

Sumário

Este parecer foi elaborado pelo autor com base em estrutura simplificada, limitando-se às seções “Exposição da Consulta” ou “Consulta” (ou semelhante) e “Parecer”, sem subdivisões internas, em função da natureza da matéria e da consulta formulada, deixando-se, por essa razão, de apresentar sumário.

PARECER JURÍDICO

Obrigaçāo contraída por sociedade de economia mista na vigência do artigo 242 da Lei nº 6.404, de 15.12.76. Responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que a controla. Hipótese de revogação desse dispositivo legal e direito adquirido do credor.

CONSULTA

A Companhia Alpha (ALFHA), sociedade de economia mista brasileira, e o Banco Beta S.A. (BETA), consulentés expõem:

1. Mediante instrumento de contrato celebrado na vigência da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, um grupo de instituições financeiras concedeu empréstimo à ALPHA sociedade de economia brasileira, constituída nos termos da Lei nº 0.000, de de de 19XX.
2. Além das partes contratantes e das testemunhas instrumentárias, nenhuma outra pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, firmou o contrato.
3. Quando as partes contratantes discutiram os termos e condições do empréstimo levaram ambas em conta, no que respeita às garantias então exigidas pelas instituições financeiras, a existência e a plena vigência do artigo 242 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que estabelece a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público pelas obrigações da sociedade de economia mista sob seu controle.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

4. As partes contratantes veem, entretanto, considerando os efeitos que uma hipotética revogação desse dispositivo legal poderia ter sobre a garantia acima referida, que variariam, segundo duas opiniões conflitantes:

- a) admitido que a garantia é de caráter geral e decorre de lei, e não de negócio jurídico de que participa o garantidor, cessaria em caso de revogação do artigo 242 da Lei nº 6.404/76, inclusive em relação a obrigações nascidas antes da nova lei;
- b) admitido que da assinatura do contrato teria nascido, para as instituições financeiras, direito adquirido contra a pessoa jurídica de direito público, a lei posterior que revogasse o artigo 242 da Lei nº 6.404/76 não se aplicaria às obrigações nascidas anteriormente à sua vigência.

Formulam, por isso, a seguinte questão:

- Na hipótese de ser revogado o artigo 242 da Lei nº 6.404/76, pode-se afirmar que a pessoa jurídica controladora da companhia de economia mista continuará a responder, subsidiariamente, pelas obrigações da companhia assumidas no contrato de empréstimo, sem que dele tenha constado cláusula expressa nesse sentido?

PARECER

1. A limitação da responsabilidade de todos os acionistas é uma das características da forma jurídica de companhia, ou sociedade anônima (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 1º), mas a nova lei de sociedades por ações contém dispositivo (art. 242) que modifica parcialmente essa forma quando utilizada pelo Estado para organizar empresas sob seu controle: nas companhias de economia mista, a pessoa jurídica de direito público que a controla responde subsidiariamente pelas obrigações sociais, e somente os demais acionistas têm a responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

A antiga lei de sociedades por ações (Decreto-lei nº 2.627, de 26.09.1940) não previa essa responsabilidade subsidiária, e a consulta versa sobre os efeitos da eventual revogação do artigo 242 da Lei nº 6.404/76.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

2. A Constituição Federal inclui a irretroatividade da lei entre os direitos e garantias individuais, ao dispor que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 153, § 3º). Para responder à questão da consulta é necessário determinar se o credor de empréstimo contratado com sociedade de economia mista na vigência do artigo 242 da Lei nº 6.404/76 adquire o direito de exigir seu crédito, subsidiariamente, da pessoa jurídica de direito público que a controla no momento da contratação do empréstimo; e para sabermos se há nessa hipótese direito adquirido, há que precisar a fonte e a natureza da responsabilidade de que trata o artigo 242 da lei de sociedades por ações.

3. A Lei nº 6.404/76 regula as duas formas jurídicas de sociedades por ações (anônima e em comandita por ações), e no Capítulo XIX contém algumas normas especiais sobre sociedade de economia mista, que, na definição do item III do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967 (com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29.09.1969), é

"a entidade dotada de responsabilidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividades de natureza econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta".

A Lei nº 6.404/76 dispõe, por sua vez, que

"Art. 235 As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal."

