

RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL: OS GRUPOS SOCIETÁRIOS EM PERSPECTIVA

CORPORATE LIABILITY: CORPORATE GROUPS IN PERSPECTIVE

TASSE, Luciana¹

MÜLLER, Juliana Martins de Sá²

RESUMO

Entende-se que o surgimento dos grupos de sociedades ensejou verdadeira crise nos quadros jurídico tradicionais, uma vez que o princípio clássico da autonomia societária está em contradição com o princípio do controle de uma sociedade sobre outra, constatando-se, deste modo, a necessidade de discutir os parâmetros do direito societário no Brasil. Há que se questionar se a disciplina dos grupos societários é consentânea com a realidade empresária, destacadamente no tocante à Lei nº 6.404/ 1976, principalmente quando se observa a responsabilização dos grupos societários. Desenvolve-se este trabalho a partir da hipótese de que a aplicação automática dos parâmetros clássicos de responsabilidade, concebidos para a sociedade empresária única, ao grupo de sociedades, é insuficiente e enseja deturpações quando se tem em vista a realidade empresarial. De modo geral, objetiva-se expor a insuficiência da lei empresarial face à atual realidade empresária tendo em vista às questões afetas à responsabilização do grupo societário e os impactos aos credores de modo geral, ficando evidente a necessidade de se reconsiderar criticamente a teoria do Direito Societário, razão pela qual se destaca o presente trabalho. Propõe-se uma pesquisa qualitativa, valendo-se do método dedutivo de análise de conteúdo, para, a partir da conformação teórica de que o grupo societário se dá pela coordenação de centros autônomos, se discutir o sistema de responsabilidade empresarial, dado que dentre as inúmeras barreiras de acesso à justiça e responsabilização, a própria estrutura jurídica desses empreendimentos constitui um impasse.

Palavras-chave: Direito societário; Grupos societários; Responsabilidade dos Grupos Societários.

ABSTRACT

The emergence of corporate groups gave rise to real crisis in traditional legal frameworks, since the classic principle of corporate autonomy is inconsistent with the control of a company over another, evidencing the need to discuss the parameters of corporate law in Brazil. It is questionable whether the discipline of corporate groups given by Law 6.404/76 is consistent with the business reality, especially in regard to the accountability of corporate groups. This study assumes that the automatic enforcement of classical standards of corporate liability, designed originally to isolated company, is insufficient and entails misrepresentations when it is aimed at corporate groups. In general terms, the objective is to expose the inadequacy of corporate law in concern to the current business reality, especially when considering the accountability of corporate groups and its impacts to creditors. It is

¹ Graduada em Direito pela UFJF, mestranda em Direito pela UERJ na linha Empresa e Atividades Econômicas.

² Graduada em Direito pela UFJF, mestranda em Direito pela UERJ na linha Empresa e Atividades Econômicas.

proposed a qualitative research, making use of the deductive method of content analysis. As the theoretical framework of corporate groups assumes its structure as a coordination of autonomous centers, it is possible to revisit the corporate groups liability, given that among the numerous barriers to access to justice and accountability, the very legal structure of these ventures is an obstacle.

Keywords: Corporate Law; Corporate Groups; Liability of Corporate Groups

1) Introdução

O Direito Societário vigente reside sobre um paradoxo regulatório que produz distorções especialmente quanto ao regime de responsabilidade dos entes corporativos. Isso porque a atividade empresária, tal como se organiza atualmente, assume a estrutura de grupo societário, pela qual um conjunto de sociedades empresárias, ainda que conservando formalmente a sua autonomia jurídica, subordina-se à direção econômica unitária de uma sociedade controladora.

Assim, entende-se que o surgimento dos grupos de sociedades ensejou verdadeira crise nos quadros jurídico tradicionais, uma vez que o princípio clássico da autonomia societária, que permite a atribuição de personalidade jurídica à sociedade e a limitação da responsabilidade dos sócios, está em contradição com a possibilidade do controle de uma sociedade sobre outra, traço distintivo e condição de possibilidade dessa nova forma de organização empresarial.

A partir dessas questões, discute-se se a disciplina dos grupos societários é ou não consentânea com a realidade empresária, destacadamente no tocante à Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (a Lei das S/A).

Entende-se que há discrepância entre os padrões jurídicos e a realidade, criando uma espécie de lacuna na normatividade no setor empresarial do século XXI, a qual é caracterizada pela técnica jurídica de organização da empresa plurissocietária. Objetiva-se, portanto, expor a insuficiência da lei comercial face à atual realidade empresária tendo em vista as questões afetas à responsabilização do grupo societário e os impactos aos credores de modo geral.

