

SOLIDARIEDADE ENTRE SOCIEDADES
DE UM GRUPO SOCIETÁRIO
E RESPONSABILIDADE PERANTE
TERCEIROS: UM OLHAR DA TEORIA
GERAL DAS OBRIGAÇÕES, DO DIREITO
SOCIETÁRIO E CONCORRENCIAL
SOLIDARITY BETWEEN COMPANIES OF A
CORPORATE GROUP AND THIRD PARTY
LIABILITY: A LOOK OF THE GENERAL
THEORY OF OBLIGATIONS, CORPORATE
AND COMPETITION LAW

Carolina Schabbach Oliveira Ribeiro¹

Resumo

O presente capítulo objetiva verificar a incidência da solidariedade entre sociedades empresárias integrantes de um grupo societário, de forma a comprovar a hipótese de que na ausência de regulamentação legislativa o princípio da solidariedade deve servir de parâmetro para alcançar o adimplemento de obrigações por parte das sociedades de um grupo societário, principalmente no tocante a sua responsabilização por danos causados a terceiros. Por meio do método dedutivo, estudar-se-ão os aspectos gerais da solidariedade enquanto técnica hermenêutica da teoria geral das obrigações e do direito societário e concorrencial, para comprovar que sua incidência tem a função de garantir a segurança dos credores e terceiros em relação às obrigações contraídas pelos devedores e, no caso específico dos grupos societários, o adim-

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu – Mestrado, na Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais, linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Bolsista no Programa de Formação de Recursos Humanos da ANP (PRH/ANP). Advogada do BNDES. Membro do grupo de pesquisa direito civil e empresarial da UERJ.

plemento das obrigações pela sociedade que detém o comando decisório por obrigações de sociedades integrantes desse grupo. Para comprovação da hipótese aqui sustentada, será necessária a análise do fenômeno do grupo societário nos diversos ramos do direito, inclusive no tocante ao marco legal. Os principais dados foram coletados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O marco teórico são os doutrinadores que entendem positiva a unificação do direito privado, principalmente no tocante aos direitos das obrigações, bem como aqueles que buscam explorar uma visão estruturante do direito e não meramente compensatória, notadamente no direito societário destaca-se Calixto Salomão Filho.

Palavras Chave: Grupo Societário. Responsabilidade Solidária. Solidariedade societária e concorrencial.

Introdução

A ideia de solidariedade, enquanto valor social, é bem resumida no brocardo “um por todos e todos por um”² e na ordem jurídica possui um conceito amplíssimo. Um aspecto que se destaca é a sua caracterização como princípio constitucional implícito da nossa constituição, como se extrai do art. 3 da CRFB³.

O termo solidariedade é derivado do latim *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum*, significa aquilo que é inteiro, compacto (NABAIS, 2005, p. 111), sentido que influenciou a concepção clássica de obrigação solidária no direito romano e também a aplicação do conceito de solidariedade ao direito privado.

Na presente obra não se deve confundir o princípio fundamental da solidariedade com a regra da solidariedade aplicável ao direito privado. Como regra, a solidariedade é entendida nesta obra como “vínculo que une credores e devedores de uma mesma obrigação solidária, cada um deles com direito ou dever à totalidade da dívida solidária” (SANDOVAL, 2008, p. 404). No entanto, não negamos que ambas as técnicas hermenêuti-

2 Esse axioma era o famoso brocardo dos três mosqueteiros (D'Artagnan, Athos, Porthos e Aramis), personagens de um dos mais célebres livros de Alexandre Dumas, escritor francês do século XIX.

3 Explicando esse artigo de forma a considerar a solidariedade como princípio, vale trazer a colação trecho da obra de SARMENTO (2006, p. 295): “Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”.

cas de aplicação do direito são influenciadas pelo valor social da solidariedade, assim como que a regra de solidariedade do direito privado deve ter como vetor interpretativo o princípio da solidariedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, os grupos societários estão positivamente regulamentados em poucos artigos, tais como os trazidos pela Lei de Sociedade Anônima (LSA) – Lei. N. 6404/1976. Nessa pesquisa entende-se, como grupo societário um “conjunto de sociedades empresárias, ainda que conservando formalmente a sua autonomia jurídica, subordina-se à direção econômica unitária de uma sociedade controlada” (TASSE; MULLER, 2015, p. 2).

Apesar da omissão normativa, os grupos societários, principalmente os grupos de fato, são uma realidade no mundo globalizado. Como se sabe, em um mundo dinâmico e complexo para as relações jurídicas, em que a obrigação não é mais considerada estática, mas sim dinâmica, os desafios para a solução dos conflitos e organização das relações sociais exige novos conceitos e novas ferramentas.

Nesse capítulo, a solidariedade será analisada como técnica de hermenêutica de aplicação do direito a incidir no tocante ao fenômeno dos grupos de sociedades, seja como regra ou como princípio, norma apta a garantir a reorganização das estruturas econômicas, principalmente no tocante à responsabilização por danos causados a terceiros, diminuindo a discrepância entre os padrões jurídicos e a realidade do mundo globalizado que se impõe.

Um exemplo de contradição latente e insuficiência normativa é o paradoxo atual do direito societário, qual seja: apesar das relações jurídicas empresariais serem marcadas pela organização empresarial plurisocietária, a legislação que visa organizar os diversos tipos societários e as formas jurídicas para o exercício da empresa pelas sociedades empresárias, fundamenta-se no conceito estanque de autonomia societária, patrimonial, independência jurídica e responsabilidade limitada da pessoa jurídica, que na prática, como será analisado adiante, é insuficiente.

Nesse ponto, a incidência da solidariedade entre sociedades do mesmo grupo societário caracteriza-se como ferramenta reorganizativa do direito, como ocorre no direito concorrencial, em que a solidariedade incide para evitar e solucionar casos de abuso do poder econômico por grupos societários.

Para comprovarmos nossa hipótese, nesse capítulo, tendo em vista que tanto o direito societário como o concorrencial regulam relações jurídicas de direito privado, será de fundamental importância analisar os aspectos da incidência da solidariedade no âmbito da teoria geral das obrigações, principalmente com o objetivo de verificar a sua incidência como exceção ao princípio do *concurso partes fiunt*, que rege as obrigações com pluralidade de sujeitos ou de objetos; por tratar-se o grupo societário de instituição plurisocietária de direito privado.

Dessa forma, ao verificarmos os aspectos gerais contidos nas regras trazidas no Código Civil, será possível observar a função estrutural da solidariedade como fenômeno jurídico aplicado às relações jurídicas de direito privado com pluralidade de sujeitos, pois somente entendendo essa incidência, captaremos a essência de sua aplicação ao fenômeno dos grupos societários e os diversos interesses que envolve a aplicação da norma.

Depois de verificada a disciplina legal da solidariedade na visão clássica do direito privado, passaremos a analisar a sua incidência no que tange aos grupos societários, tanto no direito concorrencial como no societário, estudando suas semelhanças e diferenças⁴, vez que esses ramos interligam-se pelo fato de tratarem do fenômeno da sociedade empresária no exercício da atividade econômica em concreto.

O método utilizado para comprovar a nossa hipótese será o dedutivo. A técnica de coleta de dados será a documental, ao estudarmos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho de Administração e Defesa da Concorrência (CADE), bem como a pesquisa bibliográfica, principalmente no que se refere à doutrina de direito civil, no tocante à teoria geral das obrigações, societário e concorrencial.