O artigo 242 da Lei nº 6.404/76 regula, portanto, hipótese de responsabilidade ilimitada de sócio controlador pelas obrigações de sociedade personificada com a forma de companhia. Para precisarmos a fonte e a natureza dessa responsabilidade, é útil termos presente a evolução do direito societário sob o aspecto da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

4. A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações das sociedades personificadas, embora em regra excluída na forma jurídica de companhia, é o princípio geral e tradicional do direito societário, que ainda prevalece, no todo ou em parte, na maioria dos tipos de sociedade reconhecidos pelo nosso direito positivo.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Na sua origem, o negócio jurídico de sociedade implicava necessariamente responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, e a invenção e difusão das formas de sociedade com responsabilidade limitada dos sócios foi processo lento, que durou vários séculos. Na Idade Média o crédito era estritamente pessoal, os comerciantes negociavam em nome individual e não se concebia a ideia de uma organização que fosse unidade estanque de riscos econômicos e responsabilidade patrimonial, cujas obrigações tivessem por única garantia o ativo do patrimônio social, sem a garantia subsidiária do patrimônio dos seus sócios.

A forma mais antiga de combinação de recursos e esforços de dois ou mais comerciantes foi a sociedade em nome coletivo, também referida como sociedade geral ou comum, que é -- como indica sua denominação -- negociação em comum de vários comerciantes, respondendo todos, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais contraídas em nome do grupo por qualquer um deles (Cód. Comercial, art. 315).

5. A necessidade de formar organizações com maior volume de recursos, de enfrentar empreendimentos com alta taxa de risco (especialmente nas aventuras marítimas) e de carrear para as organizações mercantis capitais de não comerciantes levou à criação de formas societárias em que alguns dos sócios continuavam solidários nas obrigações sociais e outros não se obrigavam além dos fundos com que entravam para a sociedade (sociedade em comandita -- Cód. Comercial, art. 313 -- e sociedade em conta de participação -- Cód. Comercial, art. 326).

Essas novas formas de sociedade, em que alguns dos sócios podiam contribuir com capital e participar dos resultados das atividades sociais sem comprometer todo o patrimônio individual, foram de extraordinária fecundidade para o desenvolvimento das atividades comerciais e a criação de organizações de maior escala, mas a ideia de uma sociedade em que todos os sócios tinham sua responsabilidade limitada conflitava, de tal modo, com o princípio tradicional, que durante vários séculos somente foi admitida com o respaldo do Estado, através de autorização especial de constituição, em cada caso: somente na segunda metade do século XIX é que se generalizou a orientação, inaugurada pela Inglaterra, de admitir a liberdade de constituição de companhias.

6. As razões práticas que justificaram a evolução das sociedades comerciais no sentido da limitação da responsabilidade dos sócios não existiam nas atividades não comerciais. Por isso, nas sociedades civis continuou a prevalecer a regra da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Segundo VAN HOUTTE, a noção da responsabilidade ilimitada

"a toujours été considérée comme le fondement même du crédit et, dans la pensée des auteurs du Code Napoléon, une institution permettant à une personne de s'obliger, en limitant directement ou indirectement sa responsabilité, aurait paru non seulement antijuridique, mais immorale". (Traité des Sociétés de Personnes à Responsabilité Limitée, nº 4, apud Frédéric H. Speth, La Divisibilité du Patrimoine et L'entreprise d'une Personne, 1957, nº 245).

No nosso Direito Civil, a responsabilidade subsidiária dos sócios da sociedade civil que não reveste uma das formas admitidas pelas leis comerciais ainda é o princípio geral (Cód. Civil, art. 1.396).

7. O direito positivo brasileiro conhece oito formas de sociedades personificadas: a sociedade civil regulada pelo Código Civil, seis tipos de sociedades comerciais (em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria, anônima, em comandita por ações e por quotas, de responsabilidade limitada) e a sociedade cooperativa.

Em cinco desses tipos de sociedade ao menos alguns dos sócios respondem pelas obrigações sociais; as sociedades cooperativas podem ser de responsabilidade limitada ou ilimitada, e somente na companhia e na sociedade por quotas a responsabilidade de todos os sócios é limitada.

8. Essas observações sobre a evolução das formas societárias e a responsabilidade dos sócios nos diversos tipos de sociedade fundamentam as seguintes proposições:

a) no direito societário -- civil e comercial -- o princípio geral é o da responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais;

b) os tipos de sociedade que admitem a limitação da responsabilidade de alguns ou de todos os sócios excepcionam esse princípio, sob as condições

e com a observância dos requisitos estabelecidos na lei para cada tipo de sociedade;

c) na sociedade anônima, a regra é a limitação da responsabilidade de todos os sócios, e o artigo 242 da nova lei de sociedades por ações, ao criar exceção a essa regra, restabelece a aplicação parcial, nas sociedades de economia mista, do princípio mais geral do direito societário, da responsabilidade ilimitada dos sócios.