De modo específico, tem-se como escopo, a análise da atual realidade empresária, por meio da discussão da trajetória histórica que levou à conformação dos grupos societários e abordando a normatização desse instituto; o entendimento dos grupos societários a partir da legislação vigente, no tocante aos grupos de fato e de direito; a investigação dos impactos dos

grupos societários e a necessidade de superação dos paradigmas clássicos para uma efetiva responsabilização desses grupos.

Para tanto, realiza-se uma pesquisa qualitativa, por meio do método de análise de conteúdo, tendo em vista que, com base nos objetivos traçados, propõe-se o estudo de textos teóricos e legais. Desta feita, valendo-se de uma abordagem reconstrutiva do direito comercial, cria-se um sistema analítico de conceitos, o qual é estruturalmente imprescindível tanto para a análise de textos referentes aos grupos societários, quanto para a interpretação da legislação societária aqui em voga.

Observa-se, ainda, que a concepção de um arcabouço teórico, o qual proporciona a elaboração de um sistema analítico de conceitos que servem como instrumento para a investigação que se segue, a efetivar-se por meio de uma pesquisa de análise de conteúdo, só pode se dar pela técnica de documentação indireta. Ou seja, utiliza-se da revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Trata-se de, enfim, de uma pesquisa teórica (DEMO, 1995), uma vez que se destaca o seu caráter conceitual, no sentido de revisão de conceitos tradicionalmente trabalhados, como pode ser visto, em especial, na exploração do conceito de grupo societário inserido como elemento modernizador do direito de empresa.

Justifica-se o recorte metodológico estruturado nos grupos societários, através da observação supramencionada de que o surgimento dos grupos de sociedades coloca em contradição o princípio clássico da autonomia societária e o princípio do controle societário, qual seja traço distintivo dessa forma de organização empresarial.

Essas questões são apresentadas com base em um referencial teórico que entende os grupos societários como a integração de sociedades em estruturas maiores, nas quais, embora haja perda da autonomia econômica das sociedades em separado, é mantida a independência jurídica de um cada dos entes, que devem atuar em coordenação. Essa escolha diz respeito ao ideal entendimento da articulação dos grupos, a fim de permitir questionar sua perceptibilidade pelo direito societário e as barreiras na responsabilização dos entes envolvidos.

Observa-se que esse trabalho se destaca por trazer ao cenário do direito comercial um contraponto as suas tradicionais justificativas, meramente econômicas, mas, principalmente, por buscar aplicar a Lei nº 6.404/1976 à realidade comercial, adequando a normatividade do direito societário brasileiro às questões fáticas.

2) A conformação dos grupos societários

O presente trabalho se baseia no protagonismo que a atividade empresária realizada de forma plurissocietária realiza no atual sistema econômico, acarretando na necessidade de revisão da disciplina sobre grupos societários. Tal protagonismo, como determina Munhoz (2002, p. 100), no cenário nacional se reverte na principal estratégia empresária hodierna: “No Brasil [...], o fenômeno dos grupos de sociedade penetrou a tal ponto na realidade que podem ser considerados a principal forma de organização da atividade empresarial”.

Dada essa importância dos grupos de sociedades na atual realidade empresária, a ponto de serem estes a principal técnica de organização empresária, faz-se mister estabelecer como se chegou a esse cenário, a fim de determinar as balizas dos grupos societários.

Ensina Munhoz (2002) que a superação do arquétipo da sociedade como pessoa jurídica autônoma, com responsabilidade limitada, se deu com as transformações trazidas pelo século XX, que levou à necessária readequação das estruturas societárias, sendo fator de destaque para tanto o fenômeno concentracionista.

Tal fenômeno tem ênfase na segunda metade do século XX, principalmente, relacionando com o destacado crescimento econômico desse período e a evolução do sistema capitalista. Ele diz respeito à concentração da atividade empresária, tendo em vista que “somente as grandes empresas, com estruturas organizacionais maleáveis, são capazes de enfrentar os desafios impostos pela economia globalizada³” (MUNHOZ, 2002, p. 87).

O fenômeno concentracionista, portanto, tem seu escopo em atender às demandas empresariais no tocante à maior eficiência produtiva, mas também alocativa de recursos. Bem destaca Munhoz (2002) que a concentração leva a um maior poder de mercado.

Entretanto, somente o fenômeno concentracionista não determina a realidade dos grupos societários tal como são vistos. Isso se deu com base nos desdobramentos advindos das duas fases concentracionistas, como se vê.

