

RESPONSABILIDADE PERANTE TERCEIROS NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

LUCINDA MARIA PEREIRA RAGUGNETTI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

1. A problemática que os grupos societários suscitam é vasta, aceitando-se que os grupos realizem a unidade econômica na pluralidade jurídica. Os axiomas comumente aceitos no que diz respeito à sociedade isolada, com seus consectários, sofrem um processo de crise, não apenas na experiência vivida, como também de âmbito doutrinário. Normalmente a personalidade jurídica supõe autonomia e independência.

À sociedade isolada corresponde um patrimônio que será gerido com referibilidade ao interesse social, de acordo com as decisões dos órgãos internos da sociedade.

É difícil ou mesmo impossível sustentar que o mesmo se realize quando se trata de grupos societários. Em maior ou menor grau, interesse exógeno à sociedade poderá preponderar nos seus destinos. Este deslocamento fático do eixo de interesses, em favor de outras sociedades do grupo, ou do grupo como um todo, causará sujeição da sociedade à unidade de direção que o grupo comporta. É preciso, pois, antes de mais nada, estabelecer uma disciplina adequada do poder de controle, ainda que este deva ser entendido normalmente como um fenômeno natural a qualquer agrupamento.

O fato de que uma sociedade passe a "governar" os rumos de outra, pode ocasionar prejuízos àqueles que se relacionem com a sociedade "governada", bem como, é óbvio, a ela própria e aos seus acionistas minoritários.

Cabe nesse passo, examinar mais de perto a responsabilidade perante terceiros nos grupos societários, tendo em vista "que os grupos representam a tradução contábil e financeira dos princípios dos vasos comunicantes".

Ainda que eventualmente o uso abusivo do poder de controle ou dos mecanismos societários possa lesar as regras de concorrência ou conduzir a um abuso de poder econômico, como terceiros, consideraremos apenas os terceiros credores, e não a comunidade ou a economia como um todo.

A publicação deste trabalho constitui uma homenagem à memória da saudosa Procurador do Estado Doutora LUCINDA MARIA P. RAGUGNETTI, falecida em dezembro de 1983.

2.1. O DIREITO FRANCÊS

O exemplo mais eloqüente, ou dos mais eloqüentes, seria dado, a nosso ver, pelo Direito Francês, não só pelo desenvolvimento paralelo de jurisprudência e direito positivo que parece uma experiência feliz, como pelo fato de que constitui um exemplo único, segundo Grisoli, de disposições de lei sobre a matéria, com os recursos de que fez uso.

Cabe primeiro salientar que a responsabilidade da controladora pelas dívidas da sociedade controlada tem um pressuposto necessário: a insolvência da controlada. Nessa hipótese extrema, ou haverá responsabilidade pelo passivo ou extensão da execução coletiva.

Na esteira da jurisprudência, primeiramente modificou-se o art. 447 do Código de Comércio, acrescentando-lhe um parágrafo pelo qual em caso de "faillite", esta seria declarada comum a toda pessoa, física ou "morale", que, mascarando seu comportamento, praticasse atos de comércio em seu interesse próprio e com abuso dos bens sociais. Era preciso então o uso da sociedade como "cobertura" e dois requisitos conjuntos, retromencionados.

Atualmente a "ordonnance" de 1967, de 13 de julho, estabelece a **responsabilidade da controladora pelo passivo**, no art. 99. Sempre que o "réglement judiciaire" ou a "liquidation des biens", revelar uma insuficiência do ativo, as dívidas sociais poderão vir a ser suportadas no todo ou em parte, por todos os dirigentes sociais, de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não ou por alguns dentre eles, com ou sem solidariedade.

É evidente que a expressão aqui é abrangente e não se limita aos administradores, mas também aos verdadeiros "animateurs" da sociedade, isto é, a quem esteja na posição de "maître d'affaire".