9. A definição da fonte e da natureza da responsabilidade do sócio pelas obrigações sociais deve ser deduzida das disposições legais que regulam os tipos de sociedade em que há sócios solidários nas obrigações sociais, especialmente a sociedade em nome coletivo, em que todos os sócios respondem ilimitadamente.

10. Os principais dispositivos legais sobre a responsabilidade dos sócios por obrigações sociais são os seguintes:

a) "nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes ... obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros ..." (Cód. Comercial, art. 316);

b) nas sociedades em comandita ... "os sócios responsáveis respondem solidariamente pelas obrigações sociais, pela mesma forma que os sócios das sociedades coletivas (art. 316)" (Cód. Comercial, art. 313); "se houver mais de um sócio solidariamente responsável ... a sociedade será ao mesmo tempo em nome coletivo para estes e em "comandita" para os sócios prestadores de capitais (Cód. Comercial, art. 311);

c) na sociedade de capital e indústria, "a obrigação dos sócios capitalistas é solidária e estende-se além do capital com que se obrigarem a entrar na sociedade" (Cód. Comercial, art. 320);

d) nas sociedades em comandita por ações, "ficam ilimitada e solidariamente responsáveis ... pelas obrigações sociais, os que, por seus nomes, figurarem na firma ou razão social" (Lei nº 6.404/76, art. 281), e o diretor ou gerentes responde "subsidiária, mas ilimitada e solidariamente, pelas obrigações da sociedade" (Lei nº 6.404/76, art. 282);

e) "o sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida" (Cód. Comercial, art. 339);

f) nas sociedades em comandita por ações, "o diretor ou gerente que for destituído ou se exonerar continuará responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração" (Lei nº 6.404/76, art. 282, § 2º);

g) "a transformação não prejudicará, em caso algum, os direitos dos credores, que continuarão, até o pagamento integral dos seus créditos, com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia" (Lei nº 6.404/76, art. 222).

11. Essas normas legais autorizam as seguintes inferências sobre a fonte da obrigação do sócio que responde ilimitadamente:

a) a responsabilidade é prevista na lei em função da qualidade de sócio: são responsáveis as pessoas que ocupam a posição de sócio no momento em que nasce cada obrigação da sociedade (na sociedade em comandita por ações, a responsabilidade decorre da figuração do nome do sócio na firma ou razão social ou do exercício de cargo de administração);

b) a responsabilidade é efeito que decorre, por força de lei, do negócio jurídico de sociedade:

i - abrange todas as obrigações sociais, inclusive as *ex lege*, como as tributárias e as decorrentes de atos ilícitos;

ii - independe da participação do sócio no fato jurídico de que faz nascer a obrigação social;

iii - ocorrendo o fato gerador da obrigação social, o negócio jurídico de sociedade produz, de pleno direito, o efeito de criar as obrigações solidárias dos sócios;

iv - a responsabilidade do sócio pressupõe sua manifestação de vontade no negócio de sociedade, ao adquirir e manter a qualidade de sócio, mas não em relação a cada fato jurídico gerador de obrigação social: as

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

obrigações solidárias nascem para os sócios como efeitos necessários do negócio jurídico de sociedade, e não de outros atos jurídicos dos sócios.

PONTE DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, vol. 49, p. 244) assim define a fonte da obrigação dos sócios:

"A responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade deriva de ser figurante do contrato social e, pois, sócio, não do fato de praticar atos pela sociedade, porque então é órgão e, se responsabilidade lhe toca por esses atos, resulta de ser órgão".

"O sócio oculto, esse, se é responsável, pessoal e solidariamente, conforme se diz no artigo 305, alínea 3^a, do Código Comercial, é porque pertence ao número de sócios e não só porque apareceu ao público como sócio. Esse ponto é assaz relevante, porque supõe resposta à questão de estar a ratio legis ligada (a) à proteção dos terceiros, ou (b) consistir em que apenas se explicita que hão de ser tratadas como sócios todas as pessoas que são sócios. Segundo (b), é indiferente conhecer o terceiro, ou não conhecer, a existência de tal sócio. Apenas se há de apurar, objetivamente, que a pessoa é sócio. O terceiro tratou com a sociedade; portanto, quem é sócio, oculto ou não, tem que responder. Não foi com os sócios que esteve em relação o terceiro, foi com a sociedade. Tem-se de repelir, portanto, a opinião dos que consideram elemento necessário a fato da aparência" (Pontes de Miranda, ob. cit., vol. 49, 244 e 245).