A primeira fase desse fenômeno se caracteriza pelo aumento da dimensão das sociedades e diminuição de seu número, ou seja, formam-se grandes sociedades empresárias monolíticas, que tem como instrumentos jurídicos típicos a fusão e a incorporação de sociedades. Todavia, muito embora essa forma de concentração societária não afete o modelo

³ Diz-se economia globalizada aquela de integração dos mercados nacionais diversos, que implica na intensificação da circulação de bens, serviços, capitais e tecnologias em escala mundial. Nos moldes apresentados por Munhoz (2002, p.86)

societário clássico, uma vez que a sociedade continua a corresponder ao ente jurídico autônomo, ela se depara com três limitações, que acabam por levar ao surgimento dos grupos, na segunda fase.

Tais limitações são financeiras, organizativas e legais, dado que o crescimento indefinido das sociedades encontram problemas na continuidade do processo acumulativo, na organização da atividade e no cerceamento legal. De modo que, a fim de sanar tais questões, caminhou-se para a segunda fase concentracionista.

Essa fase se caracteriza pelo crescimento externo da sociedade, ou seja, não há a expansão das estruturas internas da sociedade, como na primeira fase, mas sim, “a integração da sociedade, em estruturas cada vez maiores, nas quais, embora haja perda da autonomia econômica das unidades, é mantida a independência jurídica” (MUNHOZ, 2002, p. 91). Essa forma de concentração é então instrumentalizada pelos chamados grupos de sociedades.

Os grupos, questão central para esse trabalho, combinam, como ensina Munhoz (2002), a manutenção da personalidade jurídica e a sujeição a uma direção econômica única, de modo a perseguir não o interesse de cada ente em separado, mas o interesse do grupo. Percebe-se, desse modo, a diversidade jurídica recepcionada pela unidade econômica.

Ao se tratar de grupos societários, portanto, é a essa conformação a que se alude. De modo que se faz indispensável que o direito societário reconheça esse panorama, adequando-se ao caráter dinâmico do poder societário, permitindo ao direito empresarial manter-se cada vez mais próximo da realidade econômica.

3) Os grupos de fato e de direito no ordenamento brasileiro

Apresentada a conformação dos grupos societários, a fim de normatizar a matéria da organização das sociedades em grupos, o ordenamento brasileiro, sob regulação da Lei 6.404/76, optou pelo modelo dualista ou contratual, de clara inspiração na lei alemã, de 1965. Por esse modelo, é estabelecida uma divisão entre grupos de fato e de direito, aos quais é dispensado tratamento jurídico distinto.

Os denominados grupos de direito são aqueles formalizados por meio de instrumento contratual, pelo qual é lícita a subordinação dos interesses das sociedades filiadas ao da sociedade dominante ou do grupo. Por sua vez, os grupos de fato não se instrumentalizam pela via contratual, senão pelo exercício do poder controle de uma sociedade controladora.

Sendo-lhes vedada a subordinação de interesses, aos grupos de fato cabe o regime do modelo societário clássico, como se apenas se tratassem de um conjunto de sociedades isoladas, com autonomia patrimonial, jurídica e finalidade social própria (MUNHOZ, 2002). De acordo com Prado (2005), tais estruturas previstas na legislação estão baseadas na ideia de que os grupos de fato seriam exceção, e serviriam às organizações descentralizadas, com grande autonomia das controladas.

Neste sentido, a Lei 6.404/76, no Capítulo XX, define os grupos de fato no ordenamento brasileiro 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 através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Ressalta-se que a nenhuma delas é legítima a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, conforme se infere do artigo 245 da mesma Lei, sob pena de configurar-se abuso do poder de controle e conflito de interesses (artigos 246 e 115, §4º). Prado (2005) afirma que nos grupos de fato, permitiu-se que uma sociedade empresária seja sócia e controladora de várias outras, mas não houve uma visão da organização total característica da atividade organizada em grupo.

Por sua vez, o Capítulo XXI cuida dos Grupos de Sociedades, denominados pela doutrina de grupos de direito⁴. São constituídos pelas sociedades controladoras e suas controladas mediante convenção, pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (artigo 265, *caput*).

Dessa forma, a disciplina dos grupos de direito rompe com o paradigma clássico da sociedade independente, tanto ao permitir a subordinação de interesses nos limites da convenção (artigo 276), quanto ao assumir a unidade de direção de um grupo empresarial (PRADO, 2005).