1. Solidariedade como regra da teoria geral das obrigações e princípio aplicável às relações jurídicas de direito privado⁵

A solidariedade caracteriza-se, no que tange ao seu caráter de regra a incidir na teoria geral das obrigações, como “vínculo que une credores e devedores

4 A incidência da solidariedade como regra no direito civil, cambiário e societário foi objeto de estudo por SANDOVAL (2008, p. 403-430). O autor divide a solidariedade entre esses ramos do direito privado, utilizando como critérios diferenciadores, basicamente, o benefício de ordem e de divisão, chegando a cinco classificações, quais sejam: (i) solidariedade cambiária incondicional; (ii) solidariedade cambiária condicional; (iii) solidariedade civil; (iv) solidariedade empresarial plena; (v) sociedade empresarial limitada e (vi) solidariedade empresarial nula. Partindo dessa visão geral trazida pelo autor, o presente capítulo pretende verificar aspectos gerais, principalmente no tocante à teoria geral das obrigações, e aplicar a solidariedade, tendo por base esses aspectos gerais, ao fenômeno do grupo societário, como ferramenta na solução de conflitos não solucionados integralmente pela legislação, notadamente o problema de responsabilização de empresas do mesmo grupo societário.

5 Adotaremos nesse capítulo as lições de ÁVILA (2009) em seu livro *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, em que o autor categoriza as normas jurídicas as dividindo em três espécies normativas: (i) regras; (ii) princípios e (iii) postulados. Observa-se que o referido autor também sustenta que uma mesma norma pode ter, na sua interpretação e aplicação em concreto, dimensão imediatamente comportamental (função primordial da regra), dimensão finalística (própria dos princípios) e, ainda, dimensão metódica (própria dos postulados), ou seja: para o autor essas dissociações são alternativas inclusivas, em virtude da

de uma mesma obrigação solidária, cada um deles com direito ou dever à totalidade da dívida solidária” (SANDOVAL, 2008, p. 404). Desse modo, a solidariedade apresenta-se como uma exceção ao princípio *concurso partes fiunt* que gere as obrigações complexas (obrigações com pluralidade de sujeitos). Por esse princípio o liame obrigacional se reparte em tantas relações autônomas quantos forem os credores ou devedores (TEPEDINO, 2004, p. 545).

Como regra, a solidariedade fundou-se no princípio com o mesmo nome, já que sua dimensão comportamental em regular uma situação de fato tem uma finalidade. Ao verificar essa finalidade, poderá ser captada a essência da incidência da solidariedade nas relações jurídicas de direito privado como um todo, nesse caso extrair-se-á uma dimensão finalística, própria de princípio, que servirá de diretriz em caso de omissão legislativa.

Isso porque nessa obra é adotada a premissa de que o direito obrigacional é o elo⁶ que une as relações jurídicas de direito privado. Embora não seja pacífica a questão da unificação da teoria geral das obrigações civis e empresariais entre os doutrinadores, nosso ordenamento jurídico, após a entrada em vigência do atual Código Civil, objetivou associar as relações jurídicas privadas para conferir a elas uma relativa uniformidade no espaço e uma relativa estabilidade no tempo⁷, para permitir a integração de todo o sistema.

Busca-se, então, na presente obra, identificar os interesses envolvidos na aplicação de regras relacionadas à solidariedade dos diversos ramos do direito privado, para que a estrutura jurídica da norma possa ser comparada e aplicada, em outras situações, como no caso da regulação dos conflitos

possibilidade de coexistência de espécies normativas no mesmo dispositivo. Nesse capítulo sustentamos que a solidariedade prevista no código civil, quando tratada na teoria geral das obrigações como no próprio direito societário, podem ser vistas tanto como regra, como também podem caracterizar-se como princípios, ao influenciarem a resolução de dilemas na matéria relacionada aos grupos societários, em que a legislação mostra-se omissa, principalmente no tocante à responsabilização das sociedades integrantes de um grupo.

6 Como nos lembra FARIA e ROSENVALD (2012, p. 55), a pós-modernidade é marcada pela fragmentação, em que o “cidadão comum”, que para a presente obra seria a sociedade empresária, com interesses individuais e setoriais, exerce vários papéis sociais, para os quais há uma lei ou microssistema diferente regulando parcialmente o seu agir. Por isso, faz-se necessário a criação de eles para a coexistência do direito privado como um todo, além do texto constitucional e de normas de direito internacional.

7 Destacando o aspecto de uniformidade vale trazer à colação as lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 10), que assim dispõe: no “segmento do direito da concorrência, atualmente regido pela Lei n. 8884/94, há também alguns aspectos referentes às obrigações – inclusive com prestações de não fazer – que recebem toda a carga informativa da teoria geral das obrigações. As relações jurídicas que se constituem e se desenvolvem no ramo do direito do trabalho, tratadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com base constitucional (art. 7 do texto de 1988), também constituem segmento especializado das obrigações que, portanto, são informadas pela teoria geral”.

que envolvem os grupos societários, para a transformação da realidade jurídica e econômica a qual pretende regular⁸.

Visto o papel o qual pretendemos conferir à solidariedade nesse capítulo, percebe-se que da definição da obrigação solidária como regra, acima citada, é possível extrair aspectos gerais, evidenciados por DINIZ (2004), quais sejam: (i) pluralidade de sujeitos, ativos ou passivos; (ii) multiplicidade de vínculos; (iii) unidade de prestação; e (iv) coresponsabilidade dos interessados.

Resta-nos, portanto, para transportar esses aspectos para a regulação normativa sobre grupos societários, verificar as razões no ordenamento para impor aos diversos sujeitos de uma relação coresponsabilidade pela obrigação como um todo unitário, independentemente do seu vínculo individual, o que será feito abaixo.

Como nos lembra TEPEDINO (2004, p. 543), o instituto da solidariedade, no tocante à teoria geral das obrigações, contém um objetivo comum, unir os credores ou os devedores no mesmo fim; bem como possui como característica a manifestação nas relações externas entre as partes, já que nas internas as prestações dividem-se entre os diversos coobrigados. Dos elementos indicados, percebe-se, ainda, que a solidariedade pode ser ativa, em que cada credor pode exigir o pagamento integral da prestação ou passiva, em que cada devedor é obrigado a pagar a prestação objeto da obrigação solidária.

No tocante ao regramento legal da regra de solidariedade no direito obrigacional, vale destacar que no Brasil ela não se presume (art. 265 do CC), tal qual estabelecido no ordenamento jurídico francês (art. 1202 do *Code Civil*). O ordenamento pátrio afastou-se do modelo Alemão, em que o art. 427 do *Bürgerliches Gesetzbuch* expressamente estipula que presume-se a solidariedade, ao afirmar, em síntese, que se vários obrigaram-se, por contrato, conjuntamente a uma obrigação divisível, responderão, na dúvida, como devedores solidários.

Para entendermos quais os interesses que a norma visa proteger, será importante estudar mais especificamente alguns aspectos da solidariedade passiva, já que esta é mais relevante para a solidariedade entre sociedades empresárias do mesmo grupo, objeto principal de estudo desse capítulo.

Essa espécie de obrigação solidária caracteriza-se pelo fato de existir pluralidade de devedores e ao credor ser facultado demandar o cumprimento da obrigação a qualquer deles. No âmbito dos negócios jurídicos,

8 Nota-se que SALOMÃO FILHO (2015, p. 263) defende a existência de uma terceira categoria de norma, ao lado das regras e dos princípios, a qual denominou de “dispositivo declaratório”, que seriam exatamente esses interesses extraídos das regras e princípios existentes, o que ele denomina de estrutura jurídica.

isto é quando a solidariedade é contratual, a obrigação solidária é utilizada pelo credor como fator de garantia e segurança ao adimplemento da obrigação principal do negócio jurídico, um importante mitigador de risco nos negócios jurídicos de concessão de crédito, em que as instituições financeiras estabelecem, por exemplo, que os diversos fiadores se obrigam solidariamente pelo valor da dívida do contrato⁹.