Esta é também a lição de ANTONIO BRUNETTI:

"La dottrina più recente è giunta faticosamente ad affermare il principio che la responsabilità del socio per le obbligazioni sociali deriva dalla sua appartenenza alla società, non dal fatto dell'agire ed operare per essa ... La esteriorizzazione non conta, ciò che conta è l'effettiva appartenenza; il socio occulto è responsabile al pari di quelle palese, esso fallisce quando fallisce la società (art. 147 1. fall.) soltanto perchè ne forma parte, non perchè è apparso al pubblico come socio. "La responsabilità di questo dipende oggettivamente dall'esistenza della società e perciò dal contratto o atto della sua creazione ...". (Trattato del Diritto delle Società, I, pag. 528).

RENÉ ROBLOT assim expõe a responsabilidade dos sócios no direito francês:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"833. Étendue de l'engagement solidaire. - L'engagement personnel et solidaire tient à la qualité d'associé en nom collectif. Celui que prend cette qualité est tenu de tout le passif social, celui qui la quitte reste tenu du passif existant. Les conséquences de ce principe sont importantes. Celui qui entre dans une société en nom collectif déjà constituée prend la charge personnelle du passif existant déjà au moment de son adhésion (Voy. Amiot, "Annales", 1900, p. 281). Celui qui se retire de la société avec le consentement des autres reste tenu du passif envers les créanciers (Civ., 16 mars 1942, précité). Mais il ne sera pas tenu du passif qui naîtra postérieurement à la date de son départ à la condition que sa retraite ait été publiée (Req., 23 mai 1938, Gaz. Pal., 1938, 2. 422), et c'est la date de cette publication qui doit seule être considérée.

La dissolution de la société n'a aucun effet sur l'étendue des engagements des associés. Ils restent tenus solidairement envers les tiers. Mais l'action des créanciers sociaux est prescrite par cinq ans (nº 814). (Les Sociétés Commerciales, extrait du Tome I du Traité Élémentaire de Droit Commercial de G. Hipert et R. Roblot, 1968, pag. 444).

12. Nos negócios jurídicos, há a conjugação da vontade do agente com o ordenamento jurídico. A vontade do agente tem uma finalidade jurídica que a lei respeita, ao atribuir efeitos ao negócio; mas esses efeitos não são apenas os expressamente buscados pelo agente; é comum que a lei atribua ao negócio jurídico efeitos não previstos pelo agente, ou mesmo contrários à sua vontade.

A. VON TUHR assim explica, com sua habitual clareza e precisão, os efeitos legais dos negócios jurídicos:

"La ley no se limita a reconocer el efecto jurídico que las partes declaran querer, sino que completa las determinaciones de las partes que, por lo general, sólo se refieren a algunos puntos esenciales. Desde el momento en que las partes establecen como querido el efecto que persiguen, existe un negocio y, en consecuencia, una relación jurídica. La ley asume la tarea de desarrollarla, en parte, por medio de normas generales que se aplican a todos los negocios, en parte, con disposiciones particulares para las diversas especies de negocios, que se distinguen de acuerdo con el propósito empírico de las partes. De la ley, a su vez completada por la buena fe en el cumplimiento de los contratos (arts. 157 y 242), resultan para las circunstancias y acontecimientos más diversos efectos jurídicos que las

partes no pudieren prever y que, sin embargo, influyen en la relación jurídica; se los suele llamar efectos legales del negocio (...).

Los efectos legales del negocio se presentan generalmente como complementarios del efecto que se propusieron las partes; por ejemplo, en la venta, junto con las obligaciones principales que nacen del acuerdo sobre la cosa y el precio, nacen efectos jurídicos para la hipótesis de que la cosa, deje de existir, o no pertenezca al vendedor, o esté afectada de vicios, o de que se produzca la mora de una de las partes. Asimismo, para seguridad de sus créditos, la ley otorga a ciertos acreedores un derecho de garantía que, sin que ellos lo quieran, nace para un crédito que crearon voluntariamente". (Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemano, II, 1, pag. 182 e segs.).