Vale ressaltar que os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito ao reembolso de suas ações ou quotas, nos termos do artigo 137. Trata-se da única proteção aos acionistas minoritários das sociedades filiadas. Uma vez aprovada a

⁴ É importante destacar que a classificação dos grupos em de “direito” e de “fato” é uma construção doutrinária. Afinal, em sentido literal, a palavra “grupo” é atribuída pela Lei 6.404/76 apenas aos “grupos de sociedades” previstos no Capítulo XXI, que se celebram mediante contrato aludido no seu art. 265.

convenção, ela deve ser arquivada na junta comercial (artigo 134, §5º) da sede da sociedade de comando, e publicada.

Fatalmente, a lei acionária brasileira, embora se baseie na estrutura básica da lei alemã, foi menos rigorosa na proteção dos minoritários e credores dos grupos - e muito se relega à autonomia privada dos empresários (MUNHOZ, 2002).

Segundo Prado (2005), essa foi uma escolha legislativa de intencional razão econômica, no sentido de favorecer a concentração empresarial. É que a Lei 6.404/76 foi elaborada para atender às metas do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que definia as estratégias de desenvolvimento econômico entre os anos de 1975 a 1979 do governo Geisel.

Entre elas, era destacada a formação de conglomerados econômicos brasileiros para fazer frente às empresas estrangeiras, vez que a referida Lei foi promulgada no intuito de viabilizar uma estrutura de companhia adequada ao funcionamento da grande empresa privada nacional, imaginada como ideal para o modelo de desenvolvimento econômico da época. Tais diretrizes constavam claramente tanto no Anteprojeto, quanto na Exposição de Motivos da Lei de Sociedades por Ações (PRADO, 2005).

Dentro deste contexto, e com essa função política e econômica, a disciplina sobre grupos de sociedades é bastante favorável à concentração, e à diminuição do risco da atividade empresarial do grupo, em prejuízo de outros interesses, como os dos minoritários, credores em geral e terceiros interessados.

Não obstante a técnica de organização empresária sob a forma de grupos societários seja definitivamente predominante na realidade econômica contemporânea, o seu enquadramento na ordem jurídica segue problemático, vez que a concepção econômica de grupo não é facilmente traduzida numa definição jurídica clara e precisa (COMPARATO, 1983). Como já aludido, a aposta do direito brasileiro, diante desse desafio, foi adotar um modelo de regulação dualista, que reconhece regime jurídico específico de grupo apenas aos chamados grupos de direito, formados mediante forma taxativamente prevista na lei. A pretensão, ao definir essa forma taxativa, foi resguardar alguma segurança jurídica mediante as múltiplas formas de organização sob as quais o fenômeno do grupo pode se apresentar.

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), 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. Com isso, extrapola-se o interesse da sociedade isolada, para constituir-se uma organização e valorização econômica de uma pluralidade de sociedades conforme a política grupal.

Daí se afirmar a discrepância entre a realidade dos grupos, estruturas de organização plurissocietárias submetidas à direção unitária, e a sua regulação legislativa, ainda baseada nos paradigmas da sociedade clássica, quais sejam, a personalidade jurídica e suas principais decorrências, a autonomia patrimonial e organizativa.

Isso porque, como destaca Munhoz (2002), a direção unitária leva, mesmo, à ruptura da autonomia patrimonial, ao instrumentalizar os ativos e passivos das sociedades a favor dos interesses financeiros do grupo; assim como à ruptura da autonomia organizativa, vez que o interesse das sociedades componentes acaba por subordinar-se às finalidades gerais do grupo, ou da sociedade dominante, levando à ruína todo o esquema de atribuição de responsabilidade ao controlador e administradores concebido pelo modelo vigente para evitar abuso de poder de controle ou conflito de interesses.

Corroborando, ainda, com igual razão para a crítica do modelo dualista, a constatação amplamente verificada na doutrina acerca da pouca efetividade desse sistema. Com efeito, Munhoz (2002) afirma serem raríssimos os casos de grupos de direito formalizados na conformidade do Capítulo XXI da Lei 6.404/76, optando os agentes econômicos, majoritariamente, pela organização como grupo de fato, mesmo com o risco de serem declarados ilícitos os atos que subordinem os interesses da sociedade dependente. Por sua vez, Prado (2005) aponta como motivos para a não utilização do instrumento contratual para a formalização em grupos de direito, a “artificialidade do modelo importado, a facultatividade de formação de grupos convencionais e a oneração com o direito de recesso dos minoritários e com a estrutura administrativa”. Calixto Salomão (1998) vai, todavia mais longe, ao afirmar que os grupos de direito “são letra absolutamente morta no direito brasileiro”, e que a disciplina do direito grupal passa por uma séria crise. Desse modo, há que se discutir a

apresentação dos grupos societários no direito brasileiro e as controvérsias por trás do seu regime de responsabilização.

