislativa é discutível, mas conceitualmente defensável. O autor arremata indicando que o modelo adotado pelo FCPA, que determina ao não controlador a obrigação de zelar pela adoção de sistemas de controle adequado, a fim de isentar-se de responsabilidade por práticas ilegais da controladora, parece-lhe o mais adequado. No mesmo sentido, Barros (2014, p. 4), afirma: “Outro grande perigo está no estabelecimento da solidariedade entre pessoas jurídicas prevista no §2º, do art. 4º da Lei 12.846/2013. Nesse artigo a Lei mostra-se iníqua, quando responsabiliza por solidariedade as pessoas jurídicas coligadas e não é suficientemente clara quanto à responsabilidade solidária das consorciadas.”

²¹⁷ Carvalhosa (2015, p.60-62), apresenta rol não exaustivo de pessoas jurídicas, personificadas ou não, que são suscetíveis de aplicação da Lei Anticorrupção; entre todas as citadas pelo autor, destacam-se os partidos políticos, entidades filantrópicas e organizações não-governamentais (ONGs), que de alguma forma possa se envolver em atos puníveis pela norma e/ou que dele se beneficiem, ou simplesmente sirvam como instrumento para implementação de alguma fraude.

²¹⁸ Carvalhosa (2015, p. 57; p. 150-154).

O art. 2º da norma consagra da responsabilidade objetiva, porém, merece especial atenção a segunda parte que reconhece a responsabilidade objetiva das empresas pelos atos lesivos previstos na norma que tenham sido “praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Há aqui uma importante previsão na norma cuja interpretação será determinante na sua aplicação, especialmente para o reconhecimento da solidariedade entre as sociedades controladas, controladoras e coligadas. A demonstração do interesse da pessoa jurídica envolvida e/ou do benefício por ela recebido, seria, portanto, requisito para imputação de sua responsabilidade no âmbito da sociedade isolada, ou grupada.

Leite e Nobre (2015, p. 325), detectam o problema e afirmam que a análise do grau do benefício ou do interesse do ente jurídico envolvido seria critério importante para reconhecimento da solidariedade, e até mesmo da responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública. Os autores reconhecem que o §2º do art. 4º da Lei Anticorrupção deve ter sua leitura conjunta com o art. 2º da mesma lei, sendo assim, a aferição do interesse e/ou benefício recebido complementa os requisitos para imputação de responsabilidade²¹⁹.

Entre os pontos de inquietação, Pimentel Filho (2016, p. 61-66), destaca que o art. 2º deve ser interpretado de forma que o ato lesivo tenha sido praticado não apenas no interesse/benefício da empresa, mas por pessoa que de alguma forma lhe representava. Significa reconhecer que atos praticados por terceiros, colaboradores e/ou prestadores de serviço só poderiam atingir a empresa se realmente comprovado que foram praticados no interesse desta e por pessoas que de alguma forma lhe representava. Mesmo que inexistia vínculo formal entre o autor e a empresa, a incidência da norma seria possível, especialmente nos casos em que a empresa tenha ciência da irregularidade, mas não tomou nenhuma medida para evita-la (dever de prevenção)²²⁰.

O art. 3º da Lei Anticorrupção estabelece a autonomia entre a responsabilidade da pessoa jurídica e a possível condenação de seus dirigentes e administradores. Apesar da lei estabelecer a

²¹⁹ No mesmo sentido: Barros (2014, p. 257-266) e Carvalhosa (2015, p.170). Leite, Nobre (2014, p. 328-329), afirmam que a Lei Anticorrupção haveria criado uma nova modalidade de responsabilidade objetiva, ao determinar que além da conduta ilícita, também teria exigido que esta fosse realizada no interesse ou benefício da pessoa jurídica infratora.

²²⁰ Para Pimentel Filho (2016, p. 65), a Lei Anticorrupção teria sido tímida ao deixar de estabelecer que a existência de um programa de *compliance* sério e eficiente seja critério para isentar a empresa da aplicação de penas previstas na norma; argumenta que isto seria um incentivo às empresas para adoção de boas práticas corporativas. Concordamos com o autor e acrescentamos que tal previsão poderia significar um forte estímulo às companhias para não apenas implantar um sério programa de *compliance*, como também um eficiente sistema de monitoramento corporativo e treinamento de colaboradores. O autor ainda levanta o problema das empresas terceirizadas, questionando se um ato irregular desta poderia contaminar a empresa tomadora de serviços. Para o autor, o importante seria investigar no interesse de qual empresa referido ato foi praticado – caso tenha sido praticado no interesse da prestadora de serviços, não haveria motivos para responsabilizar a tomadora e nem seria lógica a sua responsabilização, pois, para o autor, prevaleceria a autonomia das pessoas jurídicas.

responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, com relação à pessoa física mantém a responsabilidade subjetiva, ou seja, na medida de sua culpabilidade²²¹. Também determina que a condenação da pessoa jurídica não prejudicará a responsabilidade da pessoa física, assim como a independência entre a responsabilização da pessoa jurídica e as pessoas físicas dos dirigentes e administradores. Temos assim, conforme a Lei Anticorrupção, dois cenários: (i) a responsabilidade objetiva para pessoa jurídica; e, (ii) a responsabilidade subjetiva para seus administradores e dirigentes, ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato lesivo²²².

Ultrapassados os três primeiros artigos da Lei Anticorrupção chega-se, enfim, ao art. 4º que, dentre outras questões, trata da responsabilidade solidária entre sociedades controladoras, controladas e coligadas. O caput do artigo, assim como o parágrafo primeiro, tratam de hipóteses de responsabilidade da pessoa jurídica após a realização de determinadas operações societárias e sucessão empresarial; não trata, portanto, da responsabilidade solidária em razão de grupamento societário, pois o tema é tratado especificamente no parágrafo segundo do art. 4º.

Em linhas gerais, a norma estabelece que a responsabilidade da pessoa jurídica permanece mesmo diante das seguintes hipóteses: (i) alteração contratual; (ii) transformação; (iii) incorporação; (iv) fusão; e, (v) cisão societária. Com exceção de hipóteses de comprovado intuito fraudulento e/ou simulação, o parágrafo primeiro determina que nas operações de fusão e incorporação a sucessora é responsável apenas pelo pagamento de multa e reparação integral do dano causado, no limite do patrimônio que lhe foi transferido, não lhe aplicando, portanto, as demais sanções previstas na Lei Anticorrupção, notadamente as sanções judiciais (art. 19), em razão de fatos ocorridos antes da data da operação societária²²³. Já o §2º do art. 4º da Lei Anticorrupção, determina que:

²²¹ Segundo Campos (2015, p. 165): “Além de dolo ou culpa, entende-se que os seguintes critérios também devem ser observados para aferir a culpabilidade dos dirigentes e administradores que lesionaram a Administração Pública, a fim de proporcionar-lhes uma sanção adequada: (i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito.”

²²² Oliveira (2017, p. 58), afirma que o art. 3º tem finalidade de deixar claro que as pessoas físicas não responderão objetivamente pelos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção.

²²³ Alves, Freitas (105, p.31-41), analisam o tema em artigo que objetiva a análise da responsabilidade solidária e por sucessão, previstas na Lei Anticorrupção; concluem que o tema ainda passará pela interpretação do Poder Judiciário e Administração Pública, até que se possa afirmar quais os limites da responsabilização das empresas, por outro lado, também afirmam que tais previsões provocam um aumento no escopo das auditorias necessárias em operações societárias, a fim de verificar a ocorrência de atos que possam impactar sociedades integrantes de grupo e/ou criar contingências na operação societária que se objetiva. Ainda sobre a responsabilidade solidária das hipóteses do §1º, art. 4º da Lei Anticorrupção: MARIANO, Álvaro A.C. Reflexões sobre a reorganização societária e a Lei Anticorrupção. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 Visões sobre a Corrupção**. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 565-596.

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

A solidariedade prevista na norma não faz nenhuma diferenciação entre controladoras, controladas e coligadas, ao contrário disso, determina sua responsabilidade pelo pagamento da multa e reparação integral do dano causado, independentemente da posição em que ocupem na relação grupada, de sua influência, benefício e/ou interesse nos atos lesivos eventualmente praticados.

Andrade (2014, p. 23-29), apresenta o histórico de tramitação da Lei Anticorrupção perante a Câmara Federal de Deputados e o Senado, assim como os pareceres dos Deputados Carlos Zarattini e Eduardo Cunha, demonstrando que a aprovação da responsabilidade solidária foi tema objeto de muita polêmica, apesar de pouco debate técnico sobre a questão jurídica posta. A autora, de forma resumida, afirma que a responsabilidade dos grupos econômicos passou por modificações em três categorias: (i) quanto aos sujeitos destinatários – as sociedades controladoras, controladas e consorciadas sempre permaneceram na norma, porém, houve tentativa de exclusão das solidariedade para as sociedades coligadas, permanecendo, porém, a redação que as incluiu; (ii) quando à natureza da responsabilidade – as tentativas de alteração da norma caminharam entre a responsabilidade subsidiária e solidária, permanecendo a última; e, (iii) quanto ao alcance – afirma que originalmente o projeto não previa a limitação da responsabilidade ao pagamento de multa e reparação integral do dano, ao contrário disso, o projeto não apresentava qualquer limitação.

A redação aprovada acabou por incluir as coligadas entre as responsáveis, aprovar a responsabilidade solidária e limitá-la ao pagamento da multa e reparação dos danos. Chama atenção a norma deixar de reconhecer qualquer diferenciação entre as sociedades integrantes do grupo, estabelecendo regras de responsabilização solidária pelo simples fato dele integrarem, sem reconhecer que as relações entre controladoras, controladas e coligadas possuem peculiaridades que não recomendariam o tratamento igualitário. Diante disso, nossa proposta é que se analise a questão da responsabilidade solidária sob a perspectiva de cada uma delas, contrapondo a determinação da Lei Anticorrupção com a dogmática de grupos.

3.2 Da responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção

O Código Civil trata da solidariedade entre os arts. 264 a 285, destacando-se as seguintes regras: (i) a solidariedade não pode ser presumida, obrigatoriamente decorre de lei ou da expressa vontade das partes (art. 265); (ii) a dívida solidária pode ser exigida de qualquer um dos devedores solidários, na sua integralidade, reservando-se ao que realizar a quitação o direito de regresso com relação aos demais devedores (arts. 275 e 283); e, (iii) se a dívida for do interesse exclusivo de apenas um dos devedores solidários, este deverá responder pela sua integralidade perante aquele que a pagou (art. 285).

Ao atender o disposto no art. 265 do Código Civil, a Lei Anticorrupção respeita o princípio da legalidade (OLIVEIRA, 2017, p. 75). Além disso, nos termos da norma, permite-se que diante da condenação de sociedades que mantenham relação de controle ou coligação, o Poder Público poderá cobrar a integralidade da dívida (multa e reparação dos danos) de qualquer um daqueles descritos no §2º do art. 4º, da Lei Anticorrupção. No âmbito interno do grupo caberá àquela sociedade que pagou a dívida cobrar o valor contra aquele que efetivamente praticou o ato de corrupção (LEITE, NOBRE, 2014, p. 321).