De outro lado, a solidariedade passiva legal, além de reforçar a posição do credor, como na contratual, visa ampliar as possibilidades de adimplemento da obrigação, como ocorre na responsabilidade por ato ilícito e como se observa na legislação de proteção ao consumidor que, ao adotar a solidariedade dos fornecedores como regra, em todos os casos de responsabilidade por fato e vício do produto ou do serviço, buscou tornar mais efetiva à tutela do consumidor (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2008, p. 553).

Dessa forma, podemos observar que a finalidade da incidência da solidariedade na teoria geral das obrigações é possibilitar que diante de uma obrigação única principal, dois sujeitos que caracterizados como credores ou devedores, exigirão ou contra eles será exigido o adimplemento total dessa obrigação; a consequência dessa forma de estruturação da relação jurídica obrigacional é o reforço à segurança jurídica do credor; o aumento da probabilidade do adimplemento da obrigação principal; e a tutela mais efetiva de determinados sujeitos, esse último aspecto mais evidente na solidariedade legal.

Vistos a finalidade da regra de solidariedade e a sua função estrutural dentre da relação jurídica obrigacional, o que pretendemos adiante nesse capítulo e afirmar a solidariedade como instrumento a permitir uma solução adequada aos conflitos¹⁰, nos casos de lacuna normativa ou de distor-

9 A título exemplificativo transcreveremos a Cláusula Décima Oitava do Contrato de Financiamento de Abertura de Crédito n. 08.2.1033.1, formalizado por meio de escritura pública, celebrado entre o BNDES e a Iaco Agrícola S/A, em que figuravam como fiadores os sócios majoritários da referida sociedade, *in verbis*: “DÉCIMA OITAVA FIANÇA - Alexandre Grendene Bartelle, Alexandre G. Bartelle Participações S/A, André Santos Esteves, Tovar Eliezer Schmidt e Solano Vladimir Schmidt, no preâmbulo qualificados, aceitam o presente Contrato na qualidade de fiadores e principais pagadores, renunciando expressamente aos benefícios dos artigos 366, 827 e 838 do Código Civil, e responsabilizando-se, solidariamente, até final liquidação deste Contrato, pelo valor da dívida dos Subcréditos “A”, “B”, “D”, “E”, “F” e “G” e pelo fiel e exato cumprimento de todas as obrigações assumidas, neste instrumento, pela BENEFICIÁRIA.

10 Utilizaremos como sinônimo de adequada na presente obra, a eficiência na visão de SEN (2010.), em que o autor sustenta a ideia de que a clássica visão de eficiência segundo o Teorema Arrow-Debreu, de que a eficiência estaria no alcance da situação em que a utilidade (ou bem-estar) de qualquer pessoa não pode ser aumentada sem reduzir a utilidade (ou bem-estar) de alguma outra pessoa, deveria ser substituída pela ideia de que a eficiência deveria ser computada em virtude de liberdades individuais, e não da utilidade, e que a liberdade de transações de mercado não seria a única a ser necessária para a promoção do

ções na aplicação do direito, como ocorre no tocante à regulação da responsabilização das sociedades empresárias por ato de outras sociedades integrantes do mesmo grupo. No entanto, antes de comprovarmos nossa hipótese, será necessário verificar como a regra de solidariedade incide nos ramos de direito privado que tratam da sociedade empresária no exercício da empresa, enquanto atividade econômica.

2. Solidariedade no Direito Societário no tocante aos sócios de sociedades empresárias

Adotaremos nesse tópico, para diferenciar o tratamento legal entre a solidariedade civil (teoria geral das obrigações) e a societária, a classificação proposta por SANDOVAL (2008). Nesse primeiro momento não investigaremos a questão dos grupos societários, o que faremos no item seguinte. A solidariedade no direito societário, excluindo no momento os grupos societários, incide para permitir que os sócios respondam pelas obrigações contraídas pela sociedade empresária.

A diferenciação entre a solidariedade societária e a civil, bem como entre as espécies de solidariedade societária, está intrinsecamente ligada à questão do instituto do benefício de ordem, que autoriza um dos devedores, o sócio, a exigir em primeiro lugar a execução dos bens da sociedade empresária (art. 1024 do CC), no caso da exigência do cumprimento da obrigação pelo credor. Há, como nos lembra SANDOVAL (2008, p. 422), “uma sequência pré-escolhida para satisfação do crédito”, o que é uma particularidade da incidência da solidariedade no direito societário, a ser considerada no momento da análise da questão no tocante aos grupos societários.

Entre as diversas espécies de solidariedade societária previstas na lei existem diferenças. No caso da Sociedade Anônima não há solidariedade societária, o acionista responde tão somente pelo preço das ações subscritas ou adquiridas (art. 1 da LSA), a regra de solidariedade só incidirá no caso de ato ilícito ou abusivo praticado pelo administrador (art. 158 da

desenvolvimento, pois a liberdade de mercado muitas vezes não garantiria uma adequada sensibilidade das opções disponíveis. Para o autor deve-se prestar atenção simultaneamente na eficiência e na equidade, considerar os diferentes aspectos da avaliação da justiça social. O autor com uma abordagem mais ampla e inclusiva do mercado, afirma que o desenvolvimento só faz sentido se aumentar a liberdade das pessoas, caracteriza-se como um processo de expansão das liberdades substantivas interligadas. Essas liberdades instrumentais seriam: (i) a liberdade política; (ii) as facilidades econômicas; (iii) as oportunidades sociais; (iv) a garantia de transparência; e (v) a segurança protetora. Para entender melhor essa relação entre mercado e promoção do desenvolvimento social recomenda-se a leitura do Capítulo 5, “Mercados, Estado e Oportunidade Sociais” (SEN; 2010, p. 150-192).

LSA). Já, do outro lado, estão as sociedades de responsabilidade ilimitada (em nome coletivo e o sócio comanditado na comandita simples), em que os sócios responderão pelas obrigações sociais de forma irrestrita (art. 1039 e art. 1045, ambos do CC).

No tocante à sociedade limitada, a questão mostra-se mais complexa, porque a responsabilização do sócio frente às obrigações da sociedade variará conforme a situação fática apresentada em concreto. Em regra, como na sociedade limitada cada sócio somente se responsabiliza pelo valor de suas quotas (primeira parte do art. 1052 do CC), inexistiria solidariedade, tal qual na sociedade anônima.

Contudo, na parte final, o art. 1052 do CC faz uma importante ressalva, “todos [sócios] respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Ressalta-se que essa responsabilização do sócio com a integralização do capital social só ocorre perante terceiros, pois como visto um dos aspectos gerais da solidariedade é apenas incidir no tocante ao aspecto externo da relação jurídica obrigacional.

Pela regra constante no Código Civil, caso algum dos sócios não tenha integralizado o valor da sua quota no capital social, terceiro (diferente da sociedade empresária) poderá exigir essa integralização de qualquer dos sócios, por isso existirá solidariedade¹¹. Observa-se, contudo, que o benefício de ordem será obedecido.

Ainda no tocante à sociedade limitada, existe outra situação que ensejará hipoteticamente a responsabilização solidária do sócio, qual seja, a prevista no art. 1055, parágrafo primeiro do CC. Em caso de superavaliação de bens, existirá a solidariedade entre todos os sócios, perante terceiros, pela diferença entre o valor estimado e o valor de mercado, com exceção do sócio que integrou a sociedade após a superavaliação.

Existem outras situações em que os cotistas responderão de forma solidária, essas previsões estão espalhadas pela legislação esparsa. Nesse sentido, vale transcrever as lições de FAZZIO JÚNIOR (2003, p. 198), no sentido de que incidirá a solidariedade nas seguintes situações: (i) os sócios que decidirem contrariamente à lei ou ao contrato social responderão, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações decorrentes dessa atuação (art. 1080 do CC); (ii) no caso de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio que utilizar a separação patrimonial para fraudar credores responderá solidariamente pela obrigação que assumir a sociedade (art. 50 do CC); e (iii) os sócios responderão solidariamente em relação aos débitos da dívida ativa nos casos do art. 135 do CTN.