4) A problemática da responsabilidade dos grupos

A aludida disparidade entre norma e realidade no que tange à atividade empresária plurissocietária, acaba por dar ensejo a distorções, que se projetam sobre muitos aspectos da sua regulação jurídica, mas, especialmente, sobre interessados e destinatários jurídicos envolvidos - como minoritários, credores em geral, administradores, empregados e o Estado (ANTUNES, 2005). Assim, poder-se-ia dizer, que uma das áreas em que essa distorção é mais perversa, corresponde ao regime de responsabilidade dos grupos de sociedades, visto que aquele regime, consagrado para atender o direito societário clássico das sociedades isoladas, é incapaz de dar conta de prevenir e reparar os inúmeros danos, assim como os enormes riscos e externalidades de que é fonte a atividade contemporânea da grande organização empresária multissocietária.

Afirma Antunes (2005), que a aplicação dos padrões tradicionais de responsabilidade presentes na legislação vigente, leva, invariavelmente, à soluções insatisfatórias ou inadmissíveis, em razão da tensão paradoxal entre dois princípios regulatórios presentes no direito dos grupos: o princípio da autonomia societária, com limitação patrimonial e independência de organização; e o da direção unitária, a partir da possibilidade do exercício de poder de controle de uma sociedade sobre outra.

Dessa forma, o mesmo princípio da responsabilidade limitada que viabilizou o desenvolvimento massivo da atividade empresária e a vasta captação de recursos para as companhias junto a sócios investidores, produz situação diversa quando a relação se estabelece entre sociedades controladora e controlada. Nestes casos, a manutenção automática e acrítica da responsabilidade limitada, pode incentivar a constituição de sociedades subcapitalizadas para atividades do grupo que impliquem altos riscos, evadindo-se de eventuais prejuízos, ao exteriorizá-los à comunidade. A partir disso, constata-se que a manutenção dos mesmos e clássicos paradigmas de sociedade isolada à realidade atual da atividade empresária de grupo, diminui os seus riscos, sem mecanismos de responsabilização correspondentes e, assim, incentiva uma verdadeira irresponsabilidade empresarial (MUNHOZ, 2002).

Em verdade, o regime adotado na lei societária brasileira (6.404/76) para os grupos, como já aludido, não privilegia a proteção de credores e minoritários, nem nos grupos de direito e, tampouco, nos de fato.

O Capítulo XX, que regulamenta os grupos de fato, traz proteção aos minoritários com base no abuso de poder de controle (artigo 246). Aos minoritários é dada ação de reparação de perdas e danos face à sociedade controladora, por atos praticados em infração aos deveres e responsabilidades previstos nos artigos. 116 e 117. Ademais, pelo artigo 115, §4º, é cabível a anulabilidade das deliberações tomadas em conflito de interesse com a companhia, a reparação pelos danos causados pelo acionista, assim como a transferência à sociedade das vantagens indevidamente auferidas.

Tal sistema de proteção se mostra, afinal, pouco eficaz (MUNHOZ, 2002), porque a referida lei parte da noção clássica – nesse caso ilusória – da independência das sociedades agrupadas, determinando ilícita a subordinação de interesses, quando, na verdade, a subordinação – maior ou menor, sob direção unitária –, tem caráter essencial e estruturante no esquema de organização da atividade empresária sob a forma de grupo. Sendo assim, especialmente quanto aos grupos de fato, a lei é descumprida de maneira sistemática e tornam-se praticamente inaplicáveis os remédios por ela previstos. Para agravar a situação, não é previsto nenhum mecanismo de fiscalização – das controladoras ou das controladas – em favor dos minoritários, o que gera dificuldade quase intransponível em comprovar eventual exercício abusivo de poder de controle.

Ainda quanto aos grupos de fato, no que toca aos credores das sociedades controladas, não há qualquer previsão de mecanismo a eles protetivo, vez que parte-se da suposição de que as sociedades formadoras do grupo operam como unidades jurídicas e autônomas.

Também Calixto Salomão (1998) atesta a completa insuficiência do regime de responsabilidade dos grupos na lei brasileira. Afirma o autor que a simples aplicação direta do artigo 117 da lei acionária, ao exigir demonstração de dolo e culpa, torna a configuração da prova necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva do controlador, praticamente impossível de ser obtida. Isto é, o ônus da prova é tão pesado, que praticamente chancela uma regra de isenção de responsabilidade.