Há pontos de profunda perturbação em relação à solidariedade prevista na Lei Anticorrupção²²⁴. O primeiro deles seria a necessidade de participação das empresas no processo administrativo sancionador (CARVALHOSA, 2015, p. 168-173). A natureza sancionadora da norma implica na necessária participação de todas as sociedades no processo administrativo sancionador, para que se permita a extensão da condenação entre as sociedades²²⁵.

Vale lembrar que ao apresentar o histórico da formação da sociedade isolada, demonstramos como foi emoldurado o modelo societário que reconhece a separação patrimonial e a autonomia de interesses entre a sociedade e seus sócios e que, a partir da limitação da responsabilidade dos sócios em relação às obrigações assumidas pela pessoa jurídica, tornou-se importante instrumento do empreendedorismo e desenvolvimento, havendo

²²⁴ Hage Sobrinho (2014, p. 37-55), ao listar questões controversas da Lei Anticorrupção, expressamente indica no item 10 (p. 53), os “limites e condições da extensão da responsabilidade a controladoras, controladas, coligadas, consorciadas, incorporadas e nos casos de fusão de empresas”.

²²⁵ Nas palavras do autor: “Dessa forma, somente podem ser condenadas no devido processo penal-administrativo, as pessoas jurídicas controladas, controladoras ou coligadas se elas efetivamente integraram a prática dos delitos de corrupção praticados no âmbito do grupo econômico ou social de que participam” (CARVALHOSA, 2015, p. 170). No mesmo sentido: Oliveira (2017, p. 75), reconhece a necessidade de participação das pessoas jurídicas solidariamente responsáveis, no processo administrativo sancionador. Apesar disso, é questionável qual seria a possibilidade de defesa da controladora ou da própria controlada, se a responsabilidade solidária é imposta pela simples participação societária (controle ou coligação), ou seja, não há qualquer necessidade de investigação da conduta ou interesse, caso seja admitido o modelo proposto.

quem afirme que a responsabilidade limitada seria a pedra fundamental do direito das sociedades²²⁶. Diante disso, ficou demonstrado que as hipóteses de rompimento da separação patrimonial entre sócios e sociedades – desconsideração da personalidade jurídica – são reservadas para situações bastante restritas e objeto de severas críticas²²⁷.

Também tratamos do conceito de sociedade controladora, controladas e coligadas, e, apresentamos a direção unitária²²⁸ como possível critério para identificação de grupo e imputação de responsabilidade, já adotado em jurisprudência (DINIZ, 2016, p.178). Afirmamos que o modelo de responsabilidade perante credores externos adotado pela Lei das S.A. (art. 266), trata as sociedades integrantes do grupo como entes autônomos e centros independentes de imputação de responsabilidade (DINIZ, 2014, p. 157), razão pela qual, a extensão de responsabilidade dependeria da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou, pela adoção critério legal de responsabilização que rompesse com o modelo autônomo²²⁹ - casos trabalhista, direito do consumidor e concorrencial, por exemplo.

Entretanto, o que se observa é que até mesmo a hipótese trabalhista de extensão de responsabilidade às empresas grupadas é objeto de sensível polêmica²³⁰ (MAGANO, 1978, p. 239), especialmente nos critérios para definição de grupo econômico. O Projeto de Lei 6.787, de 2016²³¹, propõe o acréscimo do §3º ao art. 2º da CLT, impondo critérios complementares para identificação do grupo econômico. Segundo a proposta, a caracterização de grupo econômico não dependeria apenas da identidade de sócios (aspecto subjetivo (societário) para identificação da relação de controle e/ou coligação).

²²⁶ Sobre o tema: Holanda (2008, p. 28); Cunha (2013, p. 376 e 407). Em sentido contrário, ou seja, propondo que a responsabilidade ilimitada contribuiria para uma melhora no ambiente de empresarial (HANSMAAN; KRAAKMAN; 2012, 255)

²²⁷ Antunes (2012, p. 10): afirma que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é comparável ao diagnóstico médico que, diante da impossibilidade de sua conclusão, afirma que o paciente possui uma virose e lhe prescreve uma aspirina. Críticas no mesmo sentido são observadas em Oliveira (1979, p. 596), para quem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não permitiria a obtenção de resultados duradouros e profundos.

²²⁸ Reconhecemos, contudo, que a direção unitária não é critério legal para identificação de grupos societários perante a legislação brasileira, pois, nesta, o controle, de fato ou convencional, é o critério determinante para identificação do modelo grupado. Nota 108.

²²⁹ Demonstramos, também, que o modelo atende ao II PND e foi expressamente mencionado na Exposição de Motivos n.º 196, de 24 de junho de 1976 (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis/anexos/EM196-Lei6404.pdf>> Acesso em 02 mar. 2017).

²³⁰ A ampla regra de responsabilidade solidária prevista no Direito Concorrencial (art. 33, da Lei 12.529/2011), também é objeto de críticas tanto em razão da amplitude de sua aplicação (FRAZÃO, 2017, 311-314), como em razão do polêmico critério para definição de grupo econômico para efeitos da aplicação da Lei Antitruste (FRAZÃO, 2017, p. 173).

²³¹ Trata-se da denominada Reforma Trabalhista (projeto de lei nº 6787/2016), que recentemente recebeu parecer substitutivo do relator, o deputado Rogério Marinho (PSDB-RN). BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 2016 (Subemenda Substitutiva Global). Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BxLfUqyUbMSXYXhVWEI1UU1pGVWs/view>>. Acesso em 14 mai. 2017.

O projeto determina que o reconhecimento de grupo econômico dependeria da demonstração de interesse integrado e atuação conjunta, ou seja, também no âmbito das relações trabalhistas os critérios do controle e da direção econômica unitária começam a aparecer, de maneira conjunta, como resposta à insegurança do modelo anterior²³². É um evidente ajuste da norma pela influência da realidade das sociedades grupadas, permite-se, dizer, um reconhecimento de que a aplicação ampla da extensão da responsabilidade está descolada da realidade deste arranjo societário.

Para a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a mera existência de grupo econômico também não implicaria em automática responsabilidade solidária nos casos de dívidas previdenciárias (MELO, 2013, p. 52-53), em que pese a elástica redação do inciso IX, do art. 30 da Lei nº 8.121/91. No âmbito tributário o STJ também já definiu, por meio da 1ª Seção, que a mera participação em grupo econômico não seria motivo suficiente para extensão de responsabilidade entre as sociedades que dele integram; haveria necessidade da participação conjunta na situação que teria configurado o fato gerador (MELO, 2013, p. 53-54), ou seja, surge novamente a necessidade da comprovação do interesse comum entre a sociedade devedora principal e a outra que pertence ao mesmo grupo. Esses exemplos demonstram que a interpretação jurisprudencial da responsabilidade solidária no âmbito das sociedades grupadas acaba por recorrer à direção unitária como critério para permissão da extensão de responsabilidade, algo já detectado por Diniz (2016, p.178).

No capítulo 2.3.4, apresentamos as principais estratégias para imputação de responsabilidade entre sociedades grupadas que, em resumo, são os seguintes modelos regulatórios: (i) modelo norte americano (*entity law approach*); (ii) modelo europeu (*enterprise approach*); e, (iii) modelo alemão (*dualista approach*) (ANTUNES, 2012, p. 205). Nestes modelos, que variam entre a completa autonomia entre as sociedades grupadas (modelo norte americano) e a automática responsabilidade da sociedade controladora (modelo europeu), não se identifica nenhum critério que se aproxime da ampla e imprecisa responsabilidade prevista na Lei Anticorrupção²³³.

Todo esse contexto permite-nos afirmar que o modelo de responsabilidade adotado pela Lei Anticorrupção, que reconhecemos como uma norma de caráter sancionador, merece maior reflexão para que sejam estabelecidos critérios para imputação de responsabilidade no

²³² Conforme Projeto de Lei n.º 6.787/2016, segue a proposta de redação do §3º, art. 2º da CLT: “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

²³³ Cascione, Ribeiro (2015, p. 15), afirmam que o modelo proposto pela Lei Anticorrupção pode dar margens a interpretações irrazoáveis na extensão de sua aplicação.

âmbito da sociedade grupada, abandonando-se a solidariedade decorrente na mera posição societária²³⁴. Seria recomendável, portanto, a investigação da realidade do grupo (da forma como é exercido o controle), do grau de independência dos órgãos deliberativos e diretivos das sociedades controladas e coligadas, das práticas e valores impostos pela controladora, para então se permitir a extensão da responsabilidade entre elas.

Não é demais recordar que a compartimentação e limitação da responsabilidade das sociedades grupadas permite que o empreendedor possa diversificar seus riscos, bem como assegurar o limite do capital que pretende arriscar em determinado empreendimento; essa limitação é desejável e não pode ser vista como um benefício exclusivo ao empreendedor, pois também atende aos interesses dos credores, facilitando a mensuração dos riscos do crédito, permitindo-lhes analisar seus riscos a partir da situação patrimonial da sociedade com a qual contratam diretamente, sem a necessidade de investigação da situação patrimonial e riscos que envolvem o grupo todo (VIO, 2016, p.85-91)²³⁵.

Os pontos acima levantados reforçam o entendimento de que a responsabilidade solidária, e até mesmo a subsidiária no âmbito dos grupos societários, não se apresentam como as estratégias mais eficientes para enfrentamento do problema – talvez seja mais uma aspirina diante do incompleto diagnóstico de virose (ANTUNES, 2012, p. 10). Além disso, ao reconhecer o crescente aumento do processo de concentração empresarial e a dimensão que determinados grupos alcançaram, a possibilidade de que a crise de determinada empresa do grupo possa afetar todo ele, é tema relevante para a comunidade e também para os investidores (VIO, 2016, p. 365)²³⁶ – basta verificar o número de funcionários empregados por empresas organizadas de maneira grupada (capítulo 2.2.1.). Em conclusão, o mesmo autor chega a afirmar que “tocar na limitação da responsabilidade da sociedade acionista significa atingir a principal razão de existir dos grupos” (VIO, 2016, p. 366).

²³⁴ O modelo de responsabilidade solidária da Lei Anticorrupção apresenta riscos tanto para investidores que pretendem adquirir o controle ou participação significativa em sociedades integrantes de grupo, como também para sociedades que venham a receber algum tipo de investimento, seja por meio de aquisição de controle ou participação significativa, pois também podem vir a responder pela reparação de danos e multas impostas ao seu novo controlador, ou sociedade que venha a integrar seu grupo (CORRADINI, RODRIGUES, 2015, p. 87). Vio (2016, p. 367), ao tratar de hipóteses de abusos realizados no âmbito do grupo como causas justificadoras da modificação do centro de imputação de responsabilidade, atribui importância à conduta, não ao simples fato de integrarem o grupo: “Porém, mesmo nestas hipóteses, é a conduta que releva, não a pertinência ao grupo *per se*”.