11 A sociedade empresária somente poderá exigir a integralização das cotas que cada um dos sócios subscreveu (art. 1004 do CC), não existirá solidariedade entre os sócios perante a sociedade empresária.

Percebe-se, portanto, que ainda que o direito societário trate de forma diversa a incidência da solidariedade, se comparado as regras gerais de solidariedade na teoria geral das obrigações, a finalidade e o objetivo da estruturação da relação jurídica com a incidência da solidariedade são iguais para ambos os ramos do direito, por objetivarem, em última instância, garantir maior segurança ao credor da sociedade empresária; a tutela efetiva de direitos e um reforço ao adimplemento obrigacional.

3. Solidariedade entre sociedades integrantes de um Grupo Societário

Após a análise da incidência da solidariedade na teoria geral das obrigações no direito societário, resta constatado que a finalidade e o objetivo da estruturação jurídica de uma relação por meio da incidência da norma de solidariedade é igual para esses dois ramos do direito. Partindo dessa premissa, comprovaremos que a solidariedade, também no tocante à regulação das relações jurídicas entre as sociedades de um mesmo grupo societário, pode ser um importante instrumento na garantia dos credores, na tutela efetiva de direitos e na probabilidade de adimplemento das obrigações.

Como a matéria está melhor consolidada no direito concorrencial, que também trabalha com fenômeno do exercício da atividade econômica em concreto pelas sociedades empresárias, tal como o direito societário, analisaremos primeiramente a questão no direito concorrencial, para depois explorá-la no societário.

3.1 *Solidariedade entre sociedades empresárias do mesmo Grupo Societário no Direito Concorrencial*

A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 33, traz expressamente a regra da solidariedade entre sociedades de um grupo societário, ao afirmar que “*serão solidariamente responsáveis as empresas [sic] ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica*”. Isso é a lei expressamente previu a regra da solidariedade como forma de combater a infração à ordem econômica.

Apesar da previsão legal, também no direito concorrencial, como no societário, a definição na prática do que significa grupo societário de fato ou de direito é um ponto crítico na responsabilização das sociedades que compõe o grupo societário. Por isso, para entender a essência da norma é de suma relevância a análise do entendimento consolidado do CADE.

No exercício de suas atribuições de órgão regulador, o CADE emitiu a Resolução de nº 02/2012, alterada pela Resolução de nº 09/2014, que seu art. 4, nos parágrafos primeiro e segundo, traz critérios de definição de grupo econômico. No entanto, apesar da referida definição, esses critérios não vinculam a instituição no caso concreto, que possui discricionariedade técnica para considerar outros elementos na caracterização de um grupo. Assim, para verificar os elementos essenciais considerados pelo direito concorrencial para caracterização de um grupo, o ideal é analisar a jurisprudência do órgão regulador.

Como ponto inicial de análise vale trazer à colação trecho do voto de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no caso da Unimed Araquara (Requerimento nº 08700.005448/2010-14). O relator, depois de diferenciar os conceitos de grupo econômico nos diversos ramos do direito, começa a analisar os elementos em comum e conclui que os elementos principais para definição de conceito de um grupo econômico são: “(i) personalidade própria das sociedades participantes (direito societário, direito trabalhista e Organização Industrial); e (ii) conexão entre as sociedades participantes (direito societário, direito trabalhista, direito do consumidor e Organização Industrial)” (RDA, 2012, v. 261, p. 331).

O primeiro elemento é bastante óbvio, pois diante da incerteza da indivisibilidade da sociedade é possível considerá-la como única, não se aplicando o conceito de grupo, que exige pluralidade de sujeitos. A parte que gera uma controvérsia maior é o que o relator denominou de “conexão entre as sociedades participantes”.

Em seu voto, o relator afirma que para identificação dessa conexão é necessária a análise de dois pontos fundamentais, quais sejam: (i) identificar o ponto mínimo de conexão (como a conexão entre sociedades é estabelecida); e (ii) identificar o objeto da conexão (para que a conexão entre sociedades é estabelecida).

Para o relator o ponto mínimo de conexão seria a presença de uma unidade decisória central, existência de orientações gerais centrais. Já o segundo ponto, para o direito concorrencial, seria a estratégia anticompetitiva, isto é: para caracterização de grupo entre sociedades empresárias para fins de incidência da regra de solidariedade no direito concorrencial, a unidade decisória central deve ter uma estratégia anticompetitiva.

Em outro caso, Laureate Anhanguera (processo nº 08700.011105/2012-51), o relator Ricardo Macho Ruiz entendeu que para caracterização do grupo era necessário a presença de “influência relevante”, a “união de centros decisórios em áreas estratégicas que levem a uma coordenação ou comportamento cooperativo, mesmo quando um dos acionistas tem participação minoritária.” (CADE, 2013), que, como se extrai do seguinte trecho de seu voto, pode ocorrer por diversas formas.

Nesse sentido, a influência relevante pode se expressar em uma variedade de formas: (i) a possibilidade do acionista eleger membros do conselho de administração e diretoria, (ii) o controle de participação minoritária com a dispersão das ações, (iii) o exercício de influência nas assembleias gerais, (iv) acordos de acionistas, (v) a existência de algum vínculo contratual capaz de influir na estratégia empresarial (controle externo) e (iv) as previsões estatutárias que atribuem valor desproporcional a participações (exemplo: poder de veto em temas específicos). [...] O Conselheiro Pfeiffer, também em voto-vista no caso Ideais-Net e Flynet (AC 08012.010293/2004-48), pondera que o direito concorrência deve se preocupar com todos aqueles que de alguma forma possam implicar na eliminação da concorrência. Cita, então, o Regulamento nº 139/2004 do Conselho da Comissão Europeia que avalia que contratos entre as partes podem conferir influência relevante a uma delas ou a ambas e afetar a concorrência, por exemplo, em direitos de propriedade ou de uso de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa, além da possibilidade de deliberar ou decidir em órgãos da empresa. [

Uma das questões importantes sobre influência relevante está relacionada ao acesso a informações exclusivas e concorrencialmente sensíveis. O acesso a informações sensíveis por parte de uma empresa concorrente, mesmo sem qualquer poder de voto, de veto ou de formulação estratégica, é capaz de produzir efeitos concorrenciais. [

Conclui-se, então, da análise dos julgados, que restará caracterizado o grupo econômico quando duas ou mais sociedades empresárias atuem sob direção comum; ou quando seja verificado que, mesmo não havendo participações societárias relevantes ou até mesmo inexistindo participações societárias entre sociedades empresárias que atuam num mesmo segmento de mercado, existe entre elas relação jurídica que comprometa a sua imparcialidade e que possa prejudicar a concorrência. Sempre que isso ocorrer, existirá a responsabilidade solidária das sociedades empresárias integrantes desse grupo pela prática do ilícito concorrencial de sociedades a elas conexas (responsabilidade de todos os integrantes do grupo societário).

A solidariedade, portanto, no direito concorrencial é vista como instrumento apto a sanar os atos ilícitos da concorrência, para assegurar o funcionamento regular do mercado, imputar obrigação ou sanção de uma

das sociedades integrantes do grupo por realização de ato de outra sociedade do mesmo grupo.

A defesa do mercado é de suma relevância para o desenvolvimento econômico, daí a importância do direito concorrencial, mas como para um desenvolvimento pleno, na visão de SEN (2010) e SALOMÃO FILHO (2015), é necessário que além da eficiência do mercado outros valores sejam protegidos pela norma, por isso, o direito societário deverá servir de instrumento para proteção de outros interesses e promoção da igualdade no tocante às relações jurídicas dos grupos societários.