A pessoa que contrata sociedade segundo uma das formas jurídicas definidas pela lei está sujeita aos efeitos que a lei atribui ao negócio jurídico de sociedade. Nas formas jurídicas em que a lei estabelece a responsabilidade ilimitada dos sócios, um desses efeitos é a solidariedade nas obrigações sociais. As normas que criam essa responsabilidade são cogentes e os patrimônios dos sócios ficam vinculados em garantia das obrigações sociais independentemente de nova manifestação de vontade desses sócios, e mesmo contra sua vontade.

13. A doutrina italiana examinou em profundidade as questões relativas à natureza da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, discutindo se essa responsabilidade era direta perante os credores, ou apenas indireta, e se a obrigação do sócio era por dívida própria ou alheia, principal ou acessória.

A redação do artigo 106 do Código de Comércio italiano de 31 de janeiro de 1882, que se referia à responsabilidade dos sócios como garantia das obrigações sociais, levou à difusão de teses que definiam a responsabilidade do sócio em termos de fiança ex lege, de fideiussio indernitatis (e não fiança típica), ou de modalidade de garantia pessoal em sentido lato (cf. Frédéric II. Speth, ob. cit., ps. 15 e segs.; Franco di Sabato, Capitale e Responsabilitá Interna nella Societá de Personne, 1967, ps. 325 e 327; Antonio Brunetti, ob. cit., I, ps. 135 e 137).

Essas teses, que já eram contestadas por MANARA (Delle Societá, vol. I, p. 453) na vigência do Código Comercial, foram abandonadas pela maioria dos autores (cf. Fréderic H. Speth, ob. cit., p. 16).

14. Da conceituação da responsabilidade do sócio como garantia da obrigação da sociedade não se pode inferir, validamente, a natureza acessória da obrigação do sócio, porque a palavra "garantia" não significa, nesse caso, "direito acessório de garantia", mas "segurança financeira da execução da obrigação".

A funcionalidade dos direitos de crédito pressupõe a existência de mecanismo que assegure sua execução quando o devedor não cumpre a obrigação, e o sistema jurídico organiza esse mecanismo (a) dispondo os direitos apreciáveis economicamente em patrimônios, ou conjuntos de direitos e obrigações vinculados entre si, e (b) assegurando ao credor a tutela do Estado para execução forçada da obrigação mediante penhora e venda dos bens do ativo patrimonial a que está vinculada a obrigação.

Toda obrigação existe como elemento de um patrimônio, e o ativo desse patrimônio é a garantia da execução da obrigação, em caso de inadimplemento. Esse é o princípio da responsabilidade patrimonial enunciado, nos seguintes termos, no artigo 2.093 do Código Civil francês de 1804:

"Os bens do devedor são a garantia comum dos seus credores, e o preço se distribui proporcionalmente sobre eles, a não ser que entre estes existam cláusulas legítimas de preferência".

A redação desse dispositivo foi criticada na doutrina jurídica com o argumento de que os credores não têm garantia (no sentido de direito acessório de garantia) constituída sobre os bens do devedor (Pontes de Miranda, Tratado de Direito privado, vol. XXVII, § 3206). Mas a palavra garantia não é usada nesse dispositivo para significar direito de garantia, e sim a segurança financeira da execução da obrigação: os direitos que integram o ativo patrimonial são a garantia financeira da obrigação porque a tutela prometida pelo Estado aos direitos de crédito consiste na execução forçada da obrigação, mediante realização de valor financeiro dos bens do ativo patrimonial para pagamento do credor.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

A garantia financeira do direito de crédito aumenta na medida em que ele pode ser executado sobre os bens de diversos patrimônios, e a vinculação de dois ou mais patrimônios pode ocorrer tanto através de solidariedade passiva na obrigação quanto de constituição de direitos de garantia.

15. A questão da natureza da obrigação do sócio não se coloca no direito brasileiro, porque nosso Código Comercial dispõe expressamente que "a firma social assinada ... obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros ..." (art. 313).

PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, vol. 49, p. 242) assim explica a responsabilidade dos sócios:

"Todos os sócios são ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da sociedade. Todos ficam com responsabilidade total, perante terceiros, mesmo se nada se disse, com explicitude, no contrato; porque o nome coletivo é manifestativo da vontade de todos quanto a deveres dos sócios. Não pode haver restrição contratual à responsabilidade, porque isso importaria mudança de tipo na sociedade".