²³⁵ Vio (2016, p. 91), chega a afirmar a existência de verdadeiro “interesse público” na limitação da responsabilidade das sociedades grupadas, que atua como incentivo ao empreendedor para diversificação de investimentos e participação em projetos de risco maior.

²³⁶ Vio (2016, p. 366), apresenta interessante conclusão ao afirmar que na hipótese de falência de uma sociedade controladora, os principais beneficiados pela separação patrimonial são justamente os credores das sociedades controladas. Talvez seja interessante complementar tal conclusão com a necessária investigação de inexistência de atitudes, por parte da controladora, que a submetam em risco excessivo em benefício de determinadas controladas.

Diante desse cenário, o que se pretende demonstrar é que a limitação de responsabilidade não necessita ser tratada como uma condição absoluta e inafastável, mesmo diante de abusos. O que se busca é o reconhecimento de que a mera condição subjetiva, ou seja, a mera posição de sócio integrante de grupo, seja controlador, controlado e/ou coligado, não é elemento único e suficiente para que se imponha mecanismos de responsabilização solidária ou subsidiária (VIO, 2016, P. 366-367), razão pela qual, os critérios trazidos pela Lei Anticorrupção se mostram insuficientes e até mesmo inadequados, diante da realidade das empresas grupadas²³⁷.

No caso específico da Lei Anticorrupção, a investigação da conduta das sociedades poderia se apresentar, assim, como o elemento capaz de atrair responsabilidade às sociedades integrantes do grupo. A conduta não deve analisada com os olhos voltados apenas aos atos lesivos previstos na norma, mas, também, a partir das características do grupo, da maneira como a sociedade se comporta perante este, conforme a posição que ocupe: controladora, controlada e coligada. Em alguns casos a forma de exercício do controle e a direção unitária se apresentarão como critério iniciais a definir a possibilidade de extensão, ou não, da responsabilidade no âmbito da Lei Anticorrupção.

Diniz (2016, p. 191-213), ao investigar as hipóteses de extensão da falência da sociedade controlada à controladora, reconhece a necessidade de se avançar sobre a conduta da sociedade controladora perante a controlada e o quanto isso teria sido determinante na crise desta. Os seguintes fundamentos são apresentados: (i) juridicização do controle, que o autor apresenta acompanhado por abuso no exercício do poder, subcapitalização, confusão patrimonial e exercício da direção unitária de maneira desleal; e, (ii) averiguação da causa gerada pela sociedade controladora, que o autor decompõe nas hipóteses de (a) atuação em conflito de interesses, (b) abuso de poder de controle e (c) responsabilidade pela direção unitária.

No sentido inverso, ou seja, extensão da falência da controladora à controlada, a “falência da sociedade controladora, em princípio, não repercutirá na sociedade controlada” (DINIZ, 2016, p. 223-224) – o autor prossegue indicando que a integração patrimonial e a

²³⁷ Cascione, Ribeiro (2015, p. 15), demonstram forte preocupação com as interpretações que serão dadas à responsabilidade solidária prevista no §2º, do art. 4º da Lei Anticorrupção; suas críticas são direcionadas à ausência de critério para extensão da responsabilidade, bem como ao conceito de grupo econômico admitido pela lei, argumentando a norma permitirá a “responsabilização de qualquer empresa que componha a estrutura societária em que se insere a pessoa jurídica abrangida”. No mesmo sentido: “A responsabilização objetiva e solidária de empresas do grupo econômico extrapola os limites da legalidade do direito penal e administrativo sancionador, e até mesmo da razoabilidade, na medida que penaliza terceiros, civil e administrativamente, independente da existência de qualquer nexo de causalidade, como coparticipação, conhecimento ou negligência” (SPERCEL, 2014, p. 288).

condição financeira entre as sociedades também são elementos que poderão determinar a possibilidade de extensão da falência²³⁸.

Retomando a análise da Lei Anticorrupção, o primeiro passo, portanto, seria admitir que a previsão do §2º do art. 4º, para imputação da responsabilidade solidária (mera relação de controle ou coligação), é um critério distante da realidade dos grupos e que, portanto, deveria ser reconfigurado para que melhor atenda essa realidade; em outras palavras: não se deve admitir tratamento idêntico para realidades completamente distintas – controle e coligação. Por outro lado, a proposta de extensão de responsabilidade no âmbito da Lei Anticorrupção não pode perder de vista o interesse/benefício auferido pela pessoa jurídica (art. 2º), assim como a medida do envolvimento daqueles que se apresentam na posição de controle (§2º, art. 3º²³⁹).

Spercel (2014, p. 284-287), ao tratar do FCPA, afirma que a norma não admite a transmissão automática à controladora das punições aplicáveis à controlada²⁴⁰; segundo o autor, a controladora só poderá ser responsabilizada por atos de sua controlada nos casos em que autorize, direcione ou participe das atividades ilícitas. Resumidamente ele apresenta os seguintes critérios para imputação de responsabilidade do controlador por atos de sua controlada: (i) a participação no ato de corrupção, seja de forma direta ou por meio de autorizações para que a controlada pratique os atos; e, (ii) o conhecimento efetivo do pagamento com intenção de subornar, ou o desconhecimento intencional. Ainda conforme o autor, a mera negligência da controladora não seria suficiente para extensão da responsabilidade.

O autor prossegue com críticas à imprecisão e amplitude da Lei Anticorrupção, destacando que haveria um equívoco ao deixar de definir a aplicação das sanções às sociedades

²³⁸ Conforme Diniz (2016, p. 224): “Uma sociedade controlada solvente, em condições financeiras equilibradas e sem depender de capitalização ou compensações da sociedade controladora, por via de regra, não é afetada pela falência e deve ser preservada como unidade produtiva”.

²³⁹ Não passa despercebido que a redação do §2º do art. 3º da Lei Anticorrupção, ao determinar a responsabilidade da pessoa física na “medida da sua culpabilidade”, trata, no início de “dirigentes e administradores”, que, na realidade, estão diretamente relacionados à gestão e controle da sociedade.

²⁴⁰ Conforme guia produzido em conjunto pelo U.S. Department of Justice (DOJ) e pela U.S. Securities Exchange Commission (SEC), denominado *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, a questão da responsabilidade entre controladoras e controladas segue o modelo tradicional de responsabilidade corporativa, ou seja, prevalece a autonomia e independência entre as sociedades integrantes do grupo, sendo a hipótese de extensão de responsabilidade restrita a situações específicas nas quais o DOJ e o SEC avaliam a participação da controladora no ato punível, seja de maneira direta ou por meio de ordens, ou, conforme o exercício do controle, ou seja, conforme o nível de conhecimento da controladora e direção das atividades de sua controlada: “*General principles of corporate liability apply to the FCPA. Thus, a company is liable when its directors, officers, employees, or agents, acting within the scope of their employment, commit FCPA violations intended, at least in part, to benefit the company. Similarly, just as with any other statute, DOJ and SEC look to principles of parent-subsidiary and successor liability in evaluating corporate liability. There are two ways in which a parent company may be liable for bribes paid by its subsidiary. First, a parent may have participated sufficiently in the activity to be directly liable for the conduct—as, for example, when it directed its subsidiary’s misconduct or otherwise directly participated in the bribe scheme. Second, a parent may be liable for its subsidiary’s conduct under traditional agency principles. The fundamental characteristic of agency is control*” (2012, p. 27).

grupadas na medida de sua participação nos atos lesivos praticados (SPERCEL, 2014, p. 288-289). Por fim, o autor propõe mudança na Lei Anticorrupção, sugerindo que: (i) a extensão da responsabilidade decorrente da relação de controle ou coligação deveria ser subjetiva, ou seja, na medida da culpabilidade das pessoas jurídicas que se pretende punir; (ii) dentro do modelo de responsabilidade subjetiva, o autor propõe a inversão do ônus da prova cabendo às sociedades que integram o grupo comprovarem (a) que não tinham conhecimento e/ou envolvimento na prática dos atos ilícitos, (b) que se empenharam na instituição de políticas internas de controle e conformidade (*compliance*), e, (c) houve esforço para prevenção destes atos lesivos; por fim, (iii) o autor propõe que a responsabilidade seja sempre subsidiária.

Sobre outro ângulo, a questão pode ser posta da seguinte maneira: uma sociedade A é condenada ao pagamento de multa e indenização à Administração Pública em razão da prática, no seu exclusivo interesse, de ato lesivo ao patrimônio público. Supondo que essa sociedade integre determinado grupo econômico, e que na composição de seu capital social exista uma sociedade B que detenha 20% das quotas e/ou ações de sua titularidade – coligada, portanto, mesmo que B exerça pouca ou até mesmo nenhuma influência na tomada de decisões da sociedade A e, mesmo que B não tenha obtido qualquer benefício em razão desses atos, na redação atual da Lei Anticorrupção a sociedade B poderá vir a ser responsabilizada pela penalização decorrente de atos que não tinha sequer como intervir e/ou evitar, ou tenha tido qualquer influência (BARROS, 2014, p. 263)²⁴¹.

Em continuidade às críticas ao modelo adotado pela Lei Anticorrupção, apresenta-se interessante o questionamento sobre qual o momento para identificação da relação de coligação e controle, a fim de imputar responsabilidade solidária. A relação de controle ou coligação deve ser avaliada conforme a realidade do momento do ato lesivo, ou conforme o momento da punição? A norma não apresenta qualquer solução para esse problema²⁴², ou seja, é omissa em relação à definição do marco temporal para atribuição de responsabilidade (CASIONE, RIBEIRO, 2015, p. 15).

²⁴¹ Ainda Barros: (2014, p. 263): “É absoluta iniquidade da lei: penalizar-se quem não se beneficiou nem ao menos indiretamente do ato lesivo, no qual não tinha qualquer interesse, do qual não teve conhecimento e nem tinha o menor poder de impedi-lo.” No mesmo sentido, Vio - artigo publicado no Valor Econômico, p. E2, em 20 de novembro de 2014 – questiona a responsabilidade solidária para sociedades controladas e coligadas, argumentando, justamente, que a atribuição de responsabilidade pela simples coligação, seria algo ilógico, pois em muitos casos a sociedade coligada não teria condições de impedir determinados atos, nem mesmo a participação de uma empresa inidônea no seu quadro societário.

²⁴² Corradini, Rodrigues (2015, p. 87), opina que a solidariedade deve ser atribuída à sociedade que integre o grupo no momento da infração. Também nos parece que essa é a solução mais adequada, entretanto, justamente por não acreditar que seja adequada a responsabilidade solidária amparada apenas no critério subjetivo, é que entendemos que essa questão pode se tornar secundária a partir da admissão de critérios adicionais para imputação da responsabilidade solidária.

