

## EXTENSÃO DA FALÊNCIA POR ABUSO DE CONTROLE: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

JORGE LOBO\*

SUMÁRIO: I - Introdução. II - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A - Orientação da Terceira Turma. B - Orientação da Quarta Turma do STJ. III - Controle societário. A - Noção de controle societário. B - Extensão da falência por abuso de controle interno, intersocietário e externo. IV - Grupo de sociedades: uma realidade jurídico-econômica ignorada. A - Sociedade isolada e grupo de sociedades. B - Concentração interna e externa de sociedades. C - Importância global dos grupos de sociedades. V - Grupo de sociedades: uma técnica de organização da empresa moderna. A - Conceito de grupo de sociedades. B - Características do grupo de sociedades. C - Independência jurídica e direção econômica unificada das sociedades grupadas. VI - Desconsideração da personalidade jurídica. A - Personalidade jurídica da pessoa jurídica. B - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. C - A teoria da desconsideração em face do Código Civil. VII - Pressuposto objetivo da falência. A - Pressupostos da falência. B - Pressuposto objetivo. C - Pressupostos objetivos da falência na LFRE. (a) Impontualidade. (b) Atos de quebra. (c) A extensão da falência na LFRE. - VIII - Extensão da falência a sociedades do mesmo grupo econômico. A - Origem, natureza jurídica e finalidade da extensão da falência. B - Noção de extensão da falência. C - Doutrina sobre a extensão da falência à sociedade controladora. D - Doutrina sobre a extensão da falência a sociedades grupadas. E - Extensão da falência no direito comparado. F - Classificação das legislações. G - Extensão da falência no direito brasileiro. (a) Extensão da falência no revogado art. 5º. da LFC. (b) Extensão da falência no atual art. 81 da LFRE. IX - Responsabilidade da sociedade controladora. A - Responsabilidade da sociedade controladora consoante a doutrina estrangeira. B - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LFRE. C - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA. D - Responsabilidade de sociedade controladora com base na LSA e na LFRE. X - Síntese e conclusões. A - Síntese. B - Conclusões.

---

\* JORGE LOBO é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

## Introdução

*“A fé leviana na autoridade é o pior inimigo da verdade”  
(Einstein)*

Nesse estudo, vou tratar, exclusivamente, da extensão da falência por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica motivada por *abuso de poder de controle interno*, infelizmente cada dia mais corriqueira entre nós, sem adentrar em considerações sobre a falência reflexa ou acessória ou dependente<sup>1</sup> decorrente de *abuso de poder de controle externo*<sup>2</sup>.

Consoante diligenciarei demonstrar, embora louvável o propósito de coibir os abusos do poder de comando praticados por sociedade controladora de grupo de empresas, de fato ou de direito, em prejuízo dos credores sociais, é mister rever e discutir, em profundidade e com independência e espírito crítico, os v. acórdãos do egrégio Superior Tribunal e Justiça, iterativos e constantes, que sufragam o entendimento de ser juridicamente possível a extensão da falência de sociedade controladora ou controlada às demais sociedades grupadas, eis que existem dispositivos, na Lei de Sociedades Anônimas e na Lei de Falências e Recuperação de Empresas, que permitem, com mais rapidez e eficiência, reparar as perdas e danos provocadas por ações antijurídicas de sociedade controladora em detrimento dos direitos e interesses dos credores de sociedade grupada falida, sem quebrar, indevidamente, por absoluta falta de previsão e amparo legal, nenhuma empresa do grupo econômico ao qual pertença a falida, consoante vem fazendo, reiteradamente, o excelso Superior Tribunal de Justiça.

1 No país, não se deveria falar em “extensão da falência” mesmo na hipótese do art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, (LFRE), isto é, na hipótese de o juiz decretar “a falência da sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada”, mas de falência reflexa ou acessória ou dependente, pois, ao contrário da Lei de Concursos e Quebras argentina, que trata, no art. 161, da “Extensão da falência. Grupo de Sociedades. Efeitos em relação a terceiros”, a nossa LFRE, no citado art. 81, limita-se a declarar, taxativamente, que “a falência de sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada acarreta a falência destes”, portanto “a falência destes” é um reflexo daquela, uma consequência acessória daquela, fica na dependência da falência daquela.

2 A matéria vem sendo discutida intensamente no exterior como se constata em “Los Grupos Economicos y de Sociedades”, de Ernesto Eduardo Martorell, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1991, p. 291 a 359, com enfoque especial sobre a extensão da falência por abuso de controle externo, p. 354 e segs.; no desafiador ensaio “Control Externo y Extensión de Quiebra en la Concentración Societaria”, de Carlos A. Molina Sandoval, apresentado no VIII Congreso Argentino de Derecho Societario e IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado em Rosário, em outubro de 2001, pub. pela Universidade Nacional de Rosário, tomo IV, p. 197 e segs., e, em particular, na exaustiva monografia “Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades”, de Héctor José Miguens, Buenos Aires, Depalma, 1998.



## Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

“É firme a jurisprudência em proclamar a possibilidade de se levantar o véu da pessoa jurídica no processo falimentar para estender os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo” (REsp. nº. 228357/SP e REsp. nº. 331921/SP).

### A - Orientação da Terceira Turma

A Terceira Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça tem decidido, há longo tempo, sempre por unanimidade, que deve “estender-se a falência”, ou “os efeitos jurídicos da falência”, “às sociedades do mesmo grupo” se ficar provado abuso da personalidade jurídica da sociedade falida para fraudar a lei ou violar contratos ou prejudicar os direitos e interesses de credores, consoante se verifica do v. acórdão no REsp. nº 228357-SP, Rel. Min. Castro Filho: “O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso do direito, para fraudar a lei ou prejudicar credores”<sup>3</sup>.

Por igual, o v. acórdão da eminente Min. Nancy Andrighi no ROMS 14168/SP: “Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial às demais sociedades do grupo. Possibilidade. [...] Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem duas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implica prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos”<sup>4</sup>.

3 STJ, 3ª T. REsp. 228.357/SP. Rel. Min. Castro Filho, j.09.12.2003, v.u. DJ 02.02.2004.

4 STJ. 3ª T. ROMS 14168/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30.04.2002, v.u. DJ 05.08.2002. Observe-se que

Nos v. acórdãos, também da lavra da preclara Min. Nancy Andrighi, no RMS nº. 16.105/GO (Rec. Ord. em MS 3003/004575-0 - DJe 22.09.2003); no REsp. nº. 1125767/SP (DJe 25.08.2011); no REsp. 1259018 (DJe 25.08.2011); no REsp. nº. 1266666/SP (DJe 25.08.2011) e no REsp. nº. 1259020/SP (DJe 25.08.2011), constata-se que foi decidido, à unanimidade, com fundamento no art. 243, § 1º, da LSA, com a redação da Lei nº. 11.941, de 2009, “estender os efeitos de sociedade falida a **empresas coligadas**” (...), “independentemente de ação autônoma”, pois teria restado “claro o conluio para prejudicar terceiros” e “verificada a existência de elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro”, tema que será objeto de novo e acurado estudo, devido à sua extensão e complexidade, em que analisarei, com apoio em abalizada doutrina, não apenas as consequências da nova redação do art. 243, mas, em especial, a escorreita exegese da noção de “influência significativa”, incorporada à LSA, e as diferenças que ela guarda em relação ao “conceito aberto” “influência dominante” e à “noção de conteúdo indeterminado” “poder de mando ou de comando ou de controle” dos arts. 116 c/c. 243, § 2º, da LSA.

## B - Orientação da Quarta Turma do STJ

A Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp. nº. 331921/SP, decidiu: “Falência. Extensão a empresa da qual é sócia a falida. Possibilidade. Estrutura meramente fictícia. Confusão patrimonial evidente. [...] Resta evidente a confusão patrimonial entre as empresas, na medida em que 98% das cotas sociais da **coligada**<sup>5</sup> pertence à falida, não podendo a sociedade controlada escudar-se no princípio da autonomia da personalidade jurídica, tendo em vista que, no caso concreto, essa é meramente fictícia. É firme a jurisprudência em proclamar a possibilidade de se levantar o véu da pessoa jurídica no próprio processo falimentar ou em execução individual, sendo desnecessário o ajuizamento de ação própria. Restando incólume a arrecadação do bem determinada pelo juízo falimentar, em decorrência da extensão da falência à empresa **controlada**, poderá o exequente reaver seu crédito, se for o caso, habilitando-o na falência da sociedade controladora”<sup>6</sup>.

Para examinar em profundidade e discutir com isenção a orientação do respeitável STJ, impõe-se começar pelo conceito de controle societário e suas diversas espécies.

os Tribunais estaduais seguem fielmente a orientação do STJ, conforme ressaltam o Des. Waldir Leônico C. Lopes Júnior do TJDF, 2ª Turma Cível, AGI 20080020117170, j. 19.11.2008, DJ 04.12.2008, p. 66, e o Des. Celso Luiz de Matos Peres do TJRJ, 10ª CC, AI 2008.002.33680, j. 01.07.2009, DJ 20.07.2009, p. 3.

<sup>5</sup> Há, na ementa, um equívoco palmar quando se refere a “*cotas sociais da coligada*”, pois, no relatório do acórdão se lê que “a falida é sócia (da Prometal Produtos Metalúrgicos Ltda) na proporção de 98% das cotas”, e, ainda, no item 6 da própria ementa, em que se emprega, corretamente, a expressão “*empresa controlada*”.

<sup>6</sup> STJ, 4ª T. REsp 331921/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.11.2009, v.u., DJe 30.11.2009.



## Controle societário

*"This is the vital link: without the existence of control, the corporations do not constitute a corporate group."*<sup>7</sup>

### A - Noção de controle societário

A noção de controle é "complexa"<sup>8</sup>, "ambígua" e "vaga"<sup>9</sup>, possuindo diferentes significados no campo do Direito Societário, sendo certo que o seu sentido usual é que, quem controla, domina, comanda, manda, dirige, o que levou Claude Champaud a afirmar: "*le contrôle est le pouvoir effectif de direction des affaires sociales*"<sup>10</sup> e "*le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire*"<sup>11</sup>, e, ademais, que o controle "*assegura a solidez, a permanência e a duração da unidade de decisão*"<sup>12</sup>.

As doutrinas pátria e alienígena classificam o controle societário em direto e indireto, de direito e de fato, originário e derivado<sup>13</sup> e interno e externo, à qual acrescento o "controle intersocietário", peculiar ao grupo de sociedades.

### B - Extensão da falência por abuso de controle interno, intersocietário e externo

No Brasil, a doutrina só tem tratado, os Tribunais de Justiça estaduais e o

7 Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups, Problems of Parent and Subsidiary Corporations under Statutory Law of General Application*, Boston, Little, p. 14.

8 "La pluralità delle definizioni di 'controllo' di un'impresa nelle recente legislazione commercialistica italiana è di per sé sufficiente a rendere estremamente arduo qualunque tentativo di trattare unitariamente la fattispecie in questione" (Spolidoro, Marco Saverio, Concetto di Controllo nel Codice Civile e nella Legge Antitrust, en: Rivista delle Società (fondada da Tullio Ascarelli), 1995, dott. A. Giuffrè editore, Milano, p. 456).