.....

"A responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios é por dívidas da sociedade, quaisquer que sejam (impostos, taxas, contribuições, contratos, atos ilícitos relativos ou absolutos). Ilimitada, como é, por lei, a responsabilidade perante terceiros é irrestringível pelos sócios".

16. A responsabilidade dos sócios, embora solidária, é subsidiária: a prévia execução de todos os bens da sociedade é condição legal para que o credor tenha ação contra o sócio (Cód. Comercial, art. 350).

Analizando a natureza da responsabilidade subsidiária, assim se expressa PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, vol. 49, p. 245):

"Na sociedade em nome coletivo, há o benefício de excussão, o que determina a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios. A responsabilidade é subsidiária sempre que há personificação da sociedade. Se não há, os sócios respondem porque os débitos são seus, sem que negue o elemento de não comum que se interpõe entre os sócios e a sociedade. Absurdo pensar-se em fidejussoriedade, como faz Alfredo De Gregorio

(Delle Societa e Delle Associazioni Commerciali, 169). O benefício da excussão produz a subsidiariedade mesmo se a sociedade não está personificada, porque há os bens comuns e há os dos sócios. Se não se quer ver, aí, caráter subsidiário da dívida, restringe-se o conceito de subsidiariedade àqueles casos em que há a pessoa da sociedade. Ora, o emprego da expressão "responsabilidade subsidiária" há de ser para as espécies em que haja benefício de prévia excussão, ou outra razão para se fazer principal a responsabilidade de outrem. A responsabilidade do sócio é subsidiária, porque não se pode executir o patrimônio de qualquer sócio antes de se executir o da sociedade. Dizer-se que é principal não é resposta admissível à questão, porque ser direta a responsabilidade não significa ser, necessariamente, principal. Não é fidejussória, está certo. Nem não o é, siquer, se a sociedade está personificada (sem razão Antonio Brunetti, Trattado del Diritto delle Societá, I, 531s.)".

17. As obrigações dos sócios que respondem ilimitadamente são solidárias: os sócios não são fiadores da obrigação da sociedade, mas co-devedores com a sociedade.

As obrigações sociais já nascem solidárias, porque a solidariedade é efeito que a lei faz decorrer, necessariamente, do negócio jurídico de sociedade, e uma vez nascida a obrigação solidária, o sócio passa a responder pessoalmente -- como pessoa distinta da sociedade -- e não apenas enquanto tiver a qualidade de sócio.

Daí as normas legais anteriormente referidas, segundo as quais:

a) o sócio que se retira da sociedade continua responsável pelas obrigações sociais nascidas ao tempo em que tinha qualidade de sócio; e

b) a transformação da sociedade, com adoção de nova forma jurídica em que a responsabilidade dos sócios seja limitada, somente tem efeito em relação às obrigações sociais nascidas posteriormente, continuando as obrigações anteriores com a garantia da solidariedade dos sócios.

18. Se a responsabilidade solidária do sócio é efeito que a lei atribui ao negócio de sociedade, cabe verificar se a lei nova que modifica a forma jurídica de sociedade, limitando a responsabilidade de um ou mais dos seus sócios, pode ter o efeito de reduzir a garantia das obrigações nascidas antes da entrada em vigor.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942) dispõe em seu artigo 6º (com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 3.238, de 01.08.1957):

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

"§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

"§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

"§ 3º Considera-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

O credor de obrigação em que são codevedores solidários a pessoa jurídica e seus sócios ilimitadamente responsáveis tem direito adquirido contra o sócio, porque seu exercício está sujeito a condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem: o sócio é co-devedor da obrigação e a única condição legal para que o credor possa exigir-la é a prévia execução de todos os bens sociais.

O credor da obrigação solidária está, portanto, protegido pelo § 3º do artigo 153 da Constituição contra a aplicação retroativa de lei nova que modifique a responsabilidade de sócio solidário nas obrigações nascidas antes de sua vigência.

19. Essa conclusão é reforçada pelo princípio de direito intertemporal de que as obrigações se regem pela lei em vigor na época de sua constituição.

As citações a seguir confirmam esse princípio:

"Os direitos e obrigações regem-se pela lei do tempo em que se constituíram no que diz respeito à formação do vínculo, seja contratual, seja extracontratual. ... os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 153)".