3.2 Solidariedade entre sociedades empresárias do mesmo Grupo Societário no Direito Societário

Antes de verificar a incidência da solidariedade no tocante aos sujeitos do grupo societário, será necessário verificar o verdadeiro paradoxo do direito societário ao tratar da matéria referente aos grupos societários.

Como muito já evidenciava o jurista português ANTUNES (2005, p. 30), os sistemas legais de imputação dos custos e riscos gerados pela atividade empresarial, questão intimamente ligada à solidariedade, sofreram uma profunda evolução ao longo dos tempos. Contudo, essa evolução não se refletiu na forma jurídica de constituição das sociedades empresárias.

Historicamente, para o citado autor, seriam as principais formas ou estruturas jurídico-empresariais: o empresário individual (a atividade econômica é explorada por uma pessoa física), a sociedade empresária (a atividade econômica é explorada por uma pessoa coletiva), e os grupos societários (a atividade econômica é explorada por meio de um conjunto mais ou menos vasto de pessoas plurisocietárias).

No tocante à responsabilização, podemos resumir a evolução da estrutura societária da seguinte forma; o empresário individual suportava com o seu patrimônio pessoal os riscos da exploração econômica; já na sociedade empresária, por ser essa pessoa autônoma, separada de seus sócios, com patrimônio próprio, também responderá com seu patrimônio pelos atos que cometer, os sócios, no caso das sociedades personificadas com responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada), maioria, o risco da atividade econômica é transferido para o mercado, sendo os sócios apenas responsáveis pelo investimento de capital que se propuseram a realizar. Nos grupos societários, como veremos a forma de responsabilização é ponto de controvérsia.

Apesar da realidade de existência dessas três formas jurídicas, em termos regulatórios, o direito societário apenas conseguiu conferir instrumentos jurídicos de proteção jurídica de terceiros que mantém relacionamento

com o sujeito que exerce a empresa, somente quando se trata das duas primeiras formas jurídicas. O modelo legal relacionado ao grupo societário produz uma série de incongruências, caracterizando-se como insuficiente, principalmente no tocante à responsabilização dos entes corporativos.

A atual organização da sociedade empresária, historicamente foi fruto, principalmente, do fenômeno concentracionaista que marcou o exercício da atividade econômica, consequência das transformações sociais do século XX e da era da Globalização. Esse fenômeno se dividiu em dois momentos principais, o primeiro ligado a era de fusões e aquisições; já o segundo, ligado a formação dos grupos societários. Segundo LOBO (1978, P. 30), constituem técnicas de concentração de sociedades a da “fusão, a da incorporação, a da cisão e da formação do grupo de sociedades”.

Com a internacionalização dos mercados, a concorrência entre as grandes sociedades empresárias tornou-se cada vez mais acirrada e a busca de soluções para redução de custos de transação e otimização das alocações de recursos foi crescendo exponencialmente. A sociedade empresária, como principal agente da economia, também vista como organização dos fatores de produção e da cadeia produtiva, sofreu com essa mudança de paradigma.

O direito societário, tradicionalmente, tem duas funções primordiais, quais sejam: (i) estabelecer a estrutura societária; e (ii) solucionar os problemas de agência. Sob os primeiro aspecto, estabelece instrumentos de ingresso na sociedade e as opções por alguns tipos societários; regulamenta os requisitos e procedimentos da criação da sociedade; seu funcionamento interno (relação entre sócios, entre sócios e sociedade, entre sócios e administradores e entre administradores e sociedade) e externo (sociedade enquanto organização); e, por fim, regulamenta a sua extinção e reabilitação (TOMAZETTE, p. 138). Sob o segundo aspecto, o direito societário regulamentará os conflitos surgidos no exercício da empresa pela sociedade empresária, que segundo HANSMANN e KRAAKMAN (2004, p. 2), seriam de três tipos, entre administradores e sócios, entre sócios e entre sócios e terceiros.

A primeira etapa do concentracionaismo gerou a concentração interna das sociedades empresárias, já que as fusões e aquisições, culminavam na reunião das sociedades empresárias em uma única pessoa jurídica. Como essa primeira, como destaca MUNHOZ (2002), culminou em um maior poder de mercado por parte dessas sociedades empresárias, foi necessário a criação de regras para regular esse mercado, o que culminou na rápida evolução do que hoje chamamos de direito concorrencial.

Contudo, o crescimento interno das sociedades, ainda como nos ensina MUNHOZ (2002, p. 91), encontrou barreiras financeiras, organizati-

vas e legais (direito concorrencial). A solução encontrada, então, para esses agentes econômicos continuarem crescendo, foi o crescimento externo, realizado por meio de integração com estruturas cada vez maiores, na qual há perda de autonomia mas não da personalidade jurídica, características pertencentes aos grupos societários. Isso ocorre porque nos grupos societários, “fica evidenciado que há supressão, o desaparecimento da personalidade jurídica das sociedades do grupo e a reunião de seus patrimônios para um fim único” (LOBO, 1978, p. 27).

Assim, o direito societário não cria instrumentos suficientes de organização da estrutura societária, e nem de resolução dos conflitos de agência, quando se trata dos grupos societários. O seu principal paradoxo, portanto, é que as modernas sociedades empresárias possuem como aspecto organizacional intrínseco a influência externa, por caracterizarem-se como uma pluralidade de pessoas jurídicas¹² subordinadas à direção econômica unitária do grupo ao qual se insere; no entanto o sistema normativo não apresenta um instrumental que seja capaz de proteger os diversos interesses dos sujeitos afetados pelo exercício da atividade econômica pela sociedade empresária; pois sua estruturação está fundada no princípio da autonomia societária e responsabilização dos entes societários unicamente em função do poder de controle.

Essa falta de regulamentação, na prática, pode ocasionar um grande perigo, principalmente para aqueles que sofrem com as externalidades negativas do exercício da atividade econômica, qual seja: o abuso de poder por parte da sociedade dominante do grupo. Nesse sentido, vale transcrever as lições de LOBO (1978, p. 35 e 36).

O perigo maior na constituição do grupo encontra-se na concentração da autoridade da sociedade dominante, cujo poder, por mais das vezes, é absoluto, ilimitado e incontestável. (...) A história das macroempresas registra inúmeros precedentes de abuso de poder de controle, como, por exemplo, quando a dominante, com sede em determinado país, por razões das mais diferentes ordens (política, econômica, financeira, social, ideológica etc.), suprime, de forma tal e completa, a autonomia jurídica da dominada, chegando até a determinar a paralisação das atividades, a despedida de seus empregados, o esvaziamento de seu ativo, o fechamento definitivo de

12 Como nos lembra SZTAJN (2012, p. 104-105), a pessoa jurídica plurisocietária, “trata-se de uma unidade econômica formada por duas ou mais sociedades com personalidades jurídicas próprias”. A autora, explicando o fenômeno, afirma que não se exige, obrigatoriamente, para o seu surgimento, um controle comum como definido no nosso atual ordenamento, e sim um escopo comum, já que “as respectivas atividades são ordenadas de maneira a permitir a consecução de uma empreitada que, isoladamente, não seria factível, formando-se uma espécie de cadeia produtiva entre elas”.

suas portas, como se a dominada fosse um mero apêndice seu, uma simples filial, um inexpressivo departamento, uma deficitária agência, um velho e imprestável depósito.

3.2.1 Regulamentação sobre Grupo Societários na Lei de Sociedades Anônimas e no Código Civil

Não será examinada nessa pesquisa todo regramento sobre grupo societário, nos concentraremos na questão da definição de seus elementos e a previsão ou não de solidariedade entre as sociedades que compõe o grupo societário.