9 Alf Ross, no livro "Direito e Justiça", São Paulo, Edipro, 2000, p. 143, esclarece; "Em síntese, os seguintes axiomas se aplicam às palavras no uso cotidiano: 1º) o significado possível de toda palavra é vago; seu campo de referência possível é indefinido; 2º) a maioria das palavras são ambíguas; 3º) o significado de uma palavra é determinado de modo mais preciso quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida; 4º) o significado de uma expressão - e com isso o significado das palavras contidas na mesma - é determinado de modo mais preciso quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada. Esta conexão pode ser linguística (o contexto) ou não linguística (a situação). Com base em 3. e 4. é possível formular a seguinte generalização: o significado de uma palavra é uma função da conexão expressão, contexto situação - na qual a palavra aparece".

10 Claude Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, Paris, Sirey, Bibliothèque de Droit Commercial, 1962, tome 5, p. 107.

11 Ob. Cit., p.161.

12 Claude Champaud, *Los métodos de agrupación de sociedades* (trad. de Isaac Halperin), R.D.C.O. 1969, p. 121 e 122.

13 Conforme meu livro *Direitos dos Acionistas*, RJ, Ed. Campus-Elsevier, 2011, p. 260 e segs.

Superior Tribunal de Justiça só têm julgado casos de extensão da falência por abuso do poder de controle interno e intersocietário; no exterior, todavia, a extensão da falência por abuso do poder de controle externo vem sendo discutida profundamente<sup>14</sup>, havendo se formado duas correntes de opinião: a restritiva, que só admite a hipótese se houver expressa previsão legal, e a ampliativa, que prega a extensão da falência como meio de sancionar a ação ilegal e danosa praticada pelo controlador externo.

O controle externo ou econômico ou de fato repousa em vínculos contratuais,<sup>15</sup> que criam uma situação de dominação ou hegemonia ou predomínio de uma sociedade (a controladora externa) em relação à outra (a controlada)<sup>16</sup>.

O controle interno ou orgânico assenta no domínio de direitos de sócios que assegurem a seu titular, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações das assembleias gerais de acionistas e o poder de eleger a maioria dos administradores, dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (arts. 116, alíneas a e b, c/c. 243, § 2º, da LSA).

O controle intersocietário<sup>17</sup> caracteriza-se pelo exercício, direto ou indireto e de modo permanente, do controle das sociedades filiadas como titular de direitos de sócio ou acionista ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas (art. 265, § 1º, da LSA), valendo lembrar que, através dele, constitui-se o grupo de sociedades, uma realidade jurídico-econômica praticamente ignorada pelas legislações<sup>18</sup>.

#### - IV -

### Grupo de sociedades: uma realidade jurídico-econômica ignorada

*"We speak, teach, litigate and legislate about 'company law'. But the predominant reality is not today the company: is the corporate group"<sup>19</sup>.*

14 Vide nota 2.

15 Os vínculos contratuais são oriundos de contratos de empréstimo e financiamento garantidos por ações integrantes do bloco de controle, de comissão, de distribuição mercantil, de agência, de *franchising*, etc.

16 Na Itália, o art. 1º, inc. 3º, da Lei nº 127 de 9.04.1991, define o controle externo como aquele que *"le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"*.

17 José Antunes trata do "controle intersocietário" em sua magnífica obra "Grupos de Sociedades", p. 85 e segs., resumidamente referido na letra c do item V *supra*.

18 A propósito vide nota 35.

19 Kenneth William Wedderburn, professor de Cambridge, estudioso das transformações jurídicas, econômicas, sociais e culturais na Era Pós-Industrial, in *Multinational and the Antiquities of Company Law*, *Modern Law Review*, 1984, p. 320.



## A - Sociedade isolada e grupo de sociedades

Tratados, cursos e manuais, nacionais e estrangeiros, proclamam que *“le droit commercial est la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux, soit avec leurs clients”*<sup>20</sup>, como se o seu objeto fosse, ainda, exclusivamente, as relações jurídicas de compra e venda entre mercadores e fregueses, iniciadas e concluídas, com simplicidade e rapidez, inspiradas na boa-fé e na aparência, numa feérica e multímoda feira, criando o risco de fomentar o aparecimento de novos adeptos da concepção segundo a qual, devido à *“generalização do Direito Civil”*, o Direito Comercial se extinguiu<sup>21</sup>.

No campo do Direito Societário, *“os comercialistas continuam a escrever e a raciocinar como se a sociedade individual e independente fosse a regra. Na realidade, esta sociedade deixou de constituir a mais importante forma de organização econômica desde as décadas de 20 e 30. O mundo comercial é hoje dominado, quer nacional, quer internacionalmente, por complexos grupos de sociedades”*<sup>22</sup>, sendo inquestionável, primeiro, que *“os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades”*<sup>23</sup>, e, segundo, que *“les groupes de sociétés jouent actuellement le rôle principal dans le mouvement général de concentration des entreprises.”*<sup>24</sup>

Com efeito, ensina Ariberto Mignoli, Prof. de Direito Comercial da Universidade de Bocconi, em Milão: *“L’avvento del gruppo sconvolge l’ordinato giardino della venerabile persona giuridica (la società per azioni). Oggi il gruppo occupa nel grande tessuto dell’impresa uno spazio sempre più ampio: alla società, stella isolata, fa seguito tutta una serie di costellazioni o, meglio, una nebulosa dai contorni incerti e mutevoli. La realtà attuale è quella dei gruppi e non quella della sigola società, ed è a questa realtà che devono rivolgersi l’attenzione del giurista e la cura del legislatore.”*<sup>25</sup>

Em verdade, a empresa unipessoal, a sociedade unifamiliar e a sociedade comercial de poucos sócios e poucos recursos técnicos, científicos, econômicos e financeiros, concebidas e exploradas para atender às necessidades primárias locais, foram substituídas<sup>26</sup> pela empresa moderna<sup>27</sup> - soberbo produto da economia capitalista<sup>28</sup> -, que tem como um dos princípios básicos a sua racional, contínua

20 Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 10ª ed., tomo I, p. 1.

21 A propósito, leia-se, com excelente proveito, a conferência de encerramento de Joaquin Garrigues, *En torno a la reforma del Derecho Mercantil*, in *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Ed. Civitas, 1979, p. 374/5.

22 Tom Hadden, *apud* José Augusto Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades - Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 15.

23 Yves Guyon, *Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés*, p. 156, *apud* José Antunes, *ob. cit.*, p. 76.

24 Claude Champaud, *Le Pouvoir* *cit.*, p. 197.

25 I quarant’anni della rivista, in *Rivista della Società*, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, n° 22, vol. I, p. 11.

26 Consoante destaca José Antunes, *“o átomo cedeu lugar à molécula”*, *idem*, p. 14.

27 A propósito, N. Buttler, reitor da Universidade de Columbia, declarou: *“... the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability corporation”* (*apud* José Antunes, *ibidem*, p. 7, nota 10).

28 Georges Ripert destacou serem as sociedades anônimas um *“maravilhoso instrumento do capitalismo*

e crescente expansão com a finalidade precípua de conquistar novos clientes em novos mercados as mais das vezes em diferentes continentes através dos processos de “concentração interna e externa de sociedades”.

## B – Concentração interna e externa de sociedades

De fato, numa economia capitalista, caracterizada pela livre, acirrada e, amiúde, desleal concorrência, não apenas a empresa precisa constantemente desenvolver-se (expansão interna), como, por igual, concentrar-se (expansão externa), com o escopo de aumentar a produção e conquistar consumidores, sobretudo, repita-se, com ênfase, em diferentes países de diferentes continentes, como dá conta Alberto de Rovira Mola: “*El fenómeno moderno de la concentración y dominio de las empresas se halla estrechamente ligado a la evolución de la economía capitalista. En un primer período que conoce la etapa gloriosa del capitalismo lleno de espíritu creador e iniciativa que coincide con la segunda mitad del siglo XIX, en los países de industria más adelantada y, sobre todo, en los Estados Unidos de América, hubo un gran florecimiento de coaliciones industriales. La producción del petróleo, del acero, del carbón, del gas y del azúcar fué sustraída poco a poco en aquella época a las diversas empresas independientes y restringidas a muy pocos grandes agregados que con frecuencia llegaron a ejercer notable influjo político. También hacia fin de siglo bien en proporciones más limitadas, se dieron en Europa agrupaciones de empresas que assumieron nombres diversos en los distintos países (kartelle, syndicatus, uniones, etc.)*”<sup>29</sup>

Claude Champaud, a sua vez, destaca: “*Le mouvement de concentration qui domine l'économie actuelle ne s'est affirmé et généralisé qu'à partir du milieu du siècle dernier. Les contemporains de cette éclosion ont prêté moins d'attention à cette 'révolution économique' qu'aux progrès scientifiques et techniques qui l'accompagnaient. Pendant longtemps ceux qui prédisent son accélération font figure de prophètes malveillants. Pour que le phénomène apparaisse dans toute son ampleur, il faudra que le système capitaliste soit rôdé. Il sera nécessaire que la concentration des capitaux soit suffisamment avancée, pour que les grandes entreprises, c'est-à-dire les grandes sociétés, ne cessent de croître en puissance et en nombre au détriment des petites entreprises individuelles ou pluri-individuelles*”<sup>30</sup>, não havendo dúvida de que “o mundo da grande empresa é o mundo dos grupos de sociedades”, consoante observou Phillip Blumberg<sup>31</sup>.

Entre nós, Fabio Konder Comparato assinala: “*A evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial tem sido comandada pelo fenómeno da concentração empresarial*”<sup>32</sup>, na linha traçada por

moderno” (apud José Antunes, *ibidem*, p. 8). Antonio Piras diz: “A forma de organização da grande empresa deixou de ser representada pela sociedade de ações, isoladamente considerada: a grande empresa pressupõe, é certo, como elemento indispensável, esta sociedade, mas atribui-lhe novas funções no mais amplo contexto do grupo. A grande empresa é hoje, por outras palavras, a ‘*empresa de grupo*’” (apud, José Antunes, *ibidem*, p. 18, nota 30).

29 Verbetes Concentración de Empresas, in Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1952, pp. 667/8.

30 Claude Champaud, *Le Pouvoir* cit, p. 4, nº 3.

31 Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, IX, apud José Antunes, *ibidem*, p. 30.

32 Aspectos jurídicos do capitalismo moderno, Revista dos Tribunais, 1970, p. 4, nº 3.



Oscar Barreto Filho: "o emprego cada vez maior do maquinismo, a fabricação em série, a utilização de processos técnicos mais aperfeiçoados, a necessidade de capitais vultosos para os grandes empreendimentos, a ampliação dos mercados consumidores são outros tantos fatores que conduzem à concentração de empresas, para a melhor realização de seus fins"<sup>33</sup>, o que torna indubitosa a importância global dos grupos de sociedades.

### C - Importância global dos grupos de sociedades

A importância, em nossos dias, dos conglomerados de empresas foi, de forma magnífica, exposta por José Antunes: "Em todas as economias nacionais pertencentes a qualquer um dos três maiores mercados mundiais (a famosa "Global Triade": EUA, CEE, Japão), os cadastros estatístico-societários disponíveis indicam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu estatuto de independência e recorrerem à técnica do grupo societário: só para citar os casos mais importantes, assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, 88% no Japão. Em todas essas nações, o peso de tais agrupamentos no contexto geral das respectivas economias é verdadeiramente notável: somente os maiores grupos nacionais representam, em média, cerca de 70% do volume global de negócios da indústria dos respectivos países, de 80% do montante total dos investimentos, de 50% da força laboral ativa e entre 80%-100% do total da produção industrial.