A ausência de tratamento para esse tema reforça nosso entendimento de que a Lei Anticorrupção pouco se preocupou com a adoção de critérios para imputação de responsabilidade e que isso pode causar um sério desvirtuamento na forma de sua aplicação. Nesse cenário, acreditamos que há necessidade de evolução da questão para que as companhias integrantes de formações grupadas possam responder por punições na medida de sua efetiva capacidade de influenciar, prevenir e/ou se beneficiar de atos lesivos praticados no âmbito do grupo que participam.

3.2.1 Dos critérios para aplicação da responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção

A regra da solidariedade prevista na Lei Anticorrupção deve ser interpretada em harmonia com os demais artigos da norma, especialmente a regra prevista no art. 2º que reconhece no âmbito da Lei Anticorrupção que as pessoas jurídicas serão objetivamente responsabilizadas pelos atos que tenham sido praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Assim, uma sociedade controlada, controladora ou coligada²⁴³ será responsável solidária por atos praticados por outra sociedade integrante do grupo, caso o ato lesivo tenha sido praticado também em seu benefício ou interesse (DEMATTE, 2014). Nestes casos, é justificável que tanto a multa como a reparação dos danos causados sejam solidariamente devidos entre as sociedades beneficiadas/interessadas no ato²⁴⁴.

Por outro lado, a comprovação do interesse/benefício é questão de complicada análise no âmbito das sociedades grupadas, posto que há hipótese de uma controladora não receber um benefício direto por um ato lesivo praticado por uma de suas controladas, mas incentivá-lo, ou até mesmo se omitir no seu dever de fiscalização, para obtenção de outros benefícios como, por exemplo, o fornecimento de determinados insumos por meio de outra sociedade controlada, ou até mesmo benefícios indiretos relacionados às suas receitas e posicionamento

²⁴³ Vale aqui uma outra ressalva: diferentemente de outras normas como, por exemplo, a CLT e a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei Anticorrupção não utiliza o termo “grupo empresarial”, “grupo econômico”, ou “grupo de empresas”, preferindo a utilização das expressões controladora, controlada, coligada e consorciada. Essa opção permite a aplicação muito ampla da solidariedade, sem a necessidade de investigação da integração econômica das sociedades passíveis de punição, uma vez que a identificação do controle ou coligação, independem de verificação de unidade econômica. De alguma forma a Lei Anticorrupção se filiou ao modelo de responsabilidade pretendido pelo *enterprise approach (liability without power)*, prescindindo de integração econômica entre as sociedades, ou seja, buscou-se o modelo mais amplo de responsabilidade, sem qualquer restrição à sua aplicação.

²⁴⁴ Talvez nesses casos a análise da relação grupada acabe ficando até mesmo em segundo plano, uma vez que o elemento norteador para aplicação da responsabilidade solidária seria composto pelo binômio interesse/benefício, ou seja, talvez nem se trate de responsabilidade solidária, mas de responsabilidade direta da sociedade integrante do grupo, por coautoria com as demais.

no mercado. Assim, a hipótese do interesse/benefício deve prevalecer, mas não pode ser a única determinante para imputação da solidariedade, é necessário avançar²⁴⁵.

Ultrapassada essa questão, em caso de ato lesivo praticado por sociedade integrante de grupo, o primeiro passo é justamente a identificação do grupo societário e suas respectivas características, considerando-se tanto a relação de controle/subordinação, como a direção unitária, bem como, no caso dos grupos de direito a existência da convenção; é importante que a autoridade pública identifique qual o tipo de grupo societário se trata e a maneira como as relações internas são conduzidas, ou seja, se trata de grupo centralizado ou descentralizado, se o poder de comando é exercido de forma intensa e todas as sociedades são efetivamente dominadas pela controladora, ou se há relativa independência na tomada de decisões e autonomia de cada uma das sociedades que integram o grupo²⁴⁶.

Assim, a imputação da responsabilidade solidária, em princípio, seguiria o modelo²⁴⁷ proposto por Diniz (2014, p. 163), com os devidos ajustes em razão da natureza penal da Lei

²⁴⁵ Antunes (2002, p. 585-592), aponta hipóteses de responsabilidade solidária do acionista controlador, dividindo-as em dois grupos de casos: (i) situações de responsabilidade do sócio controlador por culpa *in elegendo* – situações em que membros dos órgãos de administração de uma controlada incorram em responsabilidade perante esta ou seus acionistas minoritários, a controladora poderá ser responsabilizada solidariamente caso ocorra circunstâncias que demonstrem culpa da controladora na escolha dos membros do órgão da administração, desde que tenha existido oposição dos demais sócios na sua escolha; (ii) situações de responsabilidade do sócio controlador por culpa *in instruendo* – situações em que os membros do órgão da administração de uma sociedade dominada incorram em responsabilidade perante esta ou seus acionistas minoritários, a controladora poderá se tornar solidariamente responsável quando ficar comprovado que, muito embora ela seja detentora de poderes suficiente para destituir esse administrador ou gerente, tenha utilizado seu poder para orientar o ato que tenha dado origem à responsabilidade, ou tenha se omitido com relação ao mesmo – nesse caso, específico, Antunes aponta severas críticas, especialmente pela omissão da lei em delimitar o âmbito da determinação para prática ou omissão de ato ilícito, nas palavras do autor: “devem, assim, considerar-se como aqui abrangidos indistintamente, não apenas os casos de instruções directas a este, mas também os de simples conselhos, pareceres, recomendações”. O ajuste na aplicação dessa responsabilidade solidária passará, inevitavelmente, pela análise do caso concreto.

²⁴⁶ De alguma forma, busca-se o aprimoramento da regra a partir da observação da realidade (FORGIONI, 2009, p. 106), ou seja, deve-se considerar a realidade dos grupos societários para, então, concluir pela conveniência, ou não, da responsabilidade solidária.

²⁴⁷ Outro modelo de atribuição de responsabilidade às sociedades grupadas, também utilizado como referência em nossa proposta, é aquele apresentado por Munhoz (2002, p.287-312). Inicialmente o autor sugere a divisão dos grupos de sociedades em seis formas distintas, conforme o que veio a denominar como tipologia do poder de controle, são elas: (i) grupo totalitário; (ii) grupo majoritário individual absoluto e minoritário individual absoluto; (iii) grupos majoritário individual simples e minoritário individual simples; (iv) grupos majoritário conjunto absoluto e minoritário conjunto absoluto; (v) grupos majoritário conjunto simples e minoritário conjunto simples; e, (vi) grupo externo. Na sequência, utilizando-se como norte o binômio poder empresarial e responsabilidade (risco), o autor propõe um modelo de responsabilidade para as sociedades organizadas na forma de grupos anteriormente dividida, que utiliza como princípio, ou “linha mestra”, a seguinte premissa: “quanto maior a concentração e a estabilidade do poder de controle, mais rígidas as normas de proteção a minoritários e credores” (MUNHOZ, 2002, p. 292). Dito isso, o autor parte da proposta de um modelo de responsabilidade subsidiária, ilimitada e automática da controladora por dívidas da controlada para os casos de controle totalitário (subsidiária integral), sendo que esse modelo de responsabilidade vai sendo flexibilizado conforme haja diminuição na concentração do poder de controle, permitindo-se a isenção de responsabilidade da controladora quando possível comprovar ausência de subordinação de interesses da controlada perante a controladora e nexos causal entre a obrigação devida e atos da controladora que possam configurara abuso de poder de controle.

Anticorrupção e suas punições: (i) multa; e, (ii) reparação de dano. Deve-se reconhecer, então, que a responsabilidade solidária buscará investigar a conduta da sociedade controladora e sempre será verticalizada, ou seja, buscará a relação controladora e controlada, sendo a hipótese de responsabilidade solidária entre sociedades coligadas restrita aos casos específicos em que estas tenham ciência da prática do ato lesivo, atuado de maneira conjunto e de alguma forma tenham se beneficiado deste²⁴⁸.

Tratando-se inicialmente das sociedades coligadas, Vio (2014, p. E2), defende que seria “injusto e ilógico” atribuir responsabilidade solidária às sociedades coligadas no âmbito da Lei Anticorrupção²⁴⁹; justifica que em diversas situações a sociedade coligada, seja ela investidora ou investida, não teria condições de impedir, uma à outra, a prática do ato lesivo que venha a ser adotado pela outra sociedade. O autor aponta, enfim, que o mais justo seria a adoção do modelo proposto pelo FCPA, que determina que o investidor não controlador tem o dever de zelar para que a sociedade adote mecanismos internos para detecção e prevenção de atos lesivos²⁵⁰. Acrescenta que em caso de companhias abertas, por exemplo, estas não têm como impedir que uma sociedade sabidamente inidônea venha a adquirir parte de suas ações apta a configurar coligação. Essa aquisição, na leitura fria da Lei Anticorrupção, permitiria a

²⁴⁸ Castilho, Dipp (2016, p. 36-37) ao avaliarem a responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção, afirmam que seria apenas para a controladora em razão de atos praticados por suas controladas, que o contrário não seria possível, ou seja, as controladas não seriam responsáveis solidárias por atos praticados por suas controladoras. De certa maneira, os autores estão atribuindo solidariedade a partir do centro de poder empresarial, nunca o contrário, ou seja, prestigiam o binômio poder e responsabilidade.

²⁴⁹ Heinen (2015, p.108) apresenta opinião divergente ao reconhecer a validade da solidariedade imposta pela Lei Anticorrupção às sociedades coligadas. O autor defende que isso decorreria do risco do capital investido e, portanto, essas punições deveriam ser suportadas pelos investidores; além disso, também afirma que não haveria necessidade de comprovação de benefício direto da coligada e que, no caso de sua participação no ato lesivo ela seria solidariamente obrigada ao pagamento da multa e reparação do dano, bem como às demais punições impostas com base na norma. Discordamos no autor, pois entendemos que o risco do capital investido é justamente o valor que determinado agente econômico decidiu aportar em algum negócio e, o mero investimento não poderia justificar, portanto, a extensão de responsabilidade autônoma da pessoa jurídica punida à sociedade coligada.

²⁵⁰ A hipótese é confirmada no *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, guia produzido em conjunto pelo *U.S. Department of Justice (DOJ)* e pela *U.S. Securities Exchange Commission (SEC)*, que ao tratar da incidência do FCPA pelas provisões contábeis entre sociedades expressamente reconhece que nas hipóteses de coligação, ou de participação minoritária (sem controle, portanto), a sociedade deve zelar para que as demais desenvolvam e mantenham um sistema eficiente de controle interno, sendo certo que circunstâncias como as leis locais e o nível de poder que a sociedade exerce sobre as demais, são levadas em conta na avaliação do DOJ e da SEC para eventual punição. Conforme o original: “*Companies may not be able to exercise the same level of control over a minority-owned subsidiary or affiliate as they do over a majority or wholly owned entity. Therefore, if a parent company owns 50% or less of a subsidiary or affiliate, the parent is only required to use good faith efforts to cause the minority-owned subsidiary or affiliate to devise and maintain a system of internal accounting controls consistent with the issuer’s own obligations under the FCPA. In evaluating an issuer’s good faith efforts, all the circumstances—including the relative degree of the issuer’s ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located—are taken into account.*”

aplicação da responsabilidade solidária da companhia investida em razão de atos lesivos praticados pela investidora²⁵¹.