Assim como na Alemanha, o direito brasileiro segue o modelo dualista dos grupos societários, dividindo-os em grupos de direito (contratuais) e grupos de fato. O diploma jurídico que trata do tema é a Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 1976, a qual foi parte do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento. A ideia da lei foi permitir a concentração econômica, fomentando a formação de grandes sociedades empresárias que pudessem impulsionar o desenvolvimento econômico nacional.

A figura do grupo de direito restou definida pelo legislador nacional no art. 265 da Lei de Sociedade Anônima (LSA). Como nos lembra PRA-DO (2005), a disciplina dos grupos de direito rompe com o pressuposto de independência da sociedade, assumindo a existência de influências econômicas externas e a unidade de um grupo societário, ao admitir a possibilidade de subordinação de interesses se um sociedade aos de outra do grupo (art. 276 da LSA).

Pela redação do art. 265, percebe-se que o grupo de direito, para o ordenamento jurídico pátrio, constitui-se mediante a celebração de um contrato em que são disciplinadas as formas de participação de cada uma das sociedades em empreendimentos comuns, buscando, na conveniência de uma unidade econômica e numa diversidade jurídica, o atingimento de objetivos comuns entre as participantes do grupo ou daqueles objetivos que não seriam por elas individualmente alcançados.

Vale ressaltar que, na prática, os grupos de direito, no Brasil, são praticamente inexistentes, o que fez com que Calixto Salomão (1998, p. 169), inclusive, afirmasse que tais grupos são letra morta no ordenamento jurídico brasileiro¹³. Isso mostra o artificialismo na manutenção de um modelo dual no ordenamento jurídico brasileiro.

13 Essa frase radical de Calixto Salomão (1998, p. 169) foi feita quando o ilustre jurista fez uma análise dos 20 anos da vigência da Lei das Sociedades Anônimas e encontra-se no seguinte trecho de sua obra: "Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. As principais regras conformadoras do direito grupal como originalmente idealizado encontram-se hoje sepul-

No tocante aos grupos de fato, a Lei 6.404/76, no Capítulo XX, define os grupos de fato sob o título de “sociedades coligadas, controladoras e controladas”. São coligadas as sociedades nas quais uma sociedade tem participação de vinte por cento ou mais no capital votante de outra, sem controlá-la (artigo 243, § 1º). Por seu turno, define-se sociedade controladora como aquela que, diretamente, ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Ressalta-se que a nos grupos de fato o interesse da sociedade isolada deve ser respeitado, sob pena de configurar abuso do poder de controle e conflito de interesses (arts. 246 e 115). Por outro lado, os administradores não podem atuar em prejuízo da companhia, favorecendo sociedade coligada, controladora ou controlada, devendo sempre observar condições comutativas nas operações entre sociedades ou providenciar pagamento compensatório adequado (art. 245).

A disciplina específica sobre grupos de fato limita-se aos seguintes pontos: responsabilidade dos administradores (art. 245), relatório da administração e demonstrações financeiras (arts. 243, *caput*, e 247 a 250), vedação de participações recíprocas (art. 244), obrigação de reparação de danos pela controladora à controlada (art. 246), subsidiária integral, constituição e funcionamento (arts. 251 e 252) e incorporação de controlada por controladora (art. 264). Salvo estas normas, as sociedades que formam um grupo de fato devem observar a disciplina aplicável às sociedades isoladas. Em outras palavras, nessas relações intersocietárias continua incidindo o regime jurídico incidente nas demais sociedades por ações.

Percebe-se, portanto, uma contradição, vez que, como evidencia-se na própria Exposição de Motivos da lei acionária brasileira de 1976, se, de um lado, foi reconhecida a relação entre sociedades, enquadrando as sociedades controladoras e controladas como uma “nova realidade”, aceitando que elas servem à “grande empresa”, formada por “uma constelação de sociedades coligadas, controladas e controladoras”; por outro lado, afirmou-se que tais sociedades deveriam manter “entre si relações societárias segundo regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto”.

Há, portanto, reconhecimento de que o grupo societário de fato revela uma nova realidade de organização dos grandes conglomerados, entretanto não se permite que haja a unidade econômica das sociedades que formam o grupo, pois devem ser obedecidas as regras legais do direito societário tradicional. Em outras palavras, possibilita-se o exercício do

tadas pela prática ou pelo legislador. Os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira).

controle de várias sociedades por uma mesma pessoa, mas não há a visão da organização total do grupo.

A insuficiência desse modelo de regulação para os grupos, todavia, começa a dar sinais, já pela constatação de que diplomas esparsos como a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT – Decreto-lei 5.452/1943), a Lei 12.529/11 (Lei da Concorrência), Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/1990) e a Lei 9.605/1998 (lei de crimes ambientais), que estabelecem a responsabilidade das sociedades formadoras do grupo de maneira dispersa, sem base em qualquer definição, ainda que mínima, de grupo societário ou econômico.

De acordo com Munhoz (2002), embora o tema seja complexo, a doutrina parece convergir, ao reconhecer como o elemento fundamental dos grupos societários, a direção unitária, que relativiza, inevitavelmente, a independência econômica e organizacional das sociedades integrantes. Isto é, a relação jurídica de grupo caracteriza-se, fundamentalmente, por uma mínima organização global da atividade econômica dos membros, sob direção de um poder mais ou menos centralizado. Como visto é essa a visão do direito concorrencial, ao analisar que é fundamental para a caracterização de um grupo societário, a conexão entre as sociedades integrantes do grupo.

Cabe destacar, por fim, no tocante ao regramento legal dos grupos societários, que no Código Civil a disciplina é ainda mais incipiente, pois a referida lei apenas se limitou a tratar das “sociedades coligadas” em 5 artigos (art. 1097 a 1101 do CC) de forma pouco produtiva, apenas para caracterizar o que se entenderia como sociedades coligadas, não merecendo nenhum comentário relevante no tocante ao tema central dessa pesquisa, a solidariedade entre sociedades empresárias do mesmo grupo societário.

3.2.2 Do Regime de Responsabilização das Sociedades integrantes do mesmo Grupo Societário. Incidência da solidariedade para superar as incongruências normativas

O tema da responsabilização nos grupos societários é questão de grande controvérsia, principalmente face à omissão legislativa. Há quem defenda que diante da ausência de previsão normativa, inexistiria a solidariedade entre sociedades empresárias do mesmo grupo societário, devendo tais sociedades ser tratadas de forma isolada e eventual abuso da personalidade jurídica ser solucionado com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, defendendo a tese de que a desconsideração da personalidade jurídica deveria ser aplicada como forma de justificar e possibilitar ao judiciário estender a responsabilidade quanto ao cumprimento das

obrigações contraídas por uma sociedade integrante do grupo societário de direito às demais componentes deste grupo, independentemente de haver a configuração de fraude ou da intenção da causar prejuízos a terceiros, vale trazer as lições de Modesto Carvalhosa:

O critério dessa desconsideração não pode ser excepcional, aplicável apenas em caso de fraude comprovada e de intenção da direção do grupo (art. 272) de esvaziar o patrimônio da sociedade participante, em prejuízo de credores e de terceiros. Três critérios deveriam nortear essa desconsideração da personalidade jurídica de sociedades do grupo. O primeiro resulta da *interprise theory*, ou seja, do regime de unidade de comando empresarial. [...] Trata-se de um critério objetivo de convencimento, ou seja, de presunção, em cada caso, da responsabilidade comum em virtude da unidade de comando empresarial, patrimonial e gerencial. Essa unidade, em maior ou menor grau, leva à desconsideração da autonomia das sociedades convenientes, com relação ao fato, ao ato ou ao negócio jurídico do pedido de reparação por terceiros.

[...] Outro critério é o do abuso do poder da direção do grupo (art. 272). Está ele expressamente previsto no art. 276, em favor dos minoritários.