A nível internacional, o cenário é, porventura, ainda mais impressionante. Entre as 100 maiores entidades econômicas do globo, contam-se 50 Estados e 50 empresas multinacionais. O total do volume de negócios das 8 maiores empresas multinacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de 6 dos mais poderosos Estados-membros da CEE e o volume de negócios de alguns dentre eles chega mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal (é o caso do grupo General Motors)"<sup>34</sup>, tudo, portanto, levando à inelutável conclusão de que o grupo de sociedades é uma nova realidade jurídico-econômica<sup>35</sup> e uma técnica de

33 Apud nosso artigo Direito dos Grupos de Sociedades, Revista do Ministério Público, 1999, nº 9, p. 101.  
34 José Antunes, *ibidem*, p. 13/14.

35 Observe-se, contudo, consoante acentua Christian Bolze, "para a ordem jurídica, a particularidade essencial do grupo é a sua inexistência" (Le Marché Commun face aux Trusts: Étude Comparative sur les Groupes de Sociétés et le Droit de la Concurrence dans la CEE, Nancy, Publications Universitèl Nancy II, 1977, p. 61), e, com José Antunes que, "no contexto mundial, apenas quatro ordens jurídicas lhe consagraram até hoje uma regulamentação expressa (Alemanha em 1965, Brasil em 1976, Portugal em 1986, Hungria em 1989). A própria doutrina, com uma única honrosa exceção, tem brindado este terreno com um curioso silêncio e circunspeção: a verdade é que a esmagadora maioria dos manuais dos comercialistas nacionais e estrangeiros continua a omitir quaisquer referências significativas ao fenômeno. E a jurisprudência, essa, sem quadros jurídico-positivos e jurídico-dogmáticos de referência suficientemente elaborados e sólidos, tem limitado a respectiva intervenção à solução dos casos na estrita observância dos cânones jurídico-societários tradicionais, não arriscando fazer uso do seu potencial de "criação do direito" (José Antunes, *ibidem*, p. 15), ficando, pois, claro, mais uma vez, como em outros momentos da história da civilização, que o direito positivo não acompanhou a evolução dos novos fatos e das inéditas situações jurídicas, daí a percuente análise de Marcus Lutter: "a realidade da grande empresa não é hoje mais representada pela sociedade singular ou autônoma, mas pelo grupo: o grupo tem por isso tanta necessidade de uma disciplina jurídica quanto, pelo menos, dela tem a sociedade individual" (Lo

organização da empresa moderna, fatos que devem ser compreendidos e assimilados, para, na lição de Héctor José Miguens, doutor em direito da Universidade de Navarra, Espanha, e *visiting researcher* da Universidade de Londres, “*poder comprender acabadamente el fenómeno de los grupos de sociedades y su radical diversidad respecto de los sistemas societarios tradicionales de las sociedades-ista*”<sup>36</sup>.

- V -

### Grupo de sociedades: uma técnica de organização da empresa moderna<sup>37</sup>

*“Ce phénomène du regroupement recouvre des situations économiques très diverses, notamment quant à la taille des entités constituées ... aussi par leurs objectifs: verrouillage du pouvoir, optimisation de la gestion patrimoniale, réalisation d'économies d'échelle, accès à des marchés privilégiés, amélioration des conditions de financement, diversification des activités...”*<sup>38</sup>.

#### A – Conceito de grupo de sociedades

No livro “Grupo de Sociedades”, escrevi: “O grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com os interesses perseguidos pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas.

As sociedades componentes do grupo, mantendo, cada uma, personalidade e patrimônio próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira<sup>39</sup>, reúnem-se sob uma direção única, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, as mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas; não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos”<sup>40</sup>.

A propósito da matéria<sup>41</sup>, José Antunes esclarece que, “*num sentido estrito* Sviluppo del Diritto dei Gruppi in Europa, *apud* José Antunes, *ibidem*, p. 17).

36 Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades, Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1998, p. 1.

37 Aqui, parafraseei Jean Paillusseau, que deu a um de seus mais difundidos livros o título de La Société Anonyme – Technique d’Organisation de l’Entreprise, Paris, Sirey, 1967.

38 Groupes de sociétés, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 1998, p. 5.

39 A formação do grupo não equivale a uma fusão societária; cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos” (Gladston Mamede, Manual de Direito Empresarial, SP, Atlas, 2010, 5ª ed., p. 2040).

40 Ed. Forense, 1978, p. 31/32.

41 A Comunidade Econômica Europeia considera que “o agrupamento de empresas juridicamente autônomas, sob uma direção unitária, representa, do ponto de vista econômico, o instrumento mais importante da cooperação



ou próprio, designa-se por 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”<sup>42</sup>.

A seu turno, o Prof. Ariberto Mignoli acentua: “È che il gruppo, con tutte le sue problematiche, si impone come realtà, a cui dopo la “sensazione” deve far seguito la “definizione”, intesa come posizione dei termini. Si arriva così ad un temperamento fra gli interessi del gruppo nel suo complesso e la specifica situazione di ciascuna delle entità che lo compongono. Nel gruppo vengono ad emergere tre diversi interessi: quello della controllante, quello delle singole controllate e quello del gruppo stesso, tutti ugualmente degni di tutela, non essendo escluso che l’interesse del gruppo possa sovrapporsi anche all’interesse della controllante. “L’interesse di gruppo è il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l’asse di collegamento, fra l’interesse della controllante e le altre società del gruppo” (Gambino)”<sup>43</sup>.

## B – Características do grupo de sociedades

No artigo “Grupos de Sociedades”, reproduzi o pensamento de Fran Martins a propósito das características do grupo de sociedades: “O que caracteriza um grupo de sociedades é o fato de ele constituir um conjunto de sociedades juridicamente independentes, mas economicamente unidas”, segundo “um princípio hierárquico” em que conservam “sua própria personalidade moral própria sob a dominação, sob a direção comum, de um mesmo sujeito de direito”<sup>44</sup>.

No estudo “Direito dos Grupos de Sociedades”, ressaltei: “A internacionalização e a interdependência dos mercados, no que se convencionou denominar de “globalização da economia”, induzem, quiçá impõem, às empresas, até então preparadas para atender apenas a uma demanda local, regional ou nacional, a se expandirem<sup>45</sup> internamente, quer através de recursos financeiros de seus próprios acionistas ou de investidores do mercado de capitais (aumentos de capital mediante

*interempresarial nos países industrialmente desenvolvidos. Tal corresponde a uma tendência, observável nestas economias, para a formação de unidades sempre maiores, evitando, além disso, os riscos inerentes ao gigantismo (...). Parece compreensível, pois, que a concentração por intermédio dos grupos societários constituía um mecanismo essencial para a criação de unidades econômicas mais competitivas, que deverã por isso ser colocado à disposição das empresas comunitárias com vista a permitir-lhes realizar a necessária reestruturação e a necessária adaptação ao novo espaço econômico”.* (Commission CEE, Observations Préliminaires Concernantes les Travaux d’ Harmonisation des Législations sur les Groupes d’ Entreprises (doc. 548/XIV/71/F).

42 José Antunes, *ibidem*, p. 24.

43 Rivista delle Società cit., p. 12.

44 Grupos de Sociedades, Revista dos Tribunais, 1988, vol. 636, p. 29/30.

45 Por igual, Waldirio Bulgarelli leciona: “O fenômeno concentracionista tomou vulto acentuado entre nós, nos últimos anos, mercê do desenvolvimento da nossa economia a exigir fórmulas e mecanismos técnico-econômico-financeiros, não própria ou especialmente voltados para o domínio do mercado, mas, principalmente, para ao aumento da produtividade” (O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas, São Paulo, Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, p. 39).

subscrição pública de ações ou lançamento público de debêntures conversíveis em ações), quer através de autofinanciamento (aumento de capital mediante capitalização de lucros e reservas), quer através de fusões e incorporações, com o objetivo de, modernizando os processos técnicos de administração, fabrico e distribuição de produtos e serviços, 'torná-las', destaca Galbraith no livro "O novo Estado Industrial", 'dinâmicas, maciçamente capitalizadas e altamente organizadas, para obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos de produção', o que culminará por transformá-las, acentua Alvin Toffer na obra "Empresa Flexível", em 'empresas com nomes consolidados e produtos famosos; empresas com patrimônios que se elevam a bilhões de dólares; empresas com dezenas e até centenas de milhares de empregados; empresas de reputação invejável em Wall Street e com posições aparentemente inexpugnáveis em seus mercados'.

Mas, na "Era da Incerteza", não é suficiente a empresa atingir a sua "dimensão ótima"<sup>46</sup>, não basta, lembra, outrossim, Galbraith, 'estar em evidência tanto em Hong Kong e Singapura como em Nova Iorque, Bruxelas ou Madri', para manter-se competitiva, porquanto, nesse estágio de seu desenvolvimento, faz-se necessário que a empresa se expanda externamente, sob pena até mesmo de perecer.

A expansão externa da empresa moderna aperfeiçoa-se através da aquisição do controle societário (a) de empresas congêneres, formando-se um conglomerado horizontal, ou (b) de empresas fornecedoras de matéria-prima e distribuição de produtos, fazendo surgir, assim, um grupamento vertical<sup>47</sup>, ambos ensejando o fenômeno da concentração na pluralidade ou grupo de sociedades, em que se mantém a autonomia jurídica, perde-se a independência econômica<sup>48</sup> e surge uma direção unificada ("central direction", "direzione unitária").

### C - Independência jurídica e direção econômica unificada das sociedades grupadas

A opinião segundo a qual a concentração na pluralidade ou grupo de sociedades produz a perda da independência econômica, a manutenção da autonomia jurídica e o surgimento de uma direção centralizada, pacífica entre os estudiosos, é reiterada, entre muitos outros autores de nomeada, pelo Prof. Dr. José

46 A experiência demonstra que a expansão interna da empresa provoca problemas de ordem (a) administrativa, (b) financeira e (c) jurídica, pois torna difícil (a') assegurar uma gestão eficiente e rentável, (b') garantir vultosos recursos financeiros, indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, e (c') coibir abusos, sobretudo os ligados ao direito da concorrência, o que levou administradores, economistas e advogados a criarem mecanismos que permitam à empresa continuar a crescer, não mais apenas internamente, em especial através dos processos de fusão e de incorporação de companhias concorrentes, que levam à concentração primária ou concentração na unidade, em que há perda da autonomia jurídica e econômica, mas através da expansão externa.

47 Claude Champaud, ao doutrinar sobre os grupos industriais, classifica-os em "grupos de estrutura radial", "grupos de estrutura piramidal", "grupos de estrutura circular" e "grupos de estrutura financeira complexa.", em Le Pouvoir cit., p. 215 a 219.

48 Revista Forense, 1998, vol. 341, p. 91/92.



Antunes, Mestre em Direito da UPC de Lisboa e Doutor em Direito do Instituto Universitário Europeu, Florença, ao doutrinar que o grupo de sociedades é “*todo conjunto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária comum*”, e, mais, que, “*do ponto de vista jurídico, a especificidade do grupo societário reside nessa tensão ou oposição latente entre a situação de direito (pluralidade jurídica de entes societários autônomos) e a situação de fato (unidade de ação econômica e centralização do poder de direção) – ou, na terminologia de outros autores, na tensão subjacente a esta ‘unidade na diversidade’*”<sup>49</sup>, acentuando, ainda, que os elementos característicos dos grupos de sociedades são “*a independência jurídica das sociedades integrantes e a unidade de direção econômica das entidades integrantes*”<sup>50</sup> (grifos do original).