Vale lembrar que nenhum dos modelos de responsabilidade entre sociedades grupadas que foram apresentados por Antunes (2012, p. 10-12), imputa responsabilidade à coligada em razão de sua posição no grupo, pois a relação de domínio é o critério que fundamenta a extensão da responsabilidade; entre eles, o (i) modelo norte americano (*entity law approach*); (ii) modelo europeu (*enterprise approach*); e, (iii) modelo alemão (*dualista approach*), apenas o modelo europeu admite a responsabilidade automática da controladora por atos praticados pelas demais sociedades que integram o grupo, com a ressalva de que a sociedade controladora, ou dominante, é que responde pelos atos da controlada, ou dominada – o fluxo da responsabilidade segue a busca por quem exerce o poder, confirmando a adequação do modelo proposto por Diniz (2014, p. 163).

O modelo norte americano se assenta no princípio da autonomia societária e admite a responsabilidade da controladora por atos de sua controlada apenas em hipóteses restritas, fundamentadas na desconsideração da personalidade jurídica²⁵² – a principal crítica a esse modelo, lembre-se, é a hipervalorização da independência jurídica das sociedades acompanhada de uma visão omissa em relação à unidade econômica formada pelo grupo, e a insegurança pela casuística utilizada na aplicação da desconsideração. Quanto ao modelo dualista, este admite a utilização do “critério” utilizado pelo modelo europeu para responsabilidade em grupos de direito (responsabilidade da controladora por atos da controlada), e o modelo norte americano para os grupos de fato (autonomia jurídica que só é rompida em casos de abuso de controle).

Já mencionamos a inspiração alemã (modelo dualista) do marco regulatório brasileiro sobre grupos societários, assim como a ausência de regras específicas que justifiquem a responsabilidade de sociedades grupadas perante terceiros credores. Há, nesse ponto um

²⁵¹ Barros (2014, p. 264), ao criticar essa mesma disposição com relação às coligadas, é enfático ao afirmar: “Estabelecer-se responsabilidade solidária, para sociedade coligada ou consorciada, por ato lesivo à administração pública, que não tenha sido praticado por agente seu nem se evidencie ser de seu interesse, fere de morte o princípio da razoabilidade e, por certo, essa solidariedade não será reconhecida por nossos tribunais”. Ainda no intuito de justificar a impossibilidade de manutenção da responsabilidade solidária para sociedades coligadas, o autor prossegue afirmando que seria fora de propósito responsabilizar uma pessoa jurídica pelo ato de outra, do qual não teve nenhuma participação, benefício e não teria condições de influenciar para que não fosse realizado.

²⁵² Isso justifica o entendimento de que o FCPA não autoriza a transmissão automática de obrigações em sociedades integrantes de grupo, seguindo, portanto, o modelo tradicional de responsabilidade corporativa, ou seja, prevalece a autonomia e independência entre as sociedades integrantes do grupo, sendo a hipótese de extensão de responsabilidade restrita a situações específicas nas quais o DOJ e o SEC avaliam a participação da controladora no ato punível: (a) ações diretas por meio de ordens às controladas; (b) nível de conhecimento da controladora e direção das atividades de sua controlada.

conflito entre a responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção para sociedades coligadas, e o tratamento autônomo reconhecido na Lei das S.A. Diante disso, buscamos inicialmente observar em quais hipóteses a Lei das S.A. permitiria a responsabilidade solidária, são elas: (i) §6º, art. 8º; (ii) §2º, art. 74; (iii) parágrafo único, art. 92; (iv) art. 99; (v) art. 107 e 108; (vi) §2º, art. 117; (vii) §§ 2º, 4º e 5º, art. 158, (viii) art. 265; (ix) §1º, art. 201; (x) arts. 231 e 233; (xi) §6º, art. 244; e, (xii) §1º, art. 278.

Além das hipóteses acima indicadas, no caso das sociedades em comandita por ações, previstas nos arts. 280 e seguintes da Lei das S.A., há expresse reconhecimento de responsabilidade solidária entre a sociedade e os (i) acionistas cujo nome estejam indicados na firma ou razão social da companhia (art. 281), e, (ii) hipóteses de responsabilidade solidária para sócios diretores e gerentes (art. 282). Vale ressaltar que nos casos das sociedades em comandita por ações, apenas os sócios é que podem exercer os cargos de administração, por expressa previsão do art. 282, assim, a solidariedade decorre de previsão legal cujo fundamento é o exercício do poder de administração.

Retomando aos demais artigos da Lei das S.A. que tratam da responsabilidade solidária, é possível realizar a seguinte classificação: (i) os arts. 92, 107 e 108, atribuem responsabilidade solidária ao fundador e acionistas, para hipóteses específicas de prejuízos gerados pelo descumprimento, com culpa ou dolo, de obrigações legais a eles imputáveis em circunstâncias específicas²⁵³ e no caso de não integralização das ações subscritas²⁵⁴ e posteriormente alienadas²⁵⁵; (ii) o §5º, do art. 158 e o §6º do art. 8º, impõem a solidariedade de terceiro que tenha concorrido para algum ato que possa prejudicar credores e a própria sociedade – no caso específico do art. 8º, trata da responsabilidade de avaliadores e peritos pela avaliação dos bens conferidos no capital da companhia; (iii) os arts. 231 e 233, são hipóteses específicas de solidariedade em razão de operação societária de cisão, justificável em razão da alteração do arranjo patrimonial das sociedades que participam da operação, que podem, portanto, prejudicar credores e minoritários; (iv) a hipótese do §1º, do art. 278 é da inexistência de presunção de responsabilidade solidária para sociedades integrantes de

²⁵³ Lei das S.A.: “Art. 92. Os fundadores e as instituições financeiras que participarem da constituição por subscrição pública responderão, no âmbito das respectivas atribuições, pelos prejuízos resultantes da inobservância de preceitos legais. Parágrafo único. Os fundadores responderão, solidariamente, pelo prejuízo decorrente de culpa ou dolo em atos ou operações anteriores à constituição.”

²⁵⁴ Lei das S.A.: “Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha: I promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil; ou”

²⁵⁵ Lei das S.A.: “Art. 108. Ainda quando negociadas as ações, os alienantes continuarão responsáveis, solidariamente com os adquirentes, pelo pagamento das prestações que faltarem para integralizar as ações transferidas.”

consórcio; e, por fim (v) as hipóteses dos arts. 74, 99, 117, 158, 165, 201 e 244, são todas relacionadas ao exercício da administração, ou fiscalização, e quebra de deveres inerentes ao cargo, ou seja, atribui-se responsabilidade solidária em casos de culpa, ou dolo, de administradores e conselheiros fiscais no exercício de suas funções, por deixarem de observar o cumprimento do estatuto, da lei, ou agirem a mando de acionista controlador em prejuízo à companhia.

O §2º do art. 117 da Lei das S.A., atribui responsabilidade solidária ao administrador ou fiscal que praticou o ato ilegal visando favorecer o acionista controlador, assim, o pressuposto da solidariedade é a conduta antijurídica do administrador (em ofensa aos deveres impostos nos arts. 153 a 157 da Lei da S.A.) e o dano à companhia (CARVALHOSA, 2014, p. 723). Já o art. 158 da Lei das S.A., além de apresentar o modelo de responsabilidade dos administradores nas hipóteses de (i) prejuízos gerados por culpa ou dolo, no exercício de suas atribuições e quando agirem em desacordo à lei ou estatuto. O artigo também estabelece a solidariedade entre os administradores em razão de prejuízos causados por quebra de deveres (§2º)²⁵⁶, omissão perante os acionistas (§4º) e concorrência, no caso específico em que os administradores tenham recebido auxílio de terceiro (§5º). Nestes casos, o fundamento da solidariedade nitidamente decorre dos poderes e deveres dos administradores perante a sociedade e demais acionistas²⁵⁷.

De volta à Lei Anticorrupção, nota-se que além da hipótese prevista no art. 4º - solidariedade por sucessão, controle, coligação e consórcio -, há possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 14, permitindo-se o rompimento da autonomia e independência da sociedade para atingir administradores e sócios com poderes de administração²⁵⁸. No referido artigo, nota-se claramente a valoração da conduta e do poder, como fundamento a permitir a extensão das obrigações, assim, o descuido da redação do §2º do art. 4º, que atribui responsabilidade pela mera posição societária, não se repetiu na regra do

²⁵⁶ O art. 1.016 do Código Civil segue a mesma linha da Lei das S.A. e determina que o administrador será solidariamente responsável perante a sociedade e os terceiros prejudicados, quando agirem com culpa no desempenho de suas funções – há, portanto, necessidade de avaliação da conduta daquele que exerce poder perante a sociedade para, a partir dessa análise, poder-se reconhecer a responsabilidade solidária pelos prejuízos gerados.

²⁵⁷ Não se pretende com a análise uma incursão profunda sobre os fundamentos da responsabilidade de administradores e conselheiros fiscais por prejuízos causados à companhia, sociedade e demais acionistas, nem as hipóteses de responsabilização; pretende-se apenas demonstrar que a responsabilidade solidária, nestes casos, está calcada no binômio poder e responsabilidade, não se permitindo a extensão de responsabilidade àqueles que não contribuíram, por ação ou omissão, com a conduta que determinou os prejuízos a serem ressarcidos.

²⁵⁸ Lei Anticorrupção: “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

art. 14, que expressamente pressupõe poder de administração ou controle. Com essas considerações, pretende-se demonstrar que os modelo de responsabilidade em grupos, as regras da Lei das S.A. e até mesmo a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da Lei Anticorrupção, pressupõem a investigação do poder para atribuir responsabilidade solidária ou rompimento da autonomia patrimonial. Em outras palavras: é no binômio poder empresarial e responsabilidade que devemos buscar a aplicação da solidariedade entre sociedades grupadas (MUNHOZ, 2002, p. 211).

Assim, para as sociedades coligadas, portanto, o reconhecimento da responsabilidade solidária deve buscar o seguinte modelo: (i) as sociedades coligadas não respondem, via de regra, pelos atos lesivos praticados pela outra sociedade, pois inexistente relação de controle de uma sobre a outra, nem unidade empresarial (direção econômica unitária); (ii) as sociedades coligadas seriam solidariamente responsáveis na medida em que fosse possível comprovar (a) o envolvimento da sociedade coligada na prática do ato lesivo, hipótese em que as sociedades seriam solidariamente responsáveis tanto pelo pagamento da multa como pela reparação dos danos; (b) no caso em que não exista o envolvimento direto da sociedade coligada na prática do ato, mas se comprovado que as sociedades conheciam a prática ilícita e não se preocuparam com o desenvolvimento de políticas internas de prevenção e *compliance*, especialmente em mercados de reconhecido risco nas relações entre as empresas e o Poder Público, as sociedades seriam solidariamente responsáveis pela reparação dos danos causados, não sendo admitida a extensão da multa (sanção) imposta pela prática adotada pela outra sociedade.