Deve ser analisado caso a caso, para verificar-se que, embora não previsto na convenção, houve direta ingerência operacional, direção do grupo ou de outras convenientes na gestão da sociedade objeto do pedido de reparação, a ponto de cercear a aplicação por parte dos administradores desta da *busnesse judgement rule*.

Ainda outro critério é o da culpa extracontratual. Se uma sociedade conveniente causa dano a terceiro, ou à comunidade, ainda que no exercício regular de seus negócios e atividades, a presunção é de que tais negócios e atividades visavam ao interesse do grupo e não ao dela individualmente. Não há porque negar, no caso, a desconsideração, visto que não apenas os benefícios são recolhidos pelo grupo, mas também os prejuízos que devem igualmente ser por ele suportados. Ai também cabe a desconsideração da personalidade jurídica das demais – todas ou algumas – sociedades convenientes. (CARVALHOSA, 2009, p. 336-337).

Sobre a jurisprudência do STJ trabalho minucioso foi feito por Viviane Prado e Maria Claro Troncoso (2008), em que as autoras investigaram o tratamento conferido pelo STJ em litígios envolvendo a responsabilidade intragrupal e, no tocante à desconsideração da personalidade jurídica, perceberam que a jurisprudência tem aplicado o instituto para fins

de se atribuir responsabilidade à sociedade-mãe por obrigações contraídas por suas filiadas quando verificada a confusão patrimonial entre elas, ou, ainda, como forma de se estender os efeitos da falência a sociedades que compõem o grupo da falida sempre que resta verificada a utilização da empresa, com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, como pode ser visto nos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO AFASTADA. EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO VERIFICADO. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 98/STJ.

1. Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ. (...) 3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS.

POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. (...) 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. (...) 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

Percebe-se, contudo, que a teoria da desconsideração só deve ser aplicada, para a presente obra, em caso de prática de ato ilícito ou abusivo, e não para solucionar o problema da responsabilização dos grupos societários, vez que a confusão patrimonial entre as sociedades empresárias do mesmo grupo é em certa forma permitida, exatamente para diminuir os custos de produção e otimizar os lucros. Ademais, admitir a teoria da desconsideração para essa situação seria aplicá-la de forma permanente, o que nunca deve ser aceito, já que a desconsideração é um fenômeno episódico.

Visto que a jurisprudência não sistematiza o tema da responsabilização, passamos a analisar esse tema no direito comparado, o que fazemos trazendo as lições de ANTUNES (1994). O referido autor divide sua análise nas diferentes “estratégias” existentes no ocidente para o tratamento do tema, as quais se dividem em “entity law approach”, “enterprise approach” e “dualist approach”.

Como nos ensina HOLLANDA (2008), o “entity law approach” (direito norte-americano), apenas trata-se da aplicação dos princípios tradicionais do direito societário, autonomia da personalidade jurídica das sociedades que compõe o grupo societário e limitação da responsabilidade pelo binômio poder-responsabilidade (quem detém o poder de controle responde pelos atos sociais). Assim, como a maioria dos grupos a identificação de um controle direto pela sociedade comandante do grupo societário não é identificado, essa sociedade não seria responsabilizada. As distorções seriam resolvidas casuisticamente pela aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica.

Ao nosso ver, na mesma linha sustentada por ANTUNES (1994) e HOLLANDA (2008), esse modelo mostra-se insuficiente, pois não trata da responsabilização do grupo societário de forma estruturada e como vimos a doutrina da desconsideração não é a de mais correta aplicação. Essa aplicação acaba, em última análise, desvirtuando a aplicação do binômio poder-responsabilidade e, na prática, acaba por gerar que a sociedade comandante invista em atividades de alto risco por meio da sociedade comandada, que em caso de dano seria a única responsável pelos danos causados.

O segundo modelo estratégico legal, “enterprise approach”, fundado nas normativas de lege ferenda do direito da Comunidade Européia, acerca da Sociedade Anônima Européia e do direito dos grupos societários tratado pelo projeto da IX Diretiva Comunitária, diferentemente do “entity law approach”, funda-se no conceito da responsabilidade pelo controle exercido por uma sociedade sobre a outra, na forma em que existirá o referido poder se as sociedades integrantes do grupo estão sob direção unificada e há uma relação de dependência entre uma sociedade e outra.

Nesse caso, há presunção que a sociedade dominante e a dominada formam o grupo, sendo a primeira responsável pelos atos da segunda. Como essa responsabilização é automática, sem análise se, realmente, a sua subsidiária

agiu em razão de eventual controle exercido pela dominadora, ou se o controle exercido foi bom ou ruim à sociedade subsidiária, a aplicação da teoria pode também gerar distorções ao binômio poder de controle-responsabilidade.

O terceiro modelo, “dualist approach”, separa a questão entre grupos de fato e grupo de direito. Em um ambiente em que presentes dois princípios de naturezas opostas (o do controle de uma sociedade sobre a outra e o da autonomia das sociedades componentes do grupo), almejou-se com os grupos contratuais (grupos de direito) albergar as hipóteses do controle intersocietário e com grupos de fato os casos dos grupos descentralizados, onde mantidas íntegras as sociedades componentes da relação grupal.

No entanto, na prática, os grupos de direito não foram identificados e os grupos de fato caracterizam-se como altamente centralizados, apesar de não operarem pelo modelo contratual. Nesse modelo, somente as sociedades comandantes de um grupo centralizado é que responderiam pelos atos de suas comandadas. Para tentar mitigar a distorção do modelo, a jurisprudência Alemã acabou por aplicar as regras dos grupos de direito aos de fato.

Percebe-se, portanto, que a questão não é simples. Observando as diretrizes de ANTUNES (2012), MUNHOZ (2002) propõe uma classificação de seis espécies de grupo societários. Aludindo-se aqui a sua proposição de maneira bastante breve, o autor percebe nas tipologias do poder de controle e na forma como ele se exerce sobre as sociedades agrupadas – de maneira mais ou menos centralizada –, um determinante das fronteiras da atividade empresária.

Por isso mesmo, a disciplina dos grupos, bem como seus poderes, deveres e responsabilidades, deve partir do próprio poder de controle, elemento central da empresa, na medida em que representa o eixo decisional e de direção da condução da atividade, que, ainda que possa se manifestar de maneira bastante difusa e descentralizada numa organização de grupo, há de ser, de alguma forma, localizado na estrutura. Mesmo porque, dali partem as decisões determinantes para a organização da atividade.

Nessa ordem de ideias, defende o autor o reequilíbrio dos diversos interesses envolvidos, notadamente o dos sócios minoritários e dos credores, de maneira que, quanto mais concentrado e estável o poder de controle, mais rígidas deveriam ser as normas que prevejam a responsabilidade do grupo. Tudo isso, sem, todavia, negligenciar a finalidade econômica dessas estruturas, qual seja, a unidade econômica aliada à diversidade jurídica, que lhes permite a adoção de organizações jurídicas diversas, assim como a sua transnacionalização.

Para os casos em que há uma alta centralização a responsabilização, pela visão do autor, deve ser solidária, ao passo que quando há uma descentralização do poder de direção a responsabilidade deve inexistir.

Visto como a doutrina e jurisprudência trata o tema da responsabilização das sociedades empresárias do mesmo grupo societário, percebe-se que, assim como nos casos do direito concorrencial, a questão central

é a determinação de qual sociedade tem o poder de comando, direção, no exercício da atividade econômica, já que somente quando presente esse controle uma sociedade poderá ser responsabilizada pelos atos de outra sociedade integrante do mesmo grupo societário.

Propomos, então, que nesses casos, aplique-se a solidariedade entre duas sociedades do mesmo grupo societário, mas como ocorre no caso da responsabilização do sócio na sociedade limitada, no tocante à integralização do capital social, a solidariedade deverá ser com benefício de ordem, o que deve ser feito para garantir que não se ignore a personalidade jurídica da sociedade controlada.