Ainda José Antunes, ao aprofundar-se no tema “*do controlo intersocietário ao grupo societário: a direcção económica unitária*”, enfatiza: “*O fenómeno do controlo intersocietário constitui a fonte energética do fenómeno dos grupos de sociedades, onde, de resto, encontra a sua cristalização organizacional mais elaborada e acabada. Na verdade, como acima se sublinhou, o grupo societário constitui uma nova forma de reorganização da empresa moderna, onde uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direcção económica unitária. Ora foram precisamente os mecanismos de controlo intersocietário que vierem fornecer a possibilidade jurídica e consistência prática a tal forma de organização empresarial: são eles que permitem a criação da sua típica rede piramidal de laços intersocietários (pluralidade jurídica); e é graças a eles que a sociedade-mãe carrega toda a unidade de acção e estratégia, responsável pela coesão e sobrevivência económica da empresa plurissocietária (unidade económica)*”<sup>51</sup>.

Rafael Mariano Manóvil, a sua vez, é categórico quando se refere ao conglomerado de empresas: “*Trata-se de ‘uma pluralidade de entidades juridicamente independentes submetidas a uma direção única’*”. [...] Portanto, unidade econômica e pluralidade jurídica são, então, as características que se destacam na doutrina para descrever o fenômeno grupal<sup>52</sup>.

Por isso, como há mais de trinta anos, após ler e reler as obras e estudos de Champaud, Keutgen, Rodiere, Sanders, Rafael Manóvil, José Antunes, entre outros, estou convencido de que as sociedades grupadas, quer pertençam a grupos de fato, quer a conglomerados de direito, se mantêm, sob o aspecto jurídico, independentes e autônomas, com personalidades próprias e distintas umas das outras, embora economicamente integradas e submetidas a uma única direção<sup>53</sup>, por força do instituto da personificação, extraordinária conquista da Ciência Jurídica<sup>54</sup>, que os operadores

49 José Antunes, *ibidem*, p. 24.

50 *Ibidem*, p. 26. Na obra *Groupes de Sociétés*, Paris, Francis Lefebvre, 1999, p. 13 e segs., coletânea de diversos renomados professores franceses de Direito dos Negócios, há longa exposição sobre a independência jurídica das sociedades ligadas, que se unem pelos laços de direção.

51 *Ibidem*, p. 85.

52 *Grupos de Sociedades*: en el Derecho Comparado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 156.

53 A propósito de “direção unitária ou unificada ou centralizada”, leia-se o estudo de Guido Rossi, Prof. de Direito Comercial da Universidade de Bocconi, Milão, e Presidente da Comissão Nacional para a Sociedade e a Bolsa, “Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere”, in *Rivista della Società cit.*, p. 17 a 45, em especial o nº 4.

54 O eminente Prof. Calixto Salomão Filho, profundo conhecedor da História do Direito e notável pesquisador



do direito, em suas diversas áreas de atuação, têm o dever de preservar em toda sua plenitude e grandeza<sup>55</sup> e, por conseguinte, o dever de insurgirem-se contra o desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, sobretudo quando ela é empregada para estender a falência a empresas sob controle societário comum, isto é, estender a falência (a) da controladora para sociedades controladas; (b) de controlada para sua controladora e (c) de controlada para outras controladas, quaisquer sejam os fundamentos, tais como: abuso de direito do controlador; abuso ou desvio ou excesso do poder de controle; fraude à lei e aos direitos e interesses de sócios ou acionistas e credores; sociedade simulada ou aparente ou de fachada; uso da sociedade ficticiamente; confusão patrimonial; subcapitalização<sup>56</sup>; negócios promíscuos; disposição de bens sociais como se fossem próprios; atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador; instalação na mesma sede, com idêntico objeto e força de trabalho, etc., pois todos esses fatos ilícitos podem e devem ser punidos exemplarmente com indenizações civis pecuniárias, sanções criminais, se tipificada a prática de delito, e penas administrativas,

do Direito Comparado, no excelente estudo “*Societas com relevância externa e personalidade jurídica*”, publicado na RDM, ano XXX, Nova Série, nº 81, jan-março/1991, p. 66 e segs., ao tratar, no item 3, p. 73 e segs., da “construção dos conceitos modernos de sociedade e personalidade” e da “ampliação do reconhecimento de centros de imputação de direitos e deveres no campo negocial”, ensina que, “com o iusnaturalismo, se cogita pela primeira vez de algo que se pode definir como problema das pessoas jurídicas” e, após discorrer, com segurança, sobre a “formulação da teoria da pessoa jurídica” pela “pandectística” alemã do século XIX, destaca: “Com esta última passagem alcança-se o ponto máximo da abstração. A noção de pessoa, que primeiramente tinha se separado da noção de homem para identificar-se com a de sujeito de direito, através do acréscimo de um adjetivo: “pessoa jurídica”, separa-se sucessivamente do próprio conceito de “direito subjetivo”, do qual se originara. Fica consequentemente livre o caminho para construções eminentemente normativísticas da personalidade jurídica, que a consideram um conceito meramente instrumental, isto é, a forma de expressão de uma determinada disciplina. Derivando o direito subjetivo de uma atribuição legislativa, torna-se um pressuposto, um *prius* lógico e não uma consequência da personalidade jurídica. O problema da personalidade jurídica transforma-se assim em um problema quantitativo e não qualitativo, ou seja entre os vários sujeitos de direito reconhecidos no ordenamento é pessoa jurídica aquele ao qual o legislador atribui uma especial disciplina” (p. 75).

55 Há muito se fala da “crise da personalidade jurídica”, objeto, aliás, da excelente monografia “A dupla crise da personalidade jurídica” de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1979, observando, com acerto, Calixto Salomão Filho que a “crise que não é apenas teórica mas também prática, revelada sobretudo pelas profundas diferenças entre as legislações em relação à personalidade jurídica das sociedades comerciais. Estas diferenças levaram recente projeto para o recíproco reconhecimento das sociedades comerciais a renunciar ao conceito de pessoa jurídica como elemento base para o reconhecimento. Trata-se da Convenção de Bruxelas de 1968, que em seu art. 8 exclui expressamente a personalidade jurídica dos requisitos indispensáveis para o reconhecimento e consequente para atribuição de “subjetividade jurídicas” às sociedades comerciais” (estudo cit., p. 76, nota 4). Anote-se, com Hubert Lepargneur, in *Les Sociétés Commerciales aux E'tats-Unis d'Amerique*, Dalloz, p. 29 e segs., que há, nos EUA, uma clara diferença entre sociedades não incorporadas (*partnership* em sentido estrito e em sentido amplo — as *limited partnerships* ou *special partnerships*, as *joint stock companies* (SA não incorporadas) e as *joint venture*) e as sociedades incorporadas, dotadas de personalidade jurídica (*close corporations* — semelhante às sociedades limitadas — e as *corporations* — as SA), estas sujeitas à aplicação da teoria do “*disregard of legal entity*”, quando provado que a personalidade jurídica foi “*utilizada abusivamente para manipulações desonestas*” (*apud* J. Lamartine Corrêa de Oliveira, ob. cit., p. 265 e segs.)

56 Frisa J. Lamartine Corrêa de Oliveira em seu monumental “A dupla crise da personalidade jurídica”, p. 612: “O Brasil é um país em que a subcapitalização é uma doença que ainda não foi diagnosticada, em grande parte por falta de mais rigorosas normas que assegurem efetiva base de capital às sociedades de responsabilidade limitada”.



quando se tratar de companhias abertas, com fundamento em normas jurídicas de redação cristalina da LSA e da LFRE, como resta claro no item VIII *infra*, jamais com respaldo na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

## - VI -

### Desconsideração da personalidade jurídica

“... a crítica sofrida pela obra de Serick teve também o mérito de demonstrar que o natural *efeito sugestivo* da idéia de *desconsideração* ou de *penetração* teve o condão de fazer passar por problemas só solucionáveis através da técnica *desconsiderante* casos perfeitamente remediáveis pela terapêutica *clássica* do Direito Civil.”<sup>57</sup>

#### A - Personalidade jurídica da pessoa jurídica

Nos sistemas jurídicos das “famílias” romano-germânica e anglo-americana<sup>58</sup>, é princípio inconcusso que nem a sociedade dominante, nem as sociedades dominadas de um grupo econômico respondem por fatos, atos, omissões, obrigações e dívidas de qualquer outra integrante do conglomerado de empresas de que façam parte, eis que cada uma constitui uma entidade legal própria com direitos, obrigações e interesses distintos das demais, ainda que pertençam ou estejam submetidas a rígido controle interno de outra sociedade<sup>59</sup>.

Por isso, o preclaro Prof. Arnoldo Wald ensina: “*tanto a sociedade se distingue dos sócios, como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidade ou sofrer desvantagens decorrentes de atuação da empresa. A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que a separam de todos os demais, e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato*”, e arremata, com palavras

57 J. Lamartine Corrêa de Oliveira, ob. cit., p. 610.

58 Consoante preleciona René David, “o uso da palavra *anglo-saxônica*, para designar o direito de ingleses e americanos de hoje, é justamente considerado como absurdo fora do continente europeu”, in Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 4ª ed., p. 356, nota 1.

59 Henry Hansmann, Harris Professor of Law, Yale Law School, e Reinier Kraakman, Professor of Law, Harvard Law School, no profundo estudo “Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários”, após afirmarem que, “*por mais de um século, a responsabilidade limitada por danos tem prevalecido como regra para sociedades anônimas nos Estados Unidos e em outros países*”, destacam, em nota de rodapé, a de nº 1: “Por exemplo, BLUMBERG, p. *The Law of corporate groups: substantive Law*. Little Brown & Co Law & Business, 1987, p. 681-692 (1987) (que sugere a abolição de responsabilidade limitada entre empresas dentro de “grupos societários”); Dente, Georg W. Limited liability in environmental Law. *Wake Forest Law Rev.*, v.16, p. 151-178, 1991 (que propõe um teste de “prudência razoável”, para impor responsabilidade limitada a acionistas controladores. (in “Os Grupos de Sociedades”, Saraiva e FGV, 1ª ed., p. 255/256).

categorías: “reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (Pessoas Jurídicas)”,<sup>60</sup> pensamento partilhado por Caio Mário da Silva Pereira<sup>61</sup> e Orlando Gomes<sup>62</sup>, entre inúmeros outros insígnis doutrinadores nacionais e estrangeiros.

Destarte, pode-se afirmar que, em decorrência do instituto da personificação:

(1º) a sociedade possui individualidade própria, inconfundível com a de seus sócios ou acionistas controladores, minoritários e preferencialistas;

(2º) a sociedade possui capacidade jurídica autônoma, inconfundível com a desses sócios ou acionistas;

(3º) a sociedade possui patrimônio distinto, inconfundível com o desses sócios ou acionistas;

(4º) os sócios ou acionistas controladores não podem, em princípio<sup>63</sup>, ser responsabilizados perante terceiros por obrigações e dívidas de sociedade de que façam parte,

(5º) enfim, há uma nítida e incontestada distinção entre a personalidade da sociedade e a dos seus membros, quer a consideremos como uma unidade isolada, quer a consideremos como uma sociedade integrante de um grupo de sociedades de fato ou de direito, razão pela qual permanece, sobranceiro e intocado, no que tange ao direito positivo dos povos cultos, o princípio *universitas distat a singulis*, pois a personalidade jurídica acarreta a separação plena e absoluta entre os direitos e as obrigações da sociedade e os dos sócios ou acionistas, que a compõem.

## B - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Essa regra geral pode, todavia, ser posta de lado, em casos especialíssimos e em circunstâncias excepcionais, pela aplicação da teoria da “*disregard of legal entity*” ou “*piercing the corporate veil*” (EUA), da “*lifting the corporate veil*” (Reino Unido), do “*superamento dello schermo della personalità giuridica*” (Itália), do “*abuso de la personalidad jurídica*” (América Latina), do “*levantamiento del velo societario*” (Espanha), da “desconsideração da personalidade jurídica” (Brasil e Portugal), se

60 “Direito Comercial, Estudos e Pareceres”, Ed. RT, 1979, p. 217/ 218.