O modelo atende ao binômio poder empresarial e responsabilidade (MUNHOZ, 2002, p. 211)²⁵⁹, está alinhado com a experiência estrangeira (VIO, 2014, E2), com os modelos de responsabilidade em grupos societários e estimula que as empresas coligadas adotem programas de integridade e prevenção, estejam atentas à conduta das outras sociedades que compõem o seu grupo empresarial, mas não respondem, em princípio, pelos desvios de conduta praticados por sociedades sobre as quais não tinham poder (poder empresarial) para determinar a sua maneira de se relacionar com o poder público.

Sobre as sociedades controladas o modelo também deve respeitar o binômio poder empresarial e responsabilidade; diante disso, não é adequada a existência de responsabilidade solidária entre as diversas sociedades controladas que compõem um determinado grupo, pois entre elas não há relação de domínio de uma sobre as outras, devendo prevalecer a autonomia jurídica e patrimonial entre si – nenhum dos modelos de responsabilidade societária descritos

²⁵⁹ Sobre poder de controle e imputação de responsabilidade: Diniz (2012, p. 156-160; 236-238)

por Antunes (2012, p. 10-12), admitem essa via de responsabilização, pois atribuem responsabilidade apenas à sociedade de comando. O FCPA admite a responsabilidade da controladora por atos da controlada em hipóteses de participação, coordenação e exercício do controle (conhecimento e direção) (*U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION*, 2012, p. 27); todas essas hipóteses levam responsabilidade à sociedade dominadora, nunca o contrário.

Não há razão para que as sociedades controladas respondam por atos lesivos praticados pela sociedade controladora, pois a lógica da dominação segue o caminho oposto, ou seja, o poder emana da sociedade controladora perante a controlada, nunca o contrário e, por este motivo, é que a controlada não deve responder pelos atos lesivos praticados por quem a domina. Deve-se reconhecer, contudo, três hipóteses em que sociedades controladas responderiam solidariamente por atos lesivos praticados por apenas uma delas ou por atos da controladora. Na primeira hipótese deve ocorrer a solidariedade quando comprovadamente as sociedades controladas agiram de maneira integrada para permitir que uma delas obtivesse um benefício indevido perante o poder público; neste caso a solidariedade está atrelada à conduta e não à mera relação societária²⁶⁰ - devem responder, portanto, pela reparação dos danos causados e pela multa imposta. Também implicaria responsabilidade solidária de uma controlada em razão de atos praticados por outra controlada ou pela controladora, o caso de comprovada ciência da controlada inocente e seus órgãos de administração dos atos lesivos praticados pela controladora ou outra controlada, sem sua contribuição na prática desse ato²⁶¹.

Na terceira hipótese se questiona se em algum momento da controlada poderia vir a se responsabilizar por atos lesivos praticados pela controladora? A resposta é negativa, pois a empresa dominada não poderia responder por atos da dominadora²⁶², entretanto, deve-se ressaltar a hipótese de atuação conjunta das sociedades, que justificaria a imposição da

²⁶⁰ De certa forma, aqui estamos admitindo o modelo proposta por Diniz (2014, p. 163), que tratou da denominada responsabilidade horizontal entre sociedades controladas, e admitiu o seguinte: “(d) sociedades controladas não podem responder, em regra, por débitos de outras sociedades controladas. A hipótese extrema seria situações excepcioníssimas em que, horizontalmente, foram promovidos os abusos do art. 50 do CC.”

²⁶¹ Muito embora a negativa de conhecimento se apresente sempre como um caminho de defesa possível às controladas, deve-se admitir que as demonstrações financeiras e os mecanismos de prevenção e integridade, são indicadores que devem ser analisados em conjunto, para que se possa avaliar a presunção de conhecimento e, portanto, aplicar a responsabilidade solidária. A título de exemplo: deve-se imputar responsabilidade solidária à uma sociedade controlada que observe nas demonstrações financeiras do grupo rubricas de significado vago e descompassadas com a realidade operacional das demais sociedades – verbas de marketing sem ações correlatas, viagens e entretenimento, verba de alimentação com valores desproporcionais à realidade da companhia (*U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION*, 2012, p. 43).

²⁶² Holanda (2008, p. 195) “as hipóteses tratadas por Eduardo Secchi Munhoz vinculam-se à responsabilização da sociedade controladora quando verificada alguma forma de subordinação de interesses, mediante o exercício do controle, sendo que quando tal subordinação não é verificada, inexistente responsabilidade”.

responsabilidade solidária, bem como uma segunda exceção seria para os casos em que a controladora e a controlada tenham uma profunda integração financeira e/ou patrimonial (especialmente situações que se possa observar o rompimento da autonomia patrimonial), ou de alguma forma a controladora tenha esvaziado seu patrimônio em favor da controlada, nestes casos, justifica-se que a controlada tenha seu patrimônio atingido para pagamento das obrigações imputadas à controladora, em razão da integração econômica destas e da própria confusão patrimonial (DINIZ, 2016, p. 224).

Resta-nos, neste ponto, analisar os critérios para admissão da responsabilidade solidária da sociedade controladora²⁶³ por atos praticados pela controlada. Aqui é importante a completa identificação da maneira como é exercido o controle e a direção unitária para, a partir daí, permitir-se o reconhecimento da solidariedade. Não se pretende propor a responsabilidade subjetiva da sociedade controladora²⁶⁴, pois é da sociedade controladora que emana o poder e, por essa razão, possui deveres de direção e supervisão das sociedades controladas, respondendo, portanto, conforme aplicação do binômio poder empresarial e responsabilidade.

A responsabilidade solidária da sociedade controladora decorre das seguintes hipóteses:

(i) atuação conjunta e comprovado envolvimento da sociedade controladora nos atos lesivos praticados pela controlada, seja por meio da ordenação para prática dos atos, através da criação de mecanismos que estimulem a controlada à exposição de riscos perante o poder público, ou o mero conhecimento dos fatos sem que tenha tomado medidas para impedi-lo²⁶⁵; (ii) existência de interesses ou benefícios diretos para controladora em razão dos atos praticados pela controlada; e, (iii) falha no dever de supervisão das controladas. Nas três hipóteses a responsabilidade solidária da sociedade controladora deve atingir tanto o pagamento da multa como a reparação dos danos causados, pois decorrem do seu poder

²⁶³ Questiona-se se a responsabilidade solidária prevista no §2º, do art. 4º da Lei Anticorrupção poderia ser aplicada ao acionista controlador (pessoa física), ou se estaria limitado às sociedades controladoras (pessoa jurídica), uma vez que a redação do §2º trata de “sociedade controladora”; a conclusão é que a solidariedade prevista na norma estaria limitada às “sociedades controladoras” (pessoa jurídica), não admitindo, portanto, sua extensão ao “acionista controlador” (pessoa física) (LEITE, NOBRE, 2014, p. 322), justificando-se o fato de que solidariedade não pode ser presumida, mas deve decorrer de lei expressa ou convenção entre as partes (art. 265, Código Civil); No mesmo sentido: (MARIANO, 2016, p. 574).

²⁶⁴ Spercel (2014, p. 291), propôs a responsabilidade subjetiva da controladora, admitindo, contudo, a existência de um sistema de inversão de ônus da prova em favor das autoridades públicas, cabendo, diante disso, à sociedade controladora a comprovação de que não teve envolvimento e/ou conhecimento sobre o ato ilícito, que instituíram programas de integridade (*compliance*), e que “empregaram os melhores esforços para prevenir” os atos lesivos.

²⁶⁵ O conhecimento dos fatos pode ser comprovado por meio das demonstrações financeiras e contábeis, como determina o FCPA (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2012, p. 43).

empresarial, ou seja, dos mecanismos de domínio da sociedade controladora que lhe permitem a adoção de práticas que impeçam a prática de atos lesivos ao poder público.

Ainda sobre a responsabilidade da sociedade controladora, deve-se admitir a exclusão de sua responsabilidade pelos atos praticados pela controlada nas seguintes hipóteses: (i) caso a sociedade controladora comprove a adoção de programas de integridade e *compliance* e, que em decorrência desse programa denuncie a sociedade controlada tão logo tenha tomado conhecimento do ato lesivo praticado; e, (ii) no caso de grupos descentralizados, ou seja, naqueles onde direção unitária exercida pela sociedade controladora não seja determinante na conduta empresarial das controladas e que seja possível reconhecer que estas sociedades atuem de maneira independente, sem integração econômica entre as sociedades – para estes casos, em razão da forma que é exercido o poder de controle, não há lógica para imposição da responsabilidade solidária pela mera participação societária.

Justifica-se a exclusão de responsabilidade solidária para os casos de comprovada adoção de rígidos mecanismos de integridade e *compliance* nos grupos, pois tal medida reforça a valorização da implantação destes instrumentos de ajuste na conduta empresarial. Nestes casos a avaliação deve certificar que a sociedade controladora tenha zelado para que as controladas efetivamente implantem o sistema, não sendo suficiente a argumentação de que tenha apenas ordenado sua implantação e que essa etapa seria de responsabilidade da administração das controladas. Ainda no caso da exclusão prevista no item (i), há hipótese em que o Poder Público tome conhecimento do ato lesivo antes da sociedade controladora, para essa hipótese, o recomendável seria que a sociedade controladora não respondesse pela multa imposta, mas apenas pela reparação dos danos, em razão do pressuposto da efetiva implantação do programa de integridade.

Finalizando, ainda em atenção ao binômio poder empresarial e responsabilidade (MUNHOZ, 2002, p. 291; DINIZ, 2016, p. 196-203²⁶⁶), há hipótese em que a sociedade controladora deve responder pelos atos da controlada independentemente de qualquer

²⁶⁶ Diniz propõe diversos critérios para extensão dos efeitos da falência da controlada à controladora, o primeiro denominado juridicização do controle, complementada pelo abuso no exercício do poder e fatores como subcapitalização, confusão patrimonial e direção unitária exercida de forma desleal, interpretando-os como falha da sociedade controladora na condução da sociedade controlada; além desses fatores, o autor propõe como segundo fundamento da verificação da causa geradora da insolvência da controlada, permitindo a extensão dos efeitos da falência à sociedade controladora sempre que for comprovada a atuação desta (i) em conflito de interesses; (ii) com abuso de poder de controle; e, (iii) com responsabilidade pela direção unitária. Entendemos que esses critérios também são aplicáveis ao caso de imputação de responsabilidade à controladora dentro da Lei Anticorrupção, entretanto, ao nosso ver, tais critérios estão contemplados dentro das hipóteses de (i) atuação em conjunto para implementação do ato lesivo, (ii) interesses ou benefícios, e, (iii) falha no dever de supervisão, sendo a juridicização do controle identificada na hipótese do controle absoluto.

investigação sobre sua conduta em relação ao ato lesivo praticado, seria no caso do controle exercido por um único sócio (subsidiária integral, por exemplo), de modo absoluto, com subordinação dos interesses da controlada em relação à controladora (direção econômica unitária) (MUNHOZ, 2002, p. 298). Nessa hipótese deve existir responsabilidade solidária em razão da estabilidade e concentração de poder nas mãos da controladora, independente da verificação de qualquer critério adicional, sendo inaplicáveis as excludentes de responsabilidade anteriormente propostas.