O não-pagamento da dívida tem a conseqüência de que o "maître d'affaire" seja ele próprio sujeito a "réglement judiciaire" ou "liquidation des biens" (art. 100).

O artigo 101 da referida lei prevê solução diversa: se o "maître d'affaire" usou de seu poder para, sob a máscara da sociedade, praticar atos de comércio de interesse pessoal, haverá extensão do procedimento falimentar, sendo ele próprio declarado em "réglement judiciaire", ou "liquidation des biens". Igualmente, se usou dos bens sociais como próprios ou se prosseguiu no seu interesse pessoal, abusivamente, uma exploração deficitária, que não poderia senão conduzir à cessação de pagamentos da pessoa jurídica controlada. Nota-se que na legislação mais recente tanto a prática de atos de comércio no interesse pessoal quanto o uso dos bens sociais como próprios passam a ser hipóteses autônomas de extensão de falência.

A doutrina, ao comentar o dispositivo, enfatiza seu caráter excepcional em relação às regras comuns do direito falimentar. A comunicação do estado falimentar,

nas hipóteses do art. 101, tem algo de extraordinário no sentido de que derroga as normas comuns aplicáveis na insolvência, porque se prescinde aí da qualidade do comerciante (pelo menos, no 2º ou 3º item) bem como do fato objetivo da cessação de pagamentos.

Há quem saliente que antes e depois da nova legislação a jurisprudência continua a encarar como fato gerador da extensão a confusão de patrimônios com seus indícios, como sede comum, contabilidade única ou misturada, etc. De certa maneira é a concepção de sociedade fictícia ou de "commodo" que persiste aí, na idéia que uma das sociedades seria apenas uma "pseudo-société" e que na realidade existiria um patrimônio único. Na realidade o que os tribunais fariam aí, seria substituir a sociedade fictícia pelo verdadeiro obrigado, isto é, a sociedade que efetivamente existia. Insiste ainda a doutrina em que se deve distinguir devidamente a sociedade fictícia da sociedade de "coverture". Talvez a diferença resida em que a primeira já foi constituída com o fim de fraudar a lei, enquanto na segunda "a ocasião faz o ladrão". Parece que em qualquer das duas haverá a "maîtrise" ou a tirania.

2.II. O DIREITO ALEMÃO

II.a. No Direito Alemão há remédios preventivos, se assim se pode dizer, para a problemática a que aludimos no início.

É preciso aludir antes de mais nada à tríplice partição do problema. Nos parágrafos 302, 303 e 308, há a disciplina das compensações que a sociedade dominante (beherrschend) deve oferecer à dependente (abhängig), em caso de existência de contratos de empresa (Unternehmensverträge). Para esse efeito, sendo os prejuízos compensados na vigência do contrato, supõe-se que os interesses dos credores sejam devidamente atendidos. Há um tratamento que exige na vigência do contrato de dominação a compensação dos prejuízos anuais sempre que estes ultrapassem o montante das reservas livres originadas durante o contrato. Se entre a sociedade dominante e a dependente houver contrato de arrendamento de estabelecimento, a compensação deverá ser efetivada se a contraprestação contratual não alcançar por si a reposição adequada.

Apenas decorridos três anos do arquivamento correspondente ao término do contrato, poderá haver transação sobre esse direito da sociedade controlada ou renúncia.

O art. 303 igualmente estabelece a obrigação de prestar garantia (Sicherheit zu leisten) se no prazo de seis meses após a inscrição da dissolução do contrato os credores o exigirem e desde que estes não sejam credores privilegiados em caso de falência. Trata-se portanto de uma regulamentação minuciosa e bastante formalizada.

II.b. Vejamos então qual o sistema previsto para os grupos de fato (faktische Konzerne).