61 Caio Mário da Silva Pereira, confessando-se adepto da teoria da realidade técnica, assegura que as sociedades, dotadas de personalidade, são “providas de capacidade e de existência independente... sujeitos ativo e passivo de relações jurídicas... titulares de seus próprios direitos”. (Instituições de Direito Civil, Forense, 1961, v. I/219).

62 Orlando Gomes, após chamar a atenção para o fato de que “não são apenas as pessoas naturais que podem ser sujeitos de direito”, proclamou que as sociedades são “entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, adquirem personalidades distintas dos seus componentes. Reconhece-lhes a lei capacidade de ter direito e contrair obrigações”. (Introdução ao Direito Civil, Forense, 1971, p. 174).

63 Eventual responsabilidade de sócios ou acionistas controladores, pessoas físicas ou jurídicas, será apurada através de procedimento ordinário com fundamento nos arts. 82 da LFRE e 117 e 246 da LSA.



e quando provado: (a) abuso de direito e/ou desvio ou abuso de poder de controle<sup>64</sup>; (b) fraude à lei; (c) violação de norma contratual; (d) desvio da personalidade jurídica, etc., conforme restou demonstrado na magistral sentença do douto juiz Antônio Pereira Pinto, ao ressaltar que “os tribunais germânicos, baseando-se nos conceitos de ‘boa-fé’, de ‘poder dos fatos’, de ‘realidade da vida’, de ‘natureza das coisas’, de ‘consciência popular dominante’ e, por vezes, aludindo às ‘exigências ou necessidades econômicas’, resolviam, por equidade, em casos isolados, deixar de lado a personalidade jurídica da sociedade, desconhecendo-a ou dela fazendo omissão, para investigar a situação real das coisas, os fatos e as pessoas que lhe servem de suporte”<sup>65</sup>.

No direito americano, como sabido, essa doutrina recebeu a designação de *disregard of legal entity* e se converteu em instituto consolidado em matéria de direito de sociedades,<sup>66</sup> a ela devendo recorrer o juiz quando “a sociedade está sendo utilizada fraudulentamente para a violação de um contrato a que se vinculou o acionista majoritário”<sup>67</sup>, pois, “se um devedor tenta subtrair-se de uma obrigação de fazer ou não fazer que assumiu, deixando ou fazendo com que uma pessoa jurídica atue em seu lugar, encontramos-nos em face de uma hipótese que equivale à tentativa de burlar a lei com a interposição da pessoa jurídica”<sup>68</sup>, aduzindo: “se pessoa natural contraíu determinada obrigação de fazer ou não fazer, não pode subtrair-se ao seu cumprimento por via de sua ocultação atrás de uma sociedade anônima, pois, se tal ocorrer, o juiz, entendendo que a estrutura formal da pessoa jurídica foi utilizada de maneira abusiva, prescindirá da regra fundamental que estabelece a separação radical entre a sociedade e os sócios, a fim de que não vingue o resultado contrário ao direito que se tem em vista”<sup>69</sup>.

Em suma: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica pode e deve ser aplicada pelo juiz, em caráter excepcional e em casos especialíssimos, sempre que o sócio ou acionista controlador, para subtrair-se a uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente de uma relação contratual, usar, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros, com a finalidade de condená-lo ao ressarcimento dos prejuízos que causou.

Quanto à aplicação da teoria de desconsideração nas hipóteses de fraude à lei, abuso de direito e/ou abuso ou desvio de poder de controle e desvio da personalidade jurídica, a doutrina nacional, à frente J. Lamartine Corrêa de Oliveira, Rubens Requião, Fábio Konder Comparato, Marçal Justen Filho, Calmon de Passos, Arnaldo Wald, Luiz Roldão de Freitas Gomes, dentre outros,

64 Sobre esses três conceitos, leiam-se os notáveis comentários do ínclito Prof. Modesto Carvalho, *in* Comentários à LSA, Saraiva, 4ª ed., 2º vol., p. 208 e segs.

65 Revista Forense, 133/269.

66 A propósito: Rolf Serick, “Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica”, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 94 e nota 25; J. M. Wormser, “Piercing the Veil of Corporate Entity”, 12, Columbia Law Review, 1942, p. 496; J. Wormser, “Disregard of the corporate Fiction and Allied Corporation Problems: Nova Iorque, 1927; Henry W. Ballantine, “Manual of corporation Law practice”, Chicago, 1930, § 122, p. 292 e ss.; Henry W. Ballantine, “Disregarding the Corporate Entity as a Regulatory Process”, Califórnia Law Review, 1943, citados por Antônio Pereira Pinto, p. 276.

67 Antônio Pereira Pinto, loc. cit.

68 Antônio Pereira Pinto, idem, p. 277.

69 Antônio Pereira Pinto, loc. cit.

e a jurisprudência têm, também, pacificamente, posto de lado a personalidade da pessoa jurídica para punir o sócio ou acionista, que usou, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros, obrigando-o à completa e total reparação dos danos que provocou.

### C - Teoria da desconsideração em face do Código Civil

Parece-me claro, por isso, que, se o sócio ou acionista controlador for pessoa jurídica, não se deve decretar a sua falência ou impor a extensão dos efeitos da falência (a) da controladora para as controladas, (b) da controlada para a controladora e (c) da controlada para outras controladas, nem lacrar seus estabelecimentos, nem encerrar suas atividades, nem “torrar” em público leilão os bens integrantes do seu ativo, porquanto **não** é este o escopo da teoria da desconsideração, nem a finalidade do art. 50 do Código Civil, mas pura e simplesmente obrigá-la à integral reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros, eis que, “*se houve abuso da personalidade jurídica ou se uma grave confusão patrimonial ocorreu, o caso será de estender não a falência, mas a responsabilidade patrimonial a quem conspurcou a autonomia da pessoa moral, com base no art. 50, CC e sempre com o respeito do devido processo legal*”<sup>70</sup>, sobrelevando notar que não se trata de um ultrapassado enfoque positivista de respeito ao mandamento legal, mas, precipuamente, de se entender a verdadeira razão de ser do instituto da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial e, por conseguinte, da aplicação excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, que deve ser pontual, transitória e específica, voltada ao caso concreto<sup>71</sup>.

Com efeito, doutrina o Prof. Fábio Konder Comparato, ao comentar o art. 50 do Código Civil, que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não leva à liquidação ou à despersonalização da pessoa jurídica, mas exclusivamente à “*extensão dos efeitos aos bens particulares do sócio*”<sup>72</sup>.

Não leva à liquidação, nem à despersonalização, nem à falência ou à extensão dos efeitos jurídicos da falência porque **não** é esse o escopo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, eis que, repita-se, de novo e sempre: o Código Civil, no art. 50, ao admitir “descortinar-se o véu”, busca alcançar e tornar o sócio ou acionista controlador da sociedade falida solidária e ilimitadamente responsável pelo ressarcimento dos prejuízos causados aos credores, coibindo a fraude, em qualquer de suas nefastas formas, e punindo o sócio ou acionista, que

70 Ricardo Tepedino, comentários ao art. 123, LFRE, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Paulo Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord.), São Paulo, Saraiva, 2010, 4ª ed., p. 449; cf. também Paulo Salles de Toledo, no artigo “Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas”, *Revista do Advogado*, ano XXIX, nº 105, setembro de 2009.

71 J. E. Tavares Borba, referindo-se à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, diz: “Não tem essa doutrina o alcance de anular a personalidade jurídica, mas o de afastá-la em **situações específicas**, nas quais, com efeito, não tenha agido a sociedade segundo seus interesses, mas os sócios, que a manipularam como instrumento de pretensões pessoais” (*Direito Societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 11ª ed., p. 34).

72 *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, ob. e vol. cit., p. 339.



praticou ato ilícito ou abusou da personalidade da sociedade, **jamais** “quebrar” uma sociedade empresária em dia com suas obrigações e dívidas, sob pena de violação do princípio da preservação da empresa, que permeia o moderno Direito Empresarial, em especial o Direito Falimentar, e foi positivado no art. 47 da LFRE.<sup>73</sup>

Mas, há de indagar-se: o sócio ou acionista controlador da falida, pessoa física ou jurídica, que urdiu a trama fraudulenta, ficará livre para gastar o produto da fraude, do ilícito?

Evidentemente que **NÃO!**

Evidentemente que deve ser condenado e punido; porém, **não** através do desvirtuamento da teoria da desconsideração, mas de normas cogentes, de redação cristalina, da LSA e da LFRE, como exposto no item VII; antes, porém, vejamos porque é “juridicamente impossível”, no Brasil, decretar a quebra de uma sociedade empresária na ausência do pressuposto objetivo da falência.

- VII -

### Pressuposto objetivo da falência

Pressuposto é uma “afirmação cuja verdade é necessária para a verdade ou falsidade de outra afirmação”<sup>74</sup>.

#### A – Pressupostos da falência

Para que se caracterize o estado de falência ou quebra<sup>75</sup>, é indispensável a coexistência de três pressupostos<sup>76</sup>: o pressuposto subjetivo, o pressuposto objetivo<sup>77</sup> e o pressuposto formal.

73 “Art. 47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Ademais, o art. 974 do CC também evidencia este princípio, ao possibilitar ao empresário que, por algum motivo, se tornar incapaz, continuar no exercício da atividade empresarial, por ele anteriormente exercida, através de representante ou assistente.

74 Dicionário de Filosofia Oxford, Jorge Zahar Ed., 1994, p. 311.

75 Falência ou quebra são expressões sinônimas. A Lei de Falências e Recuperação de Empresas vale-se, entretanto, exclusivamente, do vocábulo falência, a exemplo do que ocorre na Itália, em que a matéria é regulada pelo Código da Falência; na Argentina, a preferência é pela palavra quebra, conforme se verifica da epígrafe da Lei 24.522, sancionada em 20.07.1995; na França, a Lei nº 85-98, de 25.01.1985, não usa nem o termo falência, nem quebra, mas liquidação, conforme expus em meu livro “Da recuperação da empresa no Direito Comparado”, Ed. Lumen Júris; por fim, anote-se que, outrora, bancarota era a falência ou quebra criminosas.

76 Entende-se por pressuposto, segundo o Novo Dicionário Aurélio, “a circunstância ou o fato considerado antecedente necessário de outro”; consoante o Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, Forense, 15ª ed., p. 636, pressuposto é “o que deve vir antes.”

77 Os pressupostos subjetivo e objetivo são denominados por De Martini de “elementos constitutivos substanciais para a sentença declaratória da quebra”, in Gli elementi costitutivi de estintivi della stato d’insolvenza, “Dir. Fall.”, 1943, I, p. 39.

*In casu*, interessa-nos apenas o pressuposto objetivo<sup>78</sup>.

## B – Pressuposto objetivo

Segundo Bento de Faria<sup>79</sup>, o estudo do Direito Comparado demonstra que, no direito antigo, o estado de falência decorria do desequilíbrio do patrimônio do devedor, quando o ativo se mostrava inferior ao passivo, denunciando a impossibilidade de o devedor pagar a dívida exigível<sup>80</sup>.