Sobre os grupos de direito, dispostos no Capítulo XXI como “Grupos de Sociedades”, o sistema adotado para a proteção dos sócios minoritários guarda muita similitude com aquele dos grupos de fato, vez que o parágrafo 3º do artigo 276, remete ao

artigo 246 a ação de reparação de danos por abuso de poder de controle e por atos praticados com infração à convenção de grupo pelo administrador ou pela sociedade de comando.

Munhoz (2002) considera que a lei brasileira é bastante tímida na proteção dos minoritários – especialmente considerando os mecanismos rigorosos do sistema dualista no direito comparado para os grupos de direito. Mas quanto a estes, há, ao menos, um sistema de fiscalização ampliado às sociedades do grupo, nos termos do artigo 277, que regula o funcionamento do Conselho Fiscal da companhia filiada.

O mesmo autor atenta, todavia, para o absurdo de que mesmo no regime dos grupos de direito, os credores estejam completamente desprotegidos, em vista da inexistência de normas relativas à garantia dos terceiros credores das filiadas, como se não houvesse qualquer risco de subcapitalização ou confusão patrimonial. O diploma acionário brasileiro silenciou até mesmo quanto à subsidiária integral (artigo 251 e seguintes).

À insuficiência da disciplina vigente para a proteção de minoritários e credores do grupo, responde-se, ainda, segundo paradigmas clássicos da sociedade autônoma isolada, pela aplicação casuística e pouco sistemática da desconsideração da personalidade jurídica.

Como visto, nos grupos de sociedades, há uma relativização do dogma da autonomia da pessoa jurídica, tanto no aspecto patrimonial, quanto no organizacional, que é característica da própria organização da atividade empresária sob a forma de grupo. Por isso mesmo, a aplicação da teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica parece desarrazoada, na medida em que a confusão patrimonial e organizacional que ensejariam a suspensão temporária e episódica da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil de 2002 (CC), não constitui exceção, senão regra estrutural própria de grupo.

De modo que, como afirma Munhoz (2002), a “crise” desencadeada pelo fenômeno dos grupos não estaria na utilização abusiva da personalidade jurídica - que faz jus à incidência da desconsideração, conforme o art. 50, CC; art. 2º, §2º, CLT; art. 135, CTN, ou art. 28, CDC -, mas na própria aplicação acrítica e automática dos paradigmas clássicos das sociedades isoladas à solução dos problemas jurídicos suscitados pelas sociedades organizadas em grupo.

Nessa ordem de ideias, a aplicação da desconsideração deve ser sempre excepcional, com o fim de reequilibrar a distribuição dos riscos inerentes à atividade empresária em cada caso concreto, com base em critérios tecnicamente adequados ao fenômeno dos grupos.

5) Necessidade de superar o paradigma da sociedade isolada

Como já observado, a limitação da responsabilidade das unidades societárias, associada à orientação organizativa em favor de um interesse externo a elas, tem como consequência o desequilíbrio entre o poder empresarial e os riscos do negócio, na medida em que o patrimônio que representaria sua garantia aos riscos da atividade que desenvolve, e às obrigações assumidas, é descaracterizado. Por isso mesmo, o fenômeno dos grupos torna especialmente grave a situação jurídica dos credores com reduzido poder de negociação e dos credores não contratuais, os quais não tem a menor condição de influenciar ou evitar as consequências jurídicas, e os impactos socioeconômicos que sobre eles se abatem, em virtude do exercício da atividade empresária realizada pelo grupo.

Acerca do tema, afirma Calixto Salomão (1998) que na lei 6.404/76, a limitação da responsabilidade dos grupos e da subsidiária integral, sem o respaldo de qualquer regra especial de organização ou desconsideração, está motivada pelo legislador com base na livre negociação entre credor e devedor, vez que o credor, em regra, exige garantias pessoais do sócio ou da sociedade controladora. A consequência de um tal modelo, é o prejuízo à comunidade e à grande massa de pequenos credores, que não tem condições efetivas de negociar com a sociedade.

Com efeito, a atividade empresária, especialmente a de alto risco, com elevadas externalidades – como a indústria nuclear, aeronáutica, farmacêutica, biotecnológica, química, transportadora, entre outras –, transcende os interesses de credores individuais voluntários, para atingir uma dimensão pública, que envolve uma massa indiferenciada de credores involuntários – pense-se nos casos de catástrofes ecológicas cometidas por grandes grupos transnacionais, por exemplo.