Ao nosso ver, a proposta apresentada concilia os interesses da Lei Anticorrupção com a realidade dos grupos societário, buscar respeitar a autonomia patrimonial e jurídica das sociedades grupadas sem, contudo, deixar de atribuir responsabilidade àquelas que efetivamente exerçam o poder empresarial – sociedades controladoras. Com isso, buscamos evitar o rompimento automático da separação patrimonial e, portanto, da limitação da responsabilidade, pela mera participação societária. A judicialização do tema parece inevitável, especialmente pela amplitude da atual redação do §2º, do art. 4º da Lei Anticorrupção, e, mesmo se mantida a atual redação, a adoção de programas de integridade, *compliance* e o efetivo exercício do poder de controle no sentido de estimular a adoção de mecanismos que busquem evitar a adoção de atos lesivos contra o Poder Público, apresentam-se como possíveis excludentes de responsabilidade das sociedades grupadas. Com os critérios ofertados, procuramos sugerir um aprimoramento da norma a partir da observação da realidade dos grupos societários.

4 CONCLUSÃO

No tema da presente dissertação – a Lei Anticorrupção e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas – enfrentam-se dois temas desafiadores à comunidade jurídica e à própria sociedade: os grupos societários e o combate à corrupção. Como instrumento de concentração empresarial, os grupos societários rompem com o modelo de sociedade isolada, autônoma, detentora de interesses e patrimônios próprios e de responsabilidade limitada, revelando ao operador do direito a necessidade de revisão dos dogmas sob os quais se assentam o modelo inicialmente concebido. A corrupção, por sua vez, tem encontrado na seara das grandes corporações empresariais um campo fértil para sua disseminação. A denominada Operação Lava-Jato, ora em curso, exemplifica de maneira eloquente a espúria relação de cumplicidade que pode se estabelecer entre o Poder Público e os agentes privados.

Entre os dois temas surge um importante e complexo conflito que exige uma resposta do ordenamento jurídico: como e quais serão os critérios para imputar responsabilidade às sociedades integrantes de grupos por atos lesivos praticados no âmbito da Lei Anticorrupção? A responsabilidade solidária atribuída de igual maneira às sociedades controladas, controladoras e coligadas é um critério coerente com a realidade destes arranjos? O problema não é exclusivo da realidade brasileira, tanto o combate à corrupção como o enfrentamento da responsabilidade no âmbito dos grupos, são temas que exigem uma reposta global, superando fronteiras e nacionalidades específicas.

A Lei Anticorrupção surgiu como uma resposta brasileira à crescente pressão interna e externa pelo enfrentamento do tema; a norma foi recebida como um importante avanço, entretanto, como não poderia deixar de ser, foram levantados diversos pontos polêmicos que caminham entre a responsabilidade objetiva, a solidariedade entre sociedades objeto de controle e coligação, bem como a dureza das punições impostas pela norma. Nesse ponto, importante recapitular os pontos levantados pela pesquisa e as respectivas conclusões:

a) a diferentes modelos de sociedades comerciais subjazem diferentes formas e graus de desenvolvimento econômico, social e político, o que significa dizer que a evolução do direito societário subentenda um aprimoramento constante, ao longo do tempo, das formas e modelos das sociedades comerciais;

b) a personificação da pessoa jurídica, sua autonomia patrimonial, a limitação da responsabilidade decorre de exigências socioeconômicas das sociedades comerciais em curso a partir da Revolução Industrial;

c) o fenômeno concentracionista, em curso a partir do século XX, resulta na formação de grandes grupos econômicos em que se verifica a integração de cadeias produtivas na forma horizontal e vertical, com a possibilidade de integração de países, atividades, mão-de-obra e produtos diversos (empresas multinacionais);

d) a Lei das S.A. brasileira inspirou-se no modelo dualista alemão para disciplinar formação dos grupos societários, dividindo-os pela doutrina em grupos de direito e grupos de fato, sendo os primeiros identificados pela existência do pacto convencional que regula a relação grupada (Capítulo XXI da Lei das S.A., arts. 265 e seguintes) e os grupos de fato identificados a partir do poder de controle (art. 243 da Lei das S.A.), em ambos há manutenção de personalidades jurídicas independentes (autonomia jurídica). No Brasil, o Direito da Concorrência reconhece na direção unitária o elemento central para identificação de uma concentração empresarial;

e) em virtude da relevante diferenciação entre controle e direção unitária para identificação de grupos societários e, admitindo-se que a subordinação de interesses, controle e direção econômica unitária servem, grosso modo, como critério à identificação de um grupo, Antunes (2012, p. 27) apresenta duas teorias: (i) *unified mangement* e (ii) *control*, a primeira reconhece a existência de grupo apenas a partir da existência da subordinação à uma direção econômica unitária e a segunda teoria admite a existência de grupo a partir da mera identificação da relação do controle, sem a exigência de seu efetivo exercício;

f) embora o conceito de direção unitária não tenha definição unânime nem seja utilizado pela legislação brasileira como critério para identificação de grupo societário, tem sido utilizado em jurisprudência como critério para imputação de responsabilidade em grupo;

g) surge então o questionamento: em que circunstâncias a cúpula das sociedades grupadas (controladora), pode ser chamada a responder pelas dívidas das controladas? As respostas que podem ser dadas a essa questão ou, em outras palavras, o tratamento dado à responsabilidade de empresas integrantes de grupos econômicos vem a ser ponto nevrálgico de problemas desse tipo de modelo de concentração. Os modelos regulatórios americanos (*entity law approach*), europeu (*enterprise approach*), e alemão (*dualista approach*) não apresentam soluções satisfatórias ao desafio de imputação de responsabilidade no âmbito das sociedades grupadas;

h) entre nós a Lei das S.A., não oferece regramento preciso, pelo contrário, omite-se em relação ao tratamento adequado do tema, levando à criação de regras de exceção para proteção em setores específicos – trabalhista, ambiental, consumidor, concorrência e anticorrupção, onde há previsões específicas de responsabilidade solidária das sociedades

integrantes do grupo e aplicação desmedida da teoria da desconsideração da personalidade jurídica;

i) na prática, a questão da imputação de responsabilidade no âmbito dos grupos societários é diferente de sua dogmática, da Lei das S.A. e da própria realidade dessas empresas. Leis esparsas não apenas desrespeitam a autonomia reconhecida pela Lei das S.A., como também criam critérios para identificação de grupos que estão distantes do modelo proposto pelo seu marco regulatório – casos trabalhista e concorrencial, por exemplo, que reconhecem grupo societário independente da relação de controle. Acrescente-se nesse ponto, a imposição de responsabilidade solidária e critérios confusos de desconsideração da personalidade jurídica;

j) a Lei Anticorrupção inovou ao impor rigor inédito no tratamento da pessoa jurídica e prever sanções severas que extrapolam a pessoa jurídica ofensora; prever o acordo de leniência e estimular o programa de *compliance*; incorporar a responsabilidade objetiva; admitir a multiplicidade de competência para instauração e julgamento do processo administrativo sancionador; prever a responsabilidade solidária para sociedades controladora, controladas e coligadas;

l) a Lei Anticorrupção tem sido objeto de questionamento por parte da comunidade jurídica, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade objetiva e a solidariedade entre sociedades objeto de controle e coligação. A natureza sancionadora da norma leva questionamentos sobre os limites de extensão de responsabilidade entre pessoas jurídicas distintas, bem como a uma reflexão sobre critérios que permitissem equilibrar o necessário combate à corrupção e a realidade econômica dos grupos societários. Em suma, o amplo critério previsto na Lei Anticorrupção para reconhecimento de solidariedade entre sociedades controladoras, controladas e coligadas, desconsidera por completo toda a construção dogmática e jurisprudencial sobre o tema, bem como ignora as diversas variações da realidade grupada, especialmente no que se refere à forma do exercício do controle e a direção econômica unitária;

m) identificamos que a atribuição de responsabilidade à uma sociedade controlada em razão de atos da controladora não encontra respaldo em nenhum dos modelos de responsabilidade americano (*entity law approach*), europeu (*enterprise approach*), e alemão (*dualista approach*).

Concluímos, enfim, que a investigação da realidade do grupo e da forma do exercício do poder de controle, valorando o binômio poder empresarial e responsabilidade, apresentam-se como critérios possíveis na interpretação e aplicação da Lei Anticorrupção no âmbito das

sociedades grupadas, rompendo com o modelo que admite a mera participação societária como elemento suficiente ao reconhecimento da solidariedade obrigacional. Admitimos, portanto, a necessidade de investigação do núcleo de poder e a forma de seu exercício para que, a partir dele, possa se imputar a responsabilidade:

por outras palavras, em matéria de exploração e gestão de actividades empresariais, se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada (*keine Herrschaft ohne Haftung*), então também, negativamente, a um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada (*keine Haftung ohne Herrschaft*). (ANTUNES, 2005, p. 34)

Deve-se reconhecer, assim, que a responsabilidade solidária buscará investigar a conduta da sociedade controladora e sempre será verticalizada, ou seja, buscará a relação controladora e controlada, sendo a hipótese de responsabilidade solidária entre sociedades coligadas restrita aos casos específicos em que estas tenham ciência da prática do ato lesivo, atuado de maneira conjunto e de alguma forma tenham se beneficiado deste. O que se percebe ao longo da pesquisa é que chegou o momento da necessária revisão da Lei das S.A. em matéria de grupos societários – algo anunciado já na exposição de motivos da norma (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1976, p.2)²⁶⁷. O surgimento de normas esparsas com tratamentos distintos sobre a imputação de responsabilidade nas concentrações empresariais, cada qual com um conceito de grupos e, em alguns casos, ignorando sua realidade, são consequências do diletante e provisório tratamento dado pela Lei das S.A. ao tema em questão.

²⁶⁷Exposição de motivos 196: “(g) os institutos novos para a prática brasileira - grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros - estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência; as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso.”

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Reformas e Contrarreformas no Direito das Sociedades**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, v. 163, p. 21-28, set-dez./2012.

ACEMOGLU, D. E ROBINSON, J.A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALVES, Joyce Ruis Rodrigues. FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Hipóteses de responsabilidade solidária e decorrentes de sucessão empresarial na Lei da Empresa Limpa e impacto nas operações societárias**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 31-41, dez. 2014.