Dessa forma, trazendo os elementos centrais da solidariedade na teoria geral das obrigações, a sociedade integrante do grupo societário que detivesse o poder de direção sobre outra sociedade, ainda que esse poder não esteja formalizado em nenhum negócio ou ato jurídico, deverá cumprir de forma integral a obrigação face a terceiros que não integram o grupo societário, desde que esse ato gere a tutela efetiva de direito desse terceiro.

No entanto, para uma maior segurança jurídica e, ainda, em conformidade com a premissa de que a solidariedade na teoria geral das obrigações é excepcional, essa solidariedade deve ser regulamentada por lei, para evitar os casuísmos da interpretação do caso em concreto.

4. Conclusão

Durante a pesquisa vimos que a teoria geral das obrigações, principalmente após a vigência do nosso atual Código Civil, pode trazer inúmeros elementos essenciais a aplicação de todo o direito privado, trazer uma homogeneização e estabilidade. No entanto, também vimos que existem peculiaridades dos microssistemas que devem ser respeitadas, sob pena de termos uma ingerência indevida do direito civil nos demais ramos do direito privado.

Sob esse ponto de vista, a solidariedade tal como tratada na teoria geral das obrigações, disciplinada por meio da previsão no Código Civil, é uma regra que permite excepcionar a regra de que as obrigações são tantas quantas forem os sujeitos que a integram, e permitir, em uma obrigação com pluralidade de sujeitos, que qualquer um deles exija ou seja compelido ao cumprimento total da obrigação; medida que permite o reforço da segurança do credor e a tutela efetiva de direito de terceiros. Ressalta-se que a solidariedade é sempre empregada sob o ponto de vista externo.

Com essas características gerais, a solidariedade como regra na teoria geral das obrigações, influenciou a criação de regras legais no direito societário para, inicialmente, permitir que os sócios, em determinados casos previstos expressamente em lei, pudessem ser responsabilizados, sempre perante terceiros, por obrigações da sociedade empresaria. Claro, por se-

rem as matérias de direito societário especiais, alguns pontos diferenciam a solidariedade civil e a societária, sendo o ponto central de diferenciação a questão do benefício de ordem, que é aplicado unicamente no direito societário, exatamente tendo em vista a separação patrimonial entre sócio e pessoa jurídica (sociedade empresária).

Depois de verificado esses aspectos, passamos a analisar como a solidariedade passou a ser tratada no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao fenômeno recente dos grupos societários. Verificamos que no ordenamento jurídico nacional existe uma lacuna em relação a esses fenômeno societário, sendo insuficientes as normas das leis societárias hoje vigente, que são fundadas em conceitos estanques e tendo por parâmetro a pessoa jurídica isolada, que não sofre influência externas, incompatíveis com a realidade econômica dos grandes conglomerados transnacionais que se apresenta desde a era da Globalização.

Outrossim, na pesquisa identificamos que a insuficiência normativa do direito societário frente aos desafios da definição de um conceito para o grupo societário, foi superada por outros ramos do direito, tal como o concorrencial, que na interpretação da norma, consolidaram uma jurisprudência integrativa das normas legais, para permitir a responsabilização solidária de uma das sociedades empresárias, aquela que comanda a unidade econômica que é o grupo, tomando as principais decisões no tocante às atividades exercidas pelo grupo, por ato de outras sociedades integrantes do grupo.

Contudo, para uma maior segurança jurídica, o ideal é que a lei passe a regulamentar a responsabilização entre sociedades do mesmo grupo societário, de forma a conferir tratamento legal as situações fáticas. Por isso, apesar da solidariedade ser um instrumento que pode, no caso concreto, solucionar diversas incongruências geradas por meio do exercício da atividade econômica pelas sociedades integrantes do grupo societário, para permitir uma maior equidade e tutela efetiva de direitos para os terceiros, principalmente aqueles que sofrem com as externalidades negativas causadas pelo exercício da atividade econômica pelos grupos societários, ela deve ser legal.

Por isso, a solução definitiva será a alteração do nosso ordenamento jurídico para que a legislação responda de forma adequada aos anseios sociais e regule de forma plena esse fenômeno que é o grupo societário. Enquanto isso não acontece, casos lamentáveis como o “Bhopal”¹⁴ continuarão

14 Como tão bem narrado por ANTUNES (2012), “Às primeiras horas do dia 03.12.1984, na cidade de Bhopal, na Índia, verificou-se uma fuga de 40 toneladas de hidrocianato numa empresa química de pesticidas, a “Union Carbide India, Limited”, filial indiana de uma grande empresa multinacional com o mesmo nome. Em consequência da referida fuga de gás (de acordo com os especialistas, provavelmente o gás mais letal jamais manuseado pelo homem em termos industriais), quase 4 mil pessoas tiveram morte imediata, cerca 8 mil nas duas semanas seguintes, e mais de 500.000 foram vítimas de lesões de ordem várias nos meses e anos seguintes. Hoje, praticamente 30 anos sobre a data do acidente, os habitantes daquela cidade

acontecendo de forma cada vez mais recorrente, fazendo com que o desenvolvimento econômico em todos os seus aspectos, como já defendia Amartya Sen, fique cada vez mais distante.

5. Referências

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios Jurídicos. 9ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ANTUNES, José Augusto. Quelhas Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- _____. A responsabilidade da empresa multinacional. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, ano 15, v. 58, p. 205-265. out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. 4. Tomo II. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. v. 2. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Obrigações*. 6ª ed. rev., amp., e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

e de cidades vizinhas continuam a morrer, desenvolvendo toda uma variedade de patologias, tais como o cancro, cegueira, infertilidade, e malformações congénitas. [...] Mas hoje, trinta anos depois, também o apuramento da responsabilidade empresarial pelos prejuízos causados por tal acidente continuam por fazer. A “Union Carbide India, Limited” constituía uma filial indiana da empresa multinacional “Union Carbide”, uma empresa multinacional norte-americano da indústria química que controlava então cerca de 750 sociedades filiais espalhadas um pouco por todo o mundo. Como era de esperar, o património da filial indiana apenas permitia satisfazer uma parte infinitesimal dos danos provocados por esta enorme catástrofe humana e ambiental: ao passo que o valor total desses danos ascendia na altura a mais de 15 biliões de dólares, a “Union Carbide India” possuía um património de apenas 10 milhões de dólares, [...]. Perante isto, as vítimas ou os seus herdeiros decidiram propor uma acção judicial de responsabilidade diretamente contra a “Union Carbide Corporation”, sociedade-mãe ou cúpula do grupo empresarial multinacional, com sede no estado de Connecticut, nos Estados Unidos da América, e que controlava a filial indiana “Union Carbide India” através de um complexa rede de participações detidas por outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Os autores desta acção judicial não tiveram muita sorte. Com efeito, na contestação, a cúpula da empresa multinacional Union Carbide sustentou a sua irresponsabilidade pelas dívidas da sua filial indiana, invocando o princípio da independência jurídica das sociedades agrupadas e o privilégio da responsabilidade limitada dos accionistas.”

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. *Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada*. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Orgs.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Viviane Muller. Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. In: *Revista Direito GV2*, v. 1, n. 2, p. 5-27. jun/dez. São Paulo: FGV, 2005.

_____. Análise do Fenômeno dos Grupos de empresas na jurisprudência do STJ. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, ano 11, v. 40, p. 97-120. abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALOMÃO FILHO, *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SANDOVAL, Guilherme. Solidariedade civil, cambiária e empresarial. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TASSE, Luciana; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. Responsabilização Empresarial: os grupos societários em perspectiva. In: CORREIA JÚNIOR, José Barros; LIMA, Luiza Rosa Barbosa de; SILVA, Paulo Coimbra (Coord.). *Direito Empresarial I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. p. 276-292. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celi-na Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.