O sistema para os grupos de fato diverge do anterior por uma razão bastante marcada, embora na prática possa haver resultados mais ou menos semelhantes. É que para o grupo de fato não se reconhece o "Leistungsmacht" ou o "Weisungsrecht" para a controladora, a não ser que, em caso de medidas ou negócios jurídicos em prejuízo da controlada, determinado pela controladora, esta compense no curso do exercício ou, no máximo, até o fim deste, as perdas que venha a sofrer, em consequência. E, além disso, na falta de contrato de dominação, não há obrigatoriedade para a Diretoria (Vorstand) de aceitar as indicações ou determinações da controladora em seu prejuízo e no interesse da controladora ou das demais sociedades do grupo. E quando presente o contrato, legitima-se a controladora a dar ordens ao "Vorstand", ainda que prejudiciais à controlada.

Não cumprida a exigência legal, há responsabilidade pelo ressarcimento do dano, inclusive frente aos acionistas, responsabilidade também dos administradores que induziram a sociedade dominada a cometer ou omitir o ato ou o negócio. O item 2 do § 317 estabelece uma exceção na hipótese de que o negócio ou ato tivesse sido praticado nas mesmas circunstâncias por um dirigente capaz e consciencioso de uma sociedade independente (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft).

II.c. A "Eingliederung"

Na hipótese de "Eingliederung", em que a sociedade dominante é titular de todas as ações da sociedade "incorporada", permanecendo esta porém com a personalidade jurídica própria, há a obrigação da sociedade dominante de cobrir todas as "perdas de balanço" no montante que superar as reservas livres e a reserva legal.

Os credores da sociedade "eingegliederte" têm a seu favor a constituição de uma garantia desde que os seus créditos tenham tido origem antes da inscrição da "Eingliederung" no registro de comércio e que se manifestem nos seis meses posteriores a este ato. A inscrição será precedida de aviso para tal fim e sua publicação confirmará o aviso.

II.d. Assim, um regime de publicidade, compensações e garantias visa a assegurar ao funcionamento do grupo, quer de direito, quer de fato, uma sistemática em que se minimizem os prejuízos a terceiros. Os credores da controlada poderão responsabilizar a controladora diretamente, desde, como é óbvio, que seus créditos não tenham sido satisfeitos. Não é certo que tal experiência tenha dado os melhores resultados. A energia aparente do sistema pode diluir-se na prática, conforme as exigências, para o exercício do direito. Por outro lado, o abuso da personalidade jurídica continuará ensejando o recurso à teoria formulada por Serick, com base na jurisprudência e assim o "Durchgriff" ou a "Missachtung der juristischen Person" poderão, eventualmente, vir ainda a atender, com os devidos temperamentos, à problemática objetiva, que o texto legal não seja apto a abranger.

II.3. OUTROS SISTEMAS

Sucintamente, pois, é necessário que se refira à teoria aludida acima, grande momento em que a questão colocada pelos grupos portou-se a debates vivos e onde a criatividade dos juristas e seu desejo de ter em conta a realidade objetivaram consideráveis resultados. Os dados concretos levados em conta são de variável ordem. Tanto na jurisprudência americana, como na inglesa, quer com os nomes de "disregard of legal entity" ou de "lifting the corporate veil", a separação patrimonial que a personalidade jurídica pressupõe, tem sido afastada na prática, responsabilizando-se a controladora pelas dívidas da controlada quando se verifica que a última foi utilizada de forma abusiva, para fraudar à lei, ou aos credores ou que sua autonomia foi sacrificada, reduzindo a mero instrumento da controladora. Os precedentes jurisprudenciais americanos usam indícios, presunções e qualificativos os mais diversos. Há uma pluralidade de terminologia, quando na realidade o bom senso e a equidade exigem que a responsabilidade sofra translação. A translação de responsabilidade corresponde ao fato efetivo do deslocamento do eixo de interesses da pessoa jurídica controlada, fazendo com que seu substrato se reduzisse a um mínimo, o que não condiz com as finalidades para as quais essa criação se justifica. A manifestação mais clara a respeito lê-se na Harvard Law Review, em artigo de Fuller, que cita Wormser em nota de rodapé, afirmando que para a "desconsideração da personalidade jurídica" é essencial que apareça ("it must clearly appear") que a controlada não era, senão o "business conduct" da controladora. Suponho que essa expressão cubra uma variedade muito grande de hipóteses e que resuma adequadamente a matéria nesta parte. É importante ver na pessoa jurídica uma técnica com um mínimo de conteúdo, até mesmo ético, para que as vantagens que propicia sejam exercidas, não como um salvo-conduto para todas as práticas, e sim como um meio de propiciar a todos os interessados e envolvidos a segurança de uma atuação conforme o modelo legal e seus pressupostos.