ANDRADE, Jéssica de. **A responsabilidade objetiva e solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas na Lei 12.846/2013**. 2014. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

_____. **A responsabilidade da empresa multinacional**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Disponível em: << [_____. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa**: o moderno paradoxo regulatório. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, Jun/Dez 2005, p. 29-68. Disponível em: << <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35228/34028>>> Acesso em 05 mar. 2017.](http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000155eb978be7a59af6fc&docguid=I4cf038c0435c11e2811b010000000000&hitguid=I4cf038c0435c11e2811b010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=58&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em 14 jul. 2016.</p></div><div data-bbox=)

_____. **A responsabilidade no seio das empresas multinacionais**. I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. -- Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 33-48 Disponível em <<<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>> Acesso em 05 mar. 2017.

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido. **A doutrina Rozenblum do direito francês**: o reconhecimento do carácter exoneratório dos grupos de sociedades em matéria de crime de abus des biens sociaux e a consequente influência do direito penal na estruturação e no funcionamento dos grupos de sociedades. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa, São Paulo, Saraiva, 2012. p. 83-113

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BARROS, Zanon de Paula. **Questões atinentes à chamada Lei Anticorrupção**. Revista de Direito Empresarial. Vol. 2, p. 257-266. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2014.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern corporation and private property**, Londres, Transaction Publishers, p. 06. Disponível em: <disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/106085/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle__Means.pdf>. Acesso em: 06/07/2016.

BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 5, mar. 2011, p. 807et. seq.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de direito comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASASKAS, Igor Sant'Anna. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei nº 12.846/2013**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 125-130, dez. 2014.

_____. **A Interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais, vol. 947, set. 2014. p. 133-155.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos**. In: SOUZA, Jorge Munhoz de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). Lei Anticorrupção e Temas de Compliance, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei N.º 6.826-A, de 2010**. Exposição de motivos do Projeto 6.826-A, que deu origem à Lei Anticorrupção. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016 (Subemenda Substitutiva Global)**. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BxLfUqyUbMSXYXhVWE1UU1pGVWs/view>>. Acesso em 14 mai. 2017.

BULGARELLI, Waldírio. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**. São Paulo: LEUD, 1975.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Do homem das cavernas até a bomba atômica. O drama da raça humana. 2ª ed. 8ª impressão. Porto Alegre: editora Globo, 1968. v. I e II.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). **Termo de compromisso de pagamento de honorários médicos: o caso da Unimed**. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 303-367, set./dez. 2012.

CALIENDO, Paulo; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de (Coords. Acadêmicos). Desconsideração da Personalidade Jurídica. Série Pensando o Direito, n. 29/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça – SAL, 2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/29Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato**. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 11, jul./dez. 2012.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo (USP), v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, v. 3 e v. 4. t II.

CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Lei Anticorrupção – Visão Geral**. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira (org.). Lei Anticorrupção: Uma Análise Interdisciplinar. São Paulo: LiberArs, 2015.

CASTILHO, Manoel L. Volkmer de; DIPP, Gilson. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CIAMPOLINI NETO, César; WARDE JR, Walfrido Jorge. **A “Teoria Histórica da Disciplina da Responsabilidade dos Sócios” e os Precedentes em Matéria de Desconsideração da Personalidade Jurídica**. In: CIAMPOLINI NETO, César; WARDE JR, Walfrido Jorge (org.). O Direito de Empresa nos Tribunais Brasileiros, São Paulo: QuartierLatin, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol.2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

CORRADINI, Luiz Eduardo Malta; RODRIGUES, Augusto César. **Aspectos societários da Lei Anticorrupção**: aquisições de participações e operações societárias, questões clássicas, e due diligence anticorrupção. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira (org.). *Lei Anticorrupção: Uma Análise Interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015.

CURY, Felipe Augusto. **A atual perspectiva dos grupos de direito no Brasil**: um estudo empírico sobre os grupos de direito no Estado de São Paulo. 2016. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O controle da corrupção, a experiência espanhola**. *Revista dos Tribunais*, v. 947, set. 2014, p. 2.

DEMATTE, Flavio Rezende. Responsabilidade solidária exige interpretação harmônica. Lei anticorrupção. Consultor Jurídico. Publicado em 28 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-28/flavio-dematte-responsabilidade-solidaria-exige-interpretacao-harmonica>> Acesso em 11 de jun. de 2017.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários**: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Dependência econômica nos acordos verticais**. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 59, p. 91-120, Julho/2014.

_____. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos Societário**. In CARDOSO, Jair Aparecido; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da (org). *PESSOA JURÍDICA: hipótese de consideração e desconsideração no direito brasileiro*. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC-Editora, 2014.

_____. **Subcapitalização societária**: financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Grupos de cooperativas**. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 14, n. 01, p. 185-205, jan./abr. 2017.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: QuartierLatin, 2011, v. I e III.

_____. **O mito do “Controle Gerencial”** – Alguns dados empíricos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, v. 66, pp. 103-106, abr./jun. 1987.

FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GHIZZO, Affonso Neto. **O combate à corrupção e a educação como instrumento de ação coletiva**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brites de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 29-55.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 462.

GORGA, Érica. **Direito Societário Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares Guerreiro. **Das relações internas no grupo convencional de sociedades**. In: TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária. São Paulo/SP: QuartierLatin, 2005. p. 303-321.

HAGE SOBRINHO, Jorge. **Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa**. Revista dos Tribunais, v. 947/2014, p. 37-55, set. 2014.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários**. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org). Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. **A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 115-124, dez. 2014.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A. – pressupostos, elaboração, aplicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia de Queiroz. **Responsabilidade solidária por atos de corrupção**. Revista dos Tribunais, São Paulo. vol. 947, set. 2014. p. 313-329.

LOBO, Jorge. **Grupo de Sociedades**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 77, v. 636, p. 25-43, Outubro/1988.

_____. **Direito dos Grupos de Sociedades**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 88, v. 763, p. 22-46, Maio/1999.

MACHADO, Leonardo Ruiz; LEITE, Karina da Guia. **A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a Lei Anticorrupção**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 51-58, dez. 2014.

MAGANO, Octávio Bueno. **Os grupos de empresas no direito do trabalho**. São Paulo: RT, 1978.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedades**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____, Anna Beatriz Alves; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. **Exercício Abusivo do Poder de Controle e o Dever de Reparar o Dano**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (et. al.) (coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: QuartierLatin, 2013. p. 475-494

MARIANO, Álvaro A.C. **Reflexões sobre a reorganização societária e a Lei Anticorrupção**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 565-596.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed., rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades** – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Exposição de motivos nº 196, de 24 de junho de 1976**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis/anexos/EM196-Lei6404.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2017.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizaEntesPrivados.pdf>> Acesso em: 1º maio 2017

MOISÉS, José Álvaro. **O impacto da corrupção na qualidade da democracia**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p 83-97.

MORO, Sergio Fernando. **Prefácio**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: QuartierLatin, 2016, p.13-16.

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

_____. **Estrutura de governo dos grupos societários de fato na lei brasileira: acionista controlador, administradores e interesse de grupo**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (et. al.) (coord.). Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: QuartierLatin, 2013. p. 267-291.

_____. **Aquisição de controle na sociedade anônima**, São Paulo, Saraiva, 2013.

OIOLI, Erik Frederico. **A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na Lei das Sociedades Anônimas**. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **A estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro (ENCCLA) como experiência cooperativa interinstitucional de governo aberto no Brasil**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 305-335.

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

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art. 2º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.23-46.

_____. **Comentários ao art. 3º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-60.

_____. **Comentários ao art. 4º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.61-79.

PIMENTEL FILHO, André. **Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhoz de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O fenômeno da corrupção na história do Brasil. Âmbitos jurídico-políticos de combate**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 807-833.

PRADO, Viviane Muller. **Conflito de Interesses nos Grupos Societários**. São Paulo, QuartierLatin, 2006.

_____. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 5-27, 2005.

_____; TRONCOSO, Maria Clara. **Os grupos de empresa na jurisprudência do STJ**. In: artigos *Direito GV*, workingpapers, n. 01, nov. 2007, p. 29. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2771/WP1.pdf?sequence=1>> Acesso em 17 mar. 2017, às 16:14h.

ROSENBERG, Luiz Paulo. BISTAFA, Rafael. **Oferta & Procura no Mercado de Corrupção**. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 125-146

SANTO, João Espírito. **Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural**. Coimbra: Almedina, 2000.

SCALZILLI, João Pedro. **Confusão patrimonial no direito societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção**. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 106-114, dez. 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direito humanos?** *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 131-137, dez. 2014.

_____. **Compliance e direito penal na era pós-lava jato**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 106, v. 979, p. 31-52, Maio/2017.

SMANIO, GianpaoloPoggio. **O sistema normativo brasileiro anticorrupção.** In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 735-748..

SPERCEL, Thiago. **Considerações sobre a responsabilidade solidária no grupo econômico por atos de corrupção.** Revista de Direito Empresarial. v. 4/2014, jul. 2014, p.281-292.

_____. **Solidariedade e sucessão por atos de corrupção.** Valor Econômico. Publicado em 12 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5000670/solidariedade-e-sucessao-por-atos-de-corrupcao>> Acesso em 18 de junho de 2017.

WALD, Arnoldo. **A empresa no terceiro milênio.** In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. (Org.). A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos. São Paulo/SP: Juarez Oliveira, 2005.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act,** 2012. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2017.

VALOR ECONOMICO. **Valor Grandes Grupos.** Rio de Janeiro. n. 12, dez. 2013.

_____. **Empresas da Lava-Jato podem ser enquadradas na Lei Anticorrupção.** Valor Econômico. Publicado em 18 set. 2014. Disponível em: <<http://www.portalvalor.com.br/politica/3700848/empresas-da-lava-jato-podem-ser-enquadradas-nalei-anticorrupcao>>Acesso em 06 Jul. 2017.

_____. **ONG Transparência pede apuração conjunta da Lava-Jato em outros países.** Valor Econômico. Publicado em 26 jun. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/4615629/ong-transparencia-pede-apuracao-conjunta-da-lava-jato-em-outros-paises>> Acesso em 02 Abr. 2017.

_____.**Brasil piora em ranking da corrupção em ano de impeachment e Lava-Jato.** Publicado em 25 jan. 2017. Disponível em <<http://www.valor.com.br/internacional/4847062/brasil-piora-em-ranking-da-corrupcao-em-ano-de-impeachment-e-lava-jato>> Acesso em 02 Abr. 2017.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações (comentários do decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. v. I (arts. 1.º ao 73).

VIO, Daniel de Ávila. **Grupos Societários** –Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro. São Paulo: QuartierLatin, 2016.

_____. **A Lei Anticorrupção e sociedades coligadas**. Valor Econômico. Publicado em 20 nov. 2014. Disponível em:<<http://www.valor.com.br/legislacao/3785758/lei-anticorrupcao-e-sociedades-coligadas#ixzz3JcDcyWrg>> Acesso em 16 Abr. 2017.

ZANCHIM, Kleber Luiz; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Empresas, Direito, Ética e Compliance: Existe Relação?** In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: QuartierLatin, 2016. p. 99-116.

ZACKUN, Maurício. **Comentários ao art. 1º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.15-21.