“Esse (antigo) critério”, observa, ainda, Bento de Faria, “foi substituído pelo da cessação de pagamentos – ou seja, a insolvabilidade –, expressiva da impossibilidade de pagar débitos vencidos e exigíveis, por falta de meios”<sup>81</sup>, e, posteriormente, no país, o da cessação de pagamentos pelo da impontualidade e dos atos de bancarrota, como elucidam J.X. Carvalho de Mendonça<sup>82</sup>, Waldemar Ferreira<sup>83</sup> e Paulo de Lacerda<sup>84</sup>, que vige até hoje<sup>85</sup>.

É curial que, em condições normais, o empresário, sensato e de boa-fé, leva em consideração, quando contrai uma dívida, três elementos distintos: o seu ativo, que é o complexo de bens e direitos de que é titular; o seu passivo, que é o conjunto de obrigações contraídas com terceiros, e a liquidez do seu ativo, que consiste na possibilidade de transformar os bens e direitos que possui em moeda corrente para atender às suas obrigações e dívidas.

Quando ocorre um desequilíbrio entre o ativo e o passivo do devedor ou quando, no vencimento, o devedor não dispõe de meios financeiros suficientes para pagar uma dívida líquida e certa, diz-se, impropriamente, que ele está insolvente ou insolvável, ou, como, acertadamente, doutrina Alfredo Rocco, que ocorreu “*um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia*”, caracterizado pela impontualidade, que consiste, assevera J. X. Carvalho de Mendonça, na “*impossibilidade de pagar, fenômeno resultante na falta de valores pronta e imediatamente realizáveis para que o devedor solva*”

78 Sobre os pressupostos subjetivo e formal e longa dissertação sobre o pressuposto objetivo, leia-se o meu ensaio “Pressupostos da Falência”, Revista Forense, abril, maio e junho/2000, vol. 350, p. 49 e segs. 79 Direito Comercial, Falência e Concordata, Ed. A. Coelho Branco Fo., 1947, 1ª parte, p. 76.

80 Atente-se, contudo, a bem da verdade, e atualmente é pacífico, que o devedor pode ser solvente, por possuir um ativo superior ao seu passivo, e encontrar-se impossibilitado de adimplir, nos respectivos vencimentos, obrigações pecuniárias por absoluta falta de recursos financeiros disponíveis, quando, em alguns sistemas jurídicos, como o nosso, se encontrará, então, em estado de falência.

81 Bento de Faria, ob. e loc. citis.

82 Das falências e dos meios preventivos de sua declaração, São Paulo, Tip. Brasil de Carlos Gerke & Cia., 1899, 1º. vol., págs. 81 e segs.

83 Tratado de Direito Comercial, Saraiva, 1965, 14º. vol., págs. 60 e segs.

84 Da Falência no Direito Brasileiro, Cia. Editora Nacional, 1931, p. 131.

85 Com efeito, o Código Comercial brasileiro, no artigo 797, dispunha que “todo o comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido”, passando o Decreto 917, de 1890, artigo 1º e seu § 2º e o artigo 2º, ao sistema da “impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa e a ocorrência de circunstâncias denunciadoras da insolvência taxativamente enumeradas em lei”, critério mantido pela Lei nº 859, de 1902, artigo 1º e § 1º; pela Lei nº 2.024, de 1908, artigo 1º e seu parágrafo único; pela Lei nº 5.746, de 1929, artigo 1º e seu parágrafo único; pelo Decreto-lei nº 7.661, de 1945, artigos 1º e 2º, e, finalmente, pela Lei nº 11.101, de 2005, artigo 94, incisos I e II.



a obrigação no dia certo do vencimento”<sup>86</sup>.

## C – Pressupostos objetivos da falência na LFRE

### (a) Impontualidade

O art. 94 da LFRE, em dois incisos, estabelece a impontualidade como pressuposto objetivo da falência em nosso país, *verbis*:

“Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.”

### (b) Atos de quebra

Além da impontualidade, a LFRE, no mesmo art. 94, enumera, de maneira taxativa, sob a forma de *numerus clausus*, os demais atos ensejadores da falência, *verbis*:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

<sup>86</sup> Tratado de Direito Comercial, Freitas Bastos, 1946, vol. VII, pág. 191.

g) *deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.*"

(c) A extensão da falência na LFRE

Não há, no Brasil, como se pode constatar de perfunctória leitura das alíneas a a g, do inc. III, do art. 94, da LFRE, nenhuma hipótese de extensão da falência de uma sociedade a outra, nem, tampouco, previsão expressa ou implícita de extensão da falência nos casos em que ocorre "confusão patrimonial", "negócios promíscuos", "disposição de bens societários como se fossem próprios", "empresa de fachada", "atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador", etc., eis que o legislador pátrio desprezou a orientação que prevaleceu, por exemplo, na Argentina, em que a extensão da falência a empresas grupadas está, categoricamente, prevista na *Ley de Concursos y Quiebras* (Ley nº 24.522, de 20.07.1995).

Com efeito, a LCQ argentina dispõe no art. 161, *verbis*:

ARTICULO 161 - Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende:

1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:

a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;

b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.

3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

A sua vez, o art. 167 determina a formação de uma única massa quando decretada a extensão da falência, *verbis*:



"ARTICULO 167 - Masa única. La sentencia que decrete la extensión fundada en el Artículo 161, inciso 3, dispondrá la formación de masa única.

También se forma masa única cuando la extensión ha sido declarada por aplicación del Artículo 161, incisos 1 y 2 y se comprueba que existe confusión patrimonial inescindible. En este caso, la formación de masa única puede requerirla el síndico o cualquiera de los síndicos al presentar el informe indicado en el Artículo 41. Son parte en la articulación los fallidos y síndicos exclusivamente.

El crédito a cargo de más de uno de los fallidos concurrirá una sola vez por el importe mayor verificado."

A *Câmara Nacional de Apelações em lo Comercial*, em julgamento realizado em 04.05.2011, ao interpretar o art. 161 da LCQ, decidiu: "Quiebra - Extensión de la quiebra - Supuestos - Grupo económico - Actuación em interes personal - Prueba del fraude - Condena penal por asociación ilícita - Masas separadas."

Nos itens 1 a 4 do v. acórdão, afirmou-se, *verbis*:

"1- Siempre que em la realidad económica — com abstracción de las formas jurídicas — exista unidad patrimonial, corresponderá decretar la extensión de quiebra com fundamento em el art. 161, inc. 3º, ley falencial, disponiéndose al efecto la conformación de una sola masa.

2 - El supuesto de extensión de quiebra por confusión patrimonial requiere que el manejo promiscuo de los negocios torne imposible saber quién se obliga y quién es el destinatario de los beneficios.

3 - La realización de actos bajo la apariencia de actuación de diversas sociedades pero enderezados a la satisfacción del propio interés, impone decretar la extensión de la quiebra conforme al supuesto previsto em el inc. 1º, art. 161, ley falencial.

4 - Corresponde decretar la extensión de quiebra com fundamento em el inc. 1º, art. 161, ley falencial, siempre que el sujeto extendido hubiese dispuesto de los restantes sujetos de derecho em su propio interes, y como si hubiese sido su único dueño."<sup>87</sup>

Não há, na jurisprudência argentina, acórdão discrepante, eis que sempre se tem entendido, com fulcro no art. 161 da LCQ, que, repita-se, negócios promiscuos, confusão patrimonial, disposição de bens societários como se fossem próprios, "empresa de fachada", atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador acarretam a extensão da falência à sociedade dominante de grupo econômico, conforme se pode constatar das decisões também proferidas pela

87 Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalam, ano 45, 2012-A, p. 207.

Câmara Nacional de Apelaciones em lo Comercial em 11.07.2006, in re "G. Cáceres S.A. v. Estructuras Cáceres S.A.", LLOnline AR/JUR/5260/2006; *idem* em 25.02.2000, in re "Expocristal S.A. s/quiebra", LL 2000-E-54; *idem* em 16.03.2009, in re "Comix S.A. s/quiebra v. Edixer S.A.", LL 2009-D-184, entre muitos outros.<sup>88</sup>

#### - VIII -

### Extensão da falência a sociedades do mesmo grupo econômico

*"El principio está muy claro y fuera de discusión: las compañías que forman un grupo son personas legales autónomas y la sociedad dominante o matriz no es responsable por las deudas de las subsidiarias o dependientes, incluso cuando están mayoritariamente controladas"*<sup>89</sup>.

#### A - Origem, natureza jurídica e finalidade da extensão da falência

No livro "Direito Concursal", ao discorrer sobre a "evolução histórica do direito falimentar"<sup>90</sup>, afirmei, com apoio na doutrina de Carvalho de Mendonça<sup>91</sup> e Jonón<sup>92</sup>, que o direito italiano medieval foi o berço do instituto da falência moderna, eis que já previa a nomeação de síndico; o sequestro de bens e livros do devedor; o exame das contas e livros e a verificação do ativo e passivo do falido; o afastamento do responsável pela administração dos bens da massa; a relação dos credores e o respectivo pagamento, observadas as preferências hipotecárias e privilegiadas; a assembleia de credores; a punição do falido pela prática comprovada de crimes falimentares, etc.

A extensão da falência é, outrossim, oriunda da Idade Média e surgiu como uma "medida cautelar coercitiva", de "natureza penal", semelhante ao arresto dos bens do falido, com a finalidade de compelir o devedor a quitar as suas dívidas<sup>93</sup>.

#### B - Noção de extensão da falência

Com efeito, a melhor doutrina, capitaneada por Héctor José Miguens, leciona que a extensão da falência é um instituto de direito concursal de caráter

88 Revista cit., p. 201 a 211.

89 Michel Jeantin, *Droits des sociétés*, Montchrestien, Paris, 1989, p. 404, *apud* Héctor José Miguens, *ob. cit.*, p. 273, nota 604.

90 Forense, 1998, 2ª ed., p. 4/5.

91 Tratado de Direito Comercial, Ed. Freitas Bastos, 1946, vol. VII, livro V, parte I, p. 17.

92 Derecho Concursal, Ed. Depalma, 1992, vol. I, p. 112.

93 Cfr. expõe, com brilho e extensamente, Héctor José Miguens, *idem*, p. 7 e segs.



excepcional, portanto de interpretação estrita em todos os casos; uma sanção com fins indenizatórios por força de uma conduta típica, antijurídica e imputável ao devedor a título de dolo ou culpa; um meio de proteger os credores e um “remédio extremo”, que impõe “aos operadores do direito que não a usem de maneira ordinária, comum, frequente”<sup>94</sup>.

### C - Doutrina sobre a extensão da falência à sociedade controladora

Objeto de aprimorado estudo no exterior, a extensão da falência ao controlador é, na Itália, à frente o jurista Walter Bigiavi, fundamentada na “doutrina do empresário oculto”, isto é, aquele que se vale da sociedade em benefício próprio; em França, na “doutrina do maître de l’affaire”, semelhante à doutrina italiana do “sócio tiranno”, que responsabiliza o empresário que comanda os negócios sociais do falido em proveito próprio e em prejuízo de terceiros; na Argentina e no Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha de 1983, na “doutrina da utilização dos bens sociais como se fossem próprios”, cujo título dispensa explicações; em diversos países, em especial nos EUA, Brasil e Portugal, na “doutrina da desconsideração da personalidade jurídica”<sup>95</sup>.

### D - Doutrina sobre extensão da falência a sociedades grupadas

A extensão da falência a empresas grupadas é, a sua vez, objeto de profunda análise pela “doutrina da unidade econômica como princípio básico de responsabilidade da controladora de grupos societários”; pela “doutrina da fraude contra terceiros, credores de sociedades dominadas do grupo em situação falimentar”; pela “doutrina do abuso do controle interno do grupo de sociedades”; pela “doutrina da confusão patrimonial individual”, entre outras<sup>96</sup>.