III. O DIREITO BRASILEIRO. AS NORMAS DA LEI Nº 6.404/76

No direito brasileiro, dentro dos capítulos que tratam do grupo de direito e do grupo de fato, não há regras de responsabilidade da controladora por dívidas da controlada. No consórcio apenas se admitiu que a responsabilidade solidária das consorciadas pelas dívidas do consórcio poderá ser convencionada, não é de regra. No que tange à responsabilidade do administrador, o art. 159, § 7º alude a que terceiro prejudicado pode promover ação contra o administrador. Isto parece inadequado, ou melhor, inaplicável à situação de que estamos tratando. Trata-se de falta cometida na sua gestão, o que é hipótese muito diversa do poder de controle. Na disciplina do poder de controle, com a posição da responsabilidade civil do acionista controlador pelos atos abusivos, cuida-se da proteção aos acionistas minoritários, dos que trabalham na empresa, dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia. Não se vislumbra um dispositivo que permita estender à controladora dívidas da controlada. Mesmo no caso da subsidiária integral, nenhum dispositivo há que autorize inferir, ainda que ligeiramente ou com grande espaço, uma orientação para a solução do problema.

O único caso de responsabilidade do acionista controlador, em caráter subsidiário, é o das sociedades de economia mista (art. 242, da Lei 6.404/76), em que a pessoa jurídica que controla, em caso de insolvência, responderá pelas suas obrigações. Supondo o caso de sociedades de economia mista que tenham sociedades também de economia mista em seu controle, a responsabilidade subsidiária deveria ser da pessoa jurídica de direito público responsável pela criação do grupo, sempre que a pessoa jurídica sob cujo controle direto ou imediato se ache a última das correntes não cumpra esse compromisso. O tema é demasiadamente complexo para uma tomada de posição tão radical, mas de qualquer forma a multiplicação de pessoas jurídicas com que o Estado hoje empenha suas tarefas não é exatamente muito encorajadora.

IV. De tudo que foi visto, podemos afirmar que à jurisprudência e à doutrina cabem relevante papel na elaboração de uma resposta à dinâmica ação dos grupos e às múltiplas fórmulas com que estes agem. O legislador brasileiro não se atreveu a colocar pesos ou freios no que tange ao aspecto da responsabilidade, perante terceiros, nem mesmo no que diz respeito à subsidiária integral, que dificilmente será, por exemplo, algo mais do que mera "conduta negocial" da sociedade controladora.

Os instrumentos legais expressos são, pois, bastante frágeis e será preciso o recurso às noções de fraude à lei, de abuso de poder ou outras ainda para dar solução adequada a litígios que possam vir a surgir na prática. É a experiência que vai ditar novos rumos à legislação ainda recente. O futuro dirá se a omissão do legislador de 1976 foi proveitosa ou não. Caberá, pois, à doutrina e à jurisprudência a elaboração aos conceitos, a valoração dos institutos jurídicos e seu adequado dimensionamento, nessa matéria. É quase previsível que um grande impasse será a rigidez com que, de um modo geral, se vem encarando, ao longo dos tempos, a pessoa jurídica, entre nós, e que de certa forma se traduziu na lei, no aspecto que examinamos.

São Paulo, 21 de dezembro de 1979.