Essas situações se mostram especialmente graves, quando se nota a tendência desses conglomerados em se organizarem segundo complexos de sociedades frequentemente subcapitalizadas, às quais se vinculam as atividades mais melindrosas como meio de evadir-se dos eventuais prejuízos.

Como exemplo clássico, Antunes (2005) cita o caso “Bhopal”⁵, ocorrido na Índia em 1984, e ainda ilustra com casos norte-americanos⁶, de sociedades subcapitalizadas

⁵ Por negligência da sociedade que operava no país, houve de um vazamento letal de gás, que deixou 2100 mortos e outras 200.000 vítimas afetadas gravemente, num valor de danos estimados em 3,3 bilhões de dólares. Todavia, a sociedade “Union Carbide India”, filial do grupo empresarial sob direção da “Union Carbide U.S. Co.”, com sede nos EUA, possuía capital suficiente para cobrir apenas 3% dos prejuízos. Nestes casos, que

constituídas para explorar negócios de risco, com o fim de evadirem à responsabilidade em matéria laboral, ambiental e consumerista.

Sobre as barreiras de acesso à justiça por violações e danos causados por grupos de sociedades no exercício da sua atividade empresária, é recorrente a alusão às dificuldades para comprovar o nexo de causalidade entre a conduta da unidade empresarial e dano causado; às distorções em razão da manutenção de um paradigma absoluto de separação patrimonial, sob o dogma da autonomia da pessoa jurídica, correspondente à sociedade isolada tradicional; e, ainda, à complexidade das estruturas corporativas sobre as quais se organizam os grupos transnacionais, que colocam obstáculos adicionais para identificar-se a entidade adequada contra a qual representar⁷.

A natureza transnacional dos grandes grupos empresariais, aliada à complexa e pouco transparente estrutura de poder de controle, com filiais difusas e situadas nos mais diversos países, colocam desafios quase intransponíveis para se identificar a unidade causadora do dano e respectivo nexo de causalidade necessários para a configuração da responsabilidade. Neste casos, embora seja difícil isolar uma unidade responsável, é notório que todo o grupo se beneficia, em prejuízo da comunidade, dessa espécie de ‘blindagem’ contra os riscos da atividade.

A questão da responsabilidade dos grupos de empresa, técnica jurídica pela qual se organiza a atividade econômica contemporânea, põe de manifesto a necessidade de urgente revisão dos paradigmas clássicos da sociedade isolada. Como visto, esse diagnóstico é especialmente alarmante quando envolve danos à comunidade, a credores não contratuais ou involuntários, vez que não dispõem de meios jurídicos adequados ou suficientes para obter reparação por eventuais danos causados pela atividade empresária dos grupos.

Não obstante vigentes no ordenamento nacional alguns diplomas legais que visam à proteção de credores face ao grupo (como no CDC, CLT e Lei 9.605/98), se a noção do que caracteriza juridicamente, afinal, a existência da organização grupal, segue nebulosa – vez que os grupos de sociedades ou de direito previstos na lei 6.404/76 são praticamente inexistentes –

envolvem estruturas transnacionais, ainda que a sociedade-mãe seja condenada, as sentenças são de rara e difícil execução.

⁶ Assim, o grupo “Phillip Morris” constituiu uma holding de topo, na intenção notória de preservar sua cúpula hierárquica. Da mesma forma, o grupo “Exxon Valdez”, passou a contratar transportadores de petróleo independentes, após desastre por derramamento ocorrido no Alaska, em 1989, que lhe rendeu graves responsabilidades ambientais.

⁷ Neste sentido, ver: ZERK, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*; e também COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas – Brasil*.

, também serão incertas as consequências jurídicas aplicáveis ao fenômeno do grupo, no que se inclui a problemática responsabilidade.

Tendo em vista essa necessidade de revisão do modelo societário clássico, Munhoz (2002) faz algumas propostas, que podem, afinal, lançar luzes sobre um possível caminho a ser adotado pelo ordenamento brasileiro. 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.

O entendimento com relação à estrutura de grupo não deve ser, portanto, pejorativo, senão consciente da necessidade de realinhar os riscos que os grupos devem suportar, ao poder que assumem na contemporaneidade, em nome de uma disciplina da responsabilidade, que incorpore um caráter organizativo da conformação estrutural e econômica dos grupos, no sentido de, como afirma Calixto Salomão (1998), muito mais prevenir formas concentracionistas negativamente avaliadas, do que impor cunho meramente sancionatório e de reparação para danos e abusos depois de ocorridos.