### E - Extensão da falência no direito comparado

O Prof. Héctor José Miguens esclarece que, em função da organicidade e sistematização da matéria, é possível dividir as legislações<sup>97</sup> em três ramos principais<sup>98</sup>.

O sistema legal dos EUA, vigente na maioria dos países, em que a

94 Ibidem, p. 9 e segs.

95 Héctor José Miguens, ibidem, p. 15 e segs.

96 Ibidem, p. 21 e segs.

97 A propósito dos grupos societários no direito comparado, leia-se na citada Rivista delle Società Anne Benoit-Moury, *Les groupes de sociétés en droit belge*, p. 137; Yves Guyon, *Le droit des groupes de sociétés* (Droit français), p. 195; Marcus Lutter, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, p. 245; Daniel D. Prentice, *The Law of Corporate Groups in Great Britain*, p. 275; Levinus Timmerman, *The Law on Corporate Groups in the Netherlands*, p. 313; José Engrácia Antunes, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, p. 355; Angel Rojo, *Los Grupos de sociedades en el Derecho español*, p. 389; Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups in the United States*, p. 421; Jean Nicolas Druey, *The Law on Groups of Companies in Switzerland*, p. 473.

98 Ibidem, p. 82 /85, 163 e segs., 191, 197, 249/266; 302 e segs.; 324 e segs., e 391 e segs.

responsabilidade das empresas grupadas assenta no princípio de que “un miembro del grupo de sociedades, es decir, la sociedad dominante o matriz no puede ser responsable por las deudas o actos de outro miembro del grupo em razón de que ellos constituyen entidades legales distintas.”<sup>99</sup>

O sistema legal de países da CEE “donde el problema de la responsabilidad intragrupo pueda decidirse de acuerdo al fundamental principio de que la sociedad dominante matriz será responsable por las deudas impagadas y actos de sus subsidiarias o dominadas por razón de que la primera controla a las segundas formando por esa razón una unidad económica empresarial”<sup>100</sup>;

O sistema legal da Alemanha, que trata do tema em função da clássica divisão dos grupos de modelo contratual e de modelo orgânico: nos grupos de modelo orgânico, em que o comando decorre de participação acionária, a sociedade dominante “sólo está compelida a compensar singulares o individuales detrimentos o pérdidas emergentes del uso de su influencia dominante”<sup>101</sup>; nos grupos de modelo contratual, que se funda em um contrato de dominação entre a controladora e suas controladas, em que a sociedade de comando exerce um amplo poder de controle sobre as filiadas sem as clássicas restrições do modelo tradicional do Direito Societário, a lei impõe “a la dominante la obligación correspondiente de cubrir todas las pérdidas anuales o incluso una responsabilidad conjunta por la exigibilidad de las deudas de las dominadas”<sup>102</sup>.

## F – Classificação das legislações

A meu ver, as legislações podem ser classificadas em três categorias:

(a) a primeira, em que a responsabilidade civil intergrupo é regida pelo dogma da absoluta e completa separação jurídica e patrimonial entre as empresas grupadas, só respondendo a sociedade controladora solidária e ilimitadamente pelas obrigações e dívidas da controlada se provado abuso de poder de comando, como se dá no Brasil (arts. 117 e 246 da LSA);

(b) a segunda, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, salvo nas hipóteses excepcionais discriminadas na Lei de Falências, como ocorre na Argentina (art. 161 da LCQ), na França (*Code de Commerce*, arts. L651-1 e L651-2 - “*De la responsabilité pour insuffisance d’actif*” e arts. L653-1 a L653-5 - “*De la faillite personnelle et des autres mesures d’interdiction*”<sup>103</sup>) e na Itália (art.147 da Lei

99 Ibidem, p. 251, nota 544.

100 Ibidem, nota 544.

101 Ibidem, nota 544.

102 Ibidem, nota 544.

103 A Lei 85-98 foi revogada, quase que completamente, pela “Ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000”. Nela havia dispositivos semelhantes aos citados, os arts. 178 a 185. Claude Champaud, no magnífico “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, Sirey, 1962, p. 287, tomo V, n° 384, dissertando “a autonomia patrimonial das sociedades grupadas” no regime da Lei 85-98, disse: “Dans les groupes composés d’une société-mère et de filiales, qualifiées telles en fonction d’un critère financier formel, les sociétés



Falimentar e art. 3º da Lei Prodi sobre Administração Extraordinária e Grandes Empresas em Crise);

(c) a terceira, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, podendo estender-se a falência a empresas grupadas com base na teoria da desconsideração, como se verifica nos EUA, em que a jurisprudência, em casos e circunstâncias excepcionais, “levanta o véu” para alcançar o controlador e punir a fraude, e, na França, em que a jurisprudência estende a falência a empresas grupadas com base na “doutrina da simulação”, na “teoria da aparência”, no “abuso da personalidade societária”, na “fraude”, na “solidariedade imperfeita”, por razões de “ordem pública”, como meio de coibir comportamentos abusivos do controlador.

Isto posto, vejamos a disciplina legal da extensão da falência no direito positivo brasileiro.

## G - Extensão da falência no direito brasileiro

### (a) Extensão da falência no revogado art. 5º. da LFC

O art. 5º do Decreto-lei nº 7661, de 1945, dispunha, *verbis*: “Art. 5º. Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida”.

Mera interpretação literal do art. 5º leva à seguinte inelutável conclusão: o DL nº 7661, de 1945, vedava, expressamente, a extensão da falência de uma sociedade para outra mesmo nos casos de sociedades com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, embora fossem sujeitos “aos demais efeitos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida”, isto é, na revogada Lei de Falências e Concordatas, não havia previsão legal de extensão da falência das:

(a) sociedades em nome coletivo para seus sócios (art. 316 do revogado Código Comercial e art. 1039 do Código Civil);

(b) sociedades de capital e indústria aos sócios capitalistas (art. 317 do Código Comercial de 1850);

---

groupées seraient considérées comme cautions les unes des autres (4). Ces cautions jouiraient du bénéfice de discussion, mais non du bénéfice de division, écarté à raison de l'intensité du lien financier qui les réunit au débiteur défaillant. L'ordre des poursuites pourrait être le suivant. Pour les dettes des filiales, le créancier doit toujours s'adresser à la société-mère, en cas d'insolvabilité de cette dernière, le poursuivant pourrait s'adresser à la co-filiale de son choix. Pour les dettes de la société-mère dont il n'a pu obtenir le paiement, le créancier poursuivant aurait également le choix entre les différentes filiales du groupe. Dans ce système, les filiales, sans être ténues par un lien de solidarité, seraient ténues pour le tout des dettes non éteintes par Le société-mère ou leur co-filiale. Selon la terminologie actuelle, elles seraient doc ténues *in solidum* (1)

(c) sociedades irregulares e de fato aos seus sócios (arts. 301 e 304 do extinto Código Comercial);

(d) sociedades em comandita simples aos sócios solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais (art. 311 do antigo Código Comercial e art. 1045 do Código Civil), e

(e) sociedades em comandita por ações aos sócios diretores (arts. 280 a 284 da LSA e 1.090 a 1.092 do Código Civil).

Apesar da clara redação do art. 5º do DL. nº 7.661, de 1945, a jurisprudência, fundada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica do ente moral, mesmo antes da promulgação do Código Civil de 2002, em casos especialíssimos, marcados por atos fraudulentos de várias naturezas e espécies, praticados com o evidente fim de burlar a lei e lesar credores, passou a admitir a extensão dos efeitos jurídicos da falência de uma sociedade para outra ainda que **não** se tratasse de sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas da falida, como vimos no item II supra.

O saudoso Professor de Direito Comercial e emérito Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Doutor Joaquim Antonio Vizeu Penalva Santos, e seu festejado filho, Paulo Penalva Santos, em nota aos comentários do ínclito Trajano de Miranda Valverde ao art. 5º da LFC, escreveram, com proficiência, sobre o tema: *“Trata-se de dispositivo importante, pois, ao cuidar da responsabilidade dos sócios, impede a extensão da falência até mesmo àqueles que têm responsabilidade ilimitada em relação às obrigações sociais, como ocorre nas sociedades de pessoas previstas no C. Com.*

*O sistema falimentar, portanto, não autoriza à extensão da falência a outra sociedade, seja ela controlada, controladora ou coligada.*

*Também o sistema da lei societária é no sentido de prestigiar a autonomia patrimonial das sociedades. Na Exposição de Motivos do anteprojeto de 1975 (atual Lei nº 6.404/76) os eminentes Professores Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira foram categóricos ao afirmarem que a falência não poderia ser estendida às sociedades controladoras, pois seria eliminar um elemento estrutural básico da vida empresarial da responsabilidade (A Lei das S/A, Ed. Renovar, 1993, pp. 253 e 258).*

*Aplica-se, também, tal tratamento ao grupo de sociedades, ao consórcio, sempre prestigiando a autonomia patrimonial das sociedades. O Professor Fábio Konder Comparato lembra que nem sempre os credores enxergam na responsabilidade do acionista controlador um mecanismo eficiente para evitar a fraude. Afirma o Professor que “é sempre possível detectar-se nas insolvências empresárias atos, omissões ou políticas contrárias ao interesse da empresa e isto, certamente, ligado à decisão do controlador, de modo que ele vai responder não numa falência conjunta, não numa extensão de processo falimentar, mas vai responder numa ação de responsabilidade direta, evidentemente nos limites da ação de responsabilidade na qual é preciso provar o prejuízo, provar a relação de causa e efeito*



entre o ato ou a omissão e o prejuízo verificado. Devo dizer que essa orientação do direito brasileiro é contrária à tendência geral de pelo menos na Europa Ocidental e nos EUA. Pelo menos na Europa Ocidental e nos EUA, não se põe nenhum obstáculo à extensão da falência quando se prova abuso da personalidade jurídica" (1º Ciclo de Conferências sobre S/A, realizado na Escola da Magistratura do Estado do Janeiro, 1992, p. 62)

Além de a extensão ser vedada pela lei societária e pela falimentar, cumpre ainda lembrar que tal medida significa ainda a decretação de falência de ofício, o que também não é possível pelo sistema brasileiro. A decretação tem sempre como premissa a iniciativa dos credores (arts. 1º e 2º) ou então do próprio devedor, pelo ar. 8º<sup>104</sup>.

#### (b) Extensão da falência no atual art. 81 da LFRE

Em lamentável retrocesso<sup>105</sup>, a Lei nº 11.101, de 2005, estabelece, no art. 81, e exclusivamente na hipótese nele especificada, por tratar-se de norma excepcional, que não autoriza nem interpretação analógica nem extensiva, que "a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes", o que jamais se dá em um grupo de sociedades, sempre constituído apenas e tão somente por sociedades cuja responsabilidade dos sócios ou acionistas é limitada.

Destaque-se, ademais, que a Lei nº 11.101, de 2005, promulgada quando a extensão da falência a sociedades integrantes de grupos de sociedades já era conhecida e aplicada pelo STJ, rejeitou a possibilidade jurídica de estender-se a falência de uma sociedade a outra, conforme expresso no art. 123 da LFRE<sup>106</sup>, o que leva à conclusão de tratar-se de explícita rejeição do legislador pátrio ao instituto<sup>107</sup> e não de uma lacuna legislativa, fato, todavia, que não impede de apurar-se a responsabilidade da sociedade controladora na falência de sociedade controlada.

### - IX -

#### **Responsabilidade da sociedade controladora<sup>108</sup>**

104 Comentários à Lei de Falências, Forense, 4ª ed., atualizada, vol. I. p. 117 e 118.

105 Considero "lamentável retrocesso" mesmo em se tratando de empresas com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas de sociedades falidas, porque a falência de sociedades produtoras de bens e serviços e geradoras de empregos, impostos e riquezas deve sempre ser evitada, ideia que se transformou no princípio da conservação da empresa, um dos princípios basilares do moderno Direito Concursal.

106 "Art. 123. Se o falido fizer parte de alguma sociedade como sócio comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato ou estatuto social. §1º Se o contrato ou o estatuto social nada disciplinar a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei, pelo contrato ou estatuto, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa falida."

107 Cfr. expõe, com acuidade, Ricardo Tepedino, op. cit., p. 449.

108 Sobre o tema, leia-se "Les responsabilités civiles dans groupes de sociétés, de Dominique Schmidt, p. 74, e Les procédures collectives d'apurement du passif et les groupes de sociétés en droit interne, de Bernard Soinne, p. 77, in Groupes de sociétés contrats et responsabilités, Paris, LGDJ, 1993.

*“O fundamento da responsabilidade do controlador é a sua conduta na direção dos negócios sociais e empresariais”. (Modesto Carvalhosa)<sup>109</sup>*

## **A - Responsabilidade da sociedade controladora consoante a doutrina estrangeira**

A autora suíça Anne Petitpierre-Sauvain, no livro *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*, ao tratar dos negócios comuns entre empresas grupadas através da “técnica de vasos comunicantes” e da falência de sociedade controlada, preleciona: *“O funcionamento normal do grupo é ao contrário totalmente diferente. Por um lado, uma certa forma de confusão patrimonial é inerente ao sistema de grupo. O controle se exerce em tal caso por outro lado de modo particularmente estreito. As trocas internas são numerosas e muitas vezes em proveito exclusivo de alguns membros. A situação individual das sociedades torna-se mais flutuante e a segurança dos terceiros nas relações jurídica com elas é diminuída. A sociedade que dirige um grupo pode, na busca de um objetivo geral, desfavorecer uma sociedade em proveito das outras. Mas não deve fazê-lo em detrimento de terceiros. É entretanto o que sucede quando a filial vem a falir. Será portanto necessário proteger esses terceiros permitindo-lhes acionar a sociedade dominante. A responsabilidade do grupo deve permanecer limitada, mas a responsabilidade limitada das sociedades que do grupo fazem parte não se justifica na mesma medida.”<sup>110</sup>*

## **B - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LFRE**

Para responsabilizar sociedade controladora por prejuízos causados a credores de controlada falida não se pode e nem se deve estender os efeitos jurídicos da falência da sociedade controlada à controladora, porém aplicar o art. 82 da atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, cuja redação se assemelha à do art. 6º do DL. nº 7.661, de 1945<sup>111</sup>, *verbis*:

**“Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente**

109 Comentários à LSA, Saraiva, 4ª ed., 2º vol., p. 507.

110 *Apud* J. Lamartine Corrêa de Oliveira, A dupla crise cit., p. 599.

111 “Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º.”



da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil”<sup>112</sup>.

Cotejado o art. 6º do DL. nº 7.661, de 1945, com o art. 82 da LFRE, notar-se-á um “pequeno grande” acréscimo: enquanto a LFC, de 1945, se limitava a tratar da responsabilidade de “diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, sem atingir os sócios ou acionistas controladores da falida, a LFRE engloba “sócios de responsabilidade limitada, os controladores e administradores da sociedade falida”, a todos tornando responsáveis pessoal, solidária e ilimitadamente pelos efeitos jurídicos da falência da empresa que controlam e administram<sup>113</sup>.

### C - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA

A solução está também nos arts. 117<sup>114</sup> e 246<sup>115</sup> da LSA, que tratam da responsabilidade do controlador por atos praticados com abuso de poder.

### D - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA e na LFRE

Por conseguinte, havendo, no direito positivo brasileiro, em duas leis importantíssimas - a LSA e a LFRE - previsão legal para examinar, discutir e decidir sobre a prática de atos atentatórios aos direitos e interesses de terceiros praticados por sociedade controladora ao “usar” ilegalmente sociedade controlada, não se deve aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estender a falência ou os efeitos jurídicos da falência de uma sociedade a outra, mas, exclusivamente, ir contra a sociedade controladora da falida para apurar a sua responsabilidade e puni-la.<sup>116</sup>

- X -

### Síntese e conclusões

112 Segundo o Prof. Carlos Henrique Abrão, ao comentar o art. 82, LFRE: “Não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida”. (Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.), *ob. cit.*, p. 301).

113 María Luisa Fernández a esse respeito expõe que o problema jurídico que o grupo faz surgir consiste na “inter-relação das sociedades agrupadas e, em consequência disso, a comunicação de responsabilidades que dela podem derivar-se” (*Derecho de Grupos de Sociedades*. Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 86).

114 “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”.

115 “Art. 246. 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.”

116 A ação de responsabilidade civil dos credores contra a controladora prescreve em três anos, conforme dispõe o art. 287, II, b, 2, da LSA.

## A - Síntese

Em síntese, é razoável afirmar que:

(1º) no Brasil, temos o Direito Societário e o Direito dos Grupos de Sociedades;

(2º) o Direito Societário é constituído pelos dispositivos dos arts. 981 a 1.141 do Código Civil em relação às sociedades não personificadas e às sociedades personificadas e dos arts. 1.088 e 1.089 do Código Civil e da Lei nº 6.404, de 1976, em relação às companhias fechadas e abertas;

(3º) o Direito dos Grupos de Sociedades é composto pelos princípios e regras dos arts. 1097 a 1101 do Código Civil e 243 a 277 da LSA e pelos supedâneos da doutrina e da jurisprudência pátrias;

(4º) no Direito Societário, prevalece o interesse social ainda que contra a vontade e os interesses particulares de sócios ou acionistas; no Direito dos Grupos de Sociedades, o interesse grupal se sobrepõe ao interesse social das sociedades isoladas e à vontade e aos interesses particulares dos sócios ou acionistas das sociedades grupadas;

(5º) no Direito dos Grupos de Sociedades, a administração dos interesses do grupo não está adstrita aos ditames clássicos da gestão dos negócios das sociedades-ilhas, isto é, do Direito Societário, pois o grupo de sociedades se caracteriza pela independência jurídica das sociedades-membros, pela unidade da ação econômica e pela centralização do poder de comando e de gestão dos negócios sociais;

(6º) quer no Direito Societário, quer no Direito dos Grupos de Sociedades, é regra geral, princípio básico, autêntica cláusula pétrea, indiscutível dogma, a independência jurídica e patrimonial das sociedades e de seus sócios ou acionistas, por força do instituto da personificação – extraordinária conquista da Ciência Jurídica –, que firmou o cânone universal, que vem de Roma: *“si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent”* (Ulpiano, Digesto, 3, 4 7, 1, 10);

(7º) no Direito Societário, o dogma da personificação pode ser posto à margem em casos excepcionais para punir a fraude, pois “a fraude tudo corrompe”; no Direito dos Grupos de Sociedades, também; mas, em ambos os casos, a exceção só acarreta a responsabilidade do controlador, pessoa física ou jurídica, e não a falência deste, salvo na hipótese do art. 81 da LRFE, inaplicável em matéria de grupos de sociedades, eis que, na prática, não há sócios de responsabilidade ilimitada;

(8º) na falta do pressuposto objetivo da falência, é juridicamente impossível decretar-se a quebra de sociedade isolada ou de empresa integrante de grupo de sociedades, eis que o pressuposto objetivo é considerado expressamente pela



LFRE antecedente imprescindível para a declaração de falência de qualquer sociedade empresária;

(9º) a extensão da falência tem natureza cautelar e punitiva e visa compelir o devedor a honrar suas dívidas, estando prevista em algumas legislações;

(10º) a LFRE rejeitou a extensão da falência de uma sociedade a outra, só a admitindo na hipótese excepcional do art. 81, inaplicável por analogia ou interpretação extensiva às sociedades formadoras de grupos de sociedades;

(11º) na falência de sociedade controladora, a participação societária desta em suas controladas é um ativo realizável, que aumentará o acervo da massa, não havendo interesse prático em levar à falência as controladas, que, quebradas, valerão menos;

(12º) a extensão da falência de sociedade controladora ou de sociedade controlada a empresas grupadas transformará uma crise localizada (à sociedade falida) em uma crise generalizada (às empresas grupadas), razão pela qual é sempre mais eficaz e mais seguro adotar medidas judiciais cautelares e ressarcitórias contra a sociedade controladora do que quebrá-la;

(13º) deve-se sempre evitar a aplicação de um instituto jurídico que provoque consequências trágicas, como sói ser a decretação da falência de uma empresa (a) em dia com as suas obrigações e dívidas, (b) sólida e próspera, (c) econômica e financeiramente viável, (d) produtora de bens ou serviços para o mercado interno e/ou externo, (e) contribuinte de impostos e taxas, (f) ativa participante do projeto de crescimento econômico do país, etc.;

(14º) por conseguinte, na hipótese de ocorrer a declaração judicial da falência de sociedade controladora ou controlada, não se deve estender a sua falência às demais sociedades grupadas, mas fazer valer as normas cogentes dos arts. 117 e 246 da LSA e o 82 da LFRE e responsabilizar civil, penal e administrativamente, quando for o caso, aqueles que praticaram atos fraudulentos em prejuízo de credores.

## B - Conclusões

Em consequência:

(1º) **não se pode**, por absoluta falta de amparo legal e por violar cláusula pétrea do Direito Concursal, como sói ser o princípio da preservação da empresa econômica e financeiramente viável, estender a falência ou estender os efeitos jurídicos da falência de sociedade integrante de grupo econômico a outra sociedade ou às demais sociedades grupadas;

(2º) **não se deve**, sob pena de desvirtuá-la e ferir o art. 50 do Código Civil, fundar na teoria da desconsideração da personalidade jurídica a extensão da

falência ou dos efeitos jurídicos da falência de sociedade grupada a outra sociedade ou às demais sociedades do grupo.

**Pode-se e deve-se, entretanto:**

(1º) com fundamento no arts. 117 e 246 da LSA e 82 da LFRE, pleitear, judicialmente, a reparação integral dos danos causados por sociedade controladora a sociedade controlada falida, aos seus acionistas minoritários e preferencialistas e aos credores da falida, e

(2º) com fundamento no § 2º, do art. 82, da LFRE, para impedir a dilapidação dos bens sociais e garantir o cabal ressarcimento dos prejuízos, requerer, desde logo, na petição inicial da ação ordinária de perdas e danos, a “*indisponibilidade dos bens particulares dos réus*”, *rectius*, da sociedade controladora, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa<sup>117</sup>.

---

117 Héctor José Miguens, após minuciosa coleta de dados e informações e exaustiva análise do Direito Comparado, chega às seguintes conclusões essenciais da legislação quanto à extensão da falência a empresas grupadas em crise: (1ª) a extensão da falência só tem regulamentação legal no direito americano, italiano e argentino; (2ª) é inaceitável a aplicação analógica da falência a empresas grupadas em dia com as suas obrigações e dívidas como ocorre no direito francês e italiano; (3ª) a extensão da falência “é um remédio extraordinário pensado somente para casos extremos de simulação absoluta” em que predomina a fraude contra credores; (4ª) a teoria da desconsideração em matéria de grupos societários, “embora bem interpretada”, é “provisória, precária, assistemática, inorgânica, baseada fundamentalmente na equidade, própria dos tribunais americanos em matéria concursal, só devendo ser aplicada em hipóteses verdadeiramente excepcionais” (ob. cit., p. 391 e segs.).