6) Conclusão

O presente trabalho centrou-se na importância dos grupos societários para a atual realidade econômica. Para tanto, apresentou-se o fenômeno concentracionista e a trajetória realizadas pelos grupos até serem tidos como um instrumento típico de concentração pautada no crescimento externo da sociedade, caracterizando-se pela integração de sociedades em grandes estruturas de sujeição econômica, sem que houvesse a perda da independência jurídica de cada um dos entes.

Depois, cuidou-se da normatividade dos grupos societários, o que se fez por meio da elucidação da teoria dualista, a qual expõe esses grupos como sendo de fato e de direito. Estes formalizados mediante instrumento contratual e aqueles instrumentalizados apenas pelo exercício de poder de controle de uma sociedade controladora. Os dois tipos de grupos são tratados na Lei 6.404/76, que define os grupos de fato no ordenamento brasileiro sob o título de “sociedades coligadas, controladoras e controladas” e os grupos de direito como “Grupos de Sociedades” efetivamente.

A partir de tais definições, demonstrou-se que para a configuração de um grupo faz-se necessário o elemento da direção unitária, ou seja, uma organização global da atividade econômica dos membros, sob direção de um poder mais ou menos centralizado. Tal, por sua vez, fatalmente relativiza a independência econômica e organizacional das sociedades integrantes do grupo. O que constitui uma organização multissocietária voltada para o grupo, permitindo constatar a discrepância entre a realidade dos grupos, estruturas de organização plurissocietárias submetidas à direção unitária, e a sua regulação legislativa, ainda baseada nos paradigmas da sociedade clássica, quais sejam, a personalidade jurídica e suas principais decorrências, a autonomia patrimonial e organizativa.

Passou-se a discutir, então, a problemática que envolve a responsabilização dos grupos societários e constatou-se que o direito societário ainda se vale de padrões clássicos de sociedade isolada para a atual realidade de atividade empresarial de grupo, o que acaba por incentivar uma verdadeira irresponsabilidade empresarial, dado que a lei societária ora em tela cuida da responsabilização dos grupos de direito, enquanto a realidade é constituída, em grande parte, pelos grupos de fato. Acabando, deste modo, por ficar comprovada, a completa insuficiência do regime de responsabilidade dos grupos na lei brasileira.

Expôs-se, enfim, sobre a necessidade de superação do paradigma regente da sociedade isolada, dados os impactos que os grupos societários causam aos credores, mesmo que involuntários, e a natureza transacional dos grandes grupos, o que acaba por colocar ainda mais desafios à identificação da unidade causadora do dano e respectivo nexo de causalidade necessários para a configuração da responsabilidade.

Tendo em vista essas complexidades e observando que o direito societário é o principal eixo de normatização para essas questões, ele deve se colocar de modo a evitar que a estrutura jurídica desses empreendimentos comerciais seja um entrave à responsabilização dos grupos. Assim, constatou-se a necessidade de realinhamento dos riscos com que os grupos societários devem arcar, dada a sua complexidade e seu impacto na realidade, a fim de se primar por uma efetiva responsabilização.

7) Referências Bibliográficas

ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O moderno paradoxo regulatório*. Revista Direito GV. v. 1 n. 2, jun/dez 2005. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p029_068.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. 2011. *Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas – Brasil*. Relatório. Disponível em: <[http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august\[29640\].pdf](http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august[29640].pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014.

CAMINHA, Uinie. *Notas sobre os grupos de sociedades no direito brasileiro*. Pensar, Fortaleza, p. 187-195, abr. 2007. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/856/1689>> Acesso em: 10 de julho de 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEADER, Sheldon. *Two ways of linking economic activity to human rights*. International Social Science Journal, 57: 541–550, 2005. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2451.2005.00569.x/pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2014.

MUNHOZ, Eduardo, Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*, 1ª Ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/76*. Revista Direito GV 2. v1, nº2, jun/dez 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 de junho de 2014.

PRADO, Viviane Muller, Maria Clara Troncoso. *Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ*. Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v.11, n. 40, abr./jun. 2008.

SALOMÃO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1998.

TEUBNER, Gunter. “*Unitas Multiplex*”: *A Organização do Grupo de Empresas como Exemplo*. Revista Direito GV 2. v. 1 n. 2. Jun/Dez 2005. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p077_110.pdf> Acesso em 02 de junho de 2014.

TIRONI, Luís Fernando. *Grupos Econômicos: Aspectos Normativos*. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, n. 26, Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/radar/130625_radar26.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

ZERK, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*. Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2014.