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"Em matéria de contrato, o princípio fundamental é o de que a lei reguladora será a do tempo em que os mesmos foram celebrados. Aliás, em termos de obrigações, vigora a lei do tempo em que elas se constituíram, qualquer que seja a fonte de que derivam (Washington de Barros Monteiro, curso de Direito Civil, Parte Geral, pág. 35)".

"c) Direito das Obrigações - O princípio que domina nessa matéria é o de que a capacidade de se obrigar, a idoneidade da causa, a eficácia da obrigação, quer ela nasça de contrato ou de delito, a transmissibilidade ou intransmissibilidade, a resolução ou a anulação por terceiros, a extinção e em geral todos os efeitos que derivam das obrigações, são governados pela lei vigente ao tempo em que o vínculo se constituiu. Mas a retroatividade da lei nova pode ter exceções desde que sejam motivos de ordem pública que inspirem essa nova norma e elas proíbam o reconhecimento de vínculos obrigatórios considerados imorais ou ilícitos (Roberto de Ruggiero, Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 160)".

"II. Negozi giuridici. I negozi giuridici sono sottoposti alla legge del tempo in cui sono compiuti, sia per le condizioni di forma, sia per le condizioni di sostanza, sia per l'apprezzamento degli effetti ch'essi producono. Quindi la validità d'un testamento, d'una donazione, d'una vendita si determinano secondo la legge del tempo in cui sono fatti. Perciò se una donazione è stipulata per scrittura privata, mentre era obbligatoria la forma dell'atto pubblico, e dopo viene una legge che dispensa da questa solennità, non perciò la prima donazione si convalida, ma resta nulla. Così pure l'efficacia d'un testamento deve valutarsi secondo la legge che vale al tempo sua confezione, e non dell'apertura della successione. Infine secondo la legge al tempo della confezione del negozio, si valutano tutte le sue conseguenze giuridiche: le cause d'invalidità, di rescissione, di revocazione, la garantisca, gli effetti dell'inadempimento, il contenuto delle obbligazioni, ece. Questi principî valgono non solo per i negozi patrimoniali, na anche per i negozi familiari (sponsali, matrimonio, adozione) e non solo per i negozi di diritto privato, ma per i negozi di diritto pubblico (concessioni, autorizzazioni, atti di nomina d'impiegati, bandi di concorsi e loro decisione, ece). La forma e la sostanza di tali atti amministrativi è giudicata secondo la legge imperante al tempo in cui furono emanati, ed i loro effetti persistono in un tempo in cui la legislazione è mutata, e per ciò anche che siano diverse le prescrizioni e forme per la realizzazione di tali rapporti" (Francisco Ferrara, Trattato di Diritto Civile Italiano, 1931, págs. 272 e 275).

"147. - Les effets des contrats conclus antérieurement échappent à la loi nouvelle. - Les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils se réalisent postérieurement à cette loi, demeurent régis par la loi sous l'empire de laquelle ces contrats ont été passés.

La solution est certaine pour les effets déjà réalisés avant la loi nouvelle; elle est la même, d'après la jurisprudence, pour les effets qui dans les contrats à exécution successive, ne se réalisent qu'après la loi nouvelle. C'est qu'il est nécessaire d'assurer la protection de la parole donnée, la réciprocité des obligations, l'équilibre des contrats, en un mot, la sécurité des contractants. Il serait inadmissible qu'un des contractantes se trouve, par une loi suvenant au cours de la période d'exécution du contrat, dégagé des obligations qu'il a régulièrement contractées. Il faut comprendre que, lorsqu'ils passent un contrat dont l'exécution doit être d'une certaine durée (bail, contrat de travail, prêt), les contractants ne concluent qu'en considération des effets du contrat pendant toute cette durée et jusqu'à complète exécution; le bailleur n'a loué son immeuble que pour recevoir un certain loyer pendant toute la durée du bail; le prêteur, que pour percevoir le taux d'intérêt stipulé. D'autre part, lorsqu'elles contractent, les parties se soumettent à la loi en vigueur à ce moment, et c'est de cette loi qu'elles tiennent compte pour régler tous les effets de leur convention (Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. I, pág. 174).

20. A lei comercial, ao regular a responsabilidade dos sócios por obrigações sociais, reconhece e aplica esse princípio, dispondo que:

- a) a perda da qualidade de sócio não exclui a responsabilidade pelas obrigações contraídas até o momento da despedida; e
- b) a transformação da sociedade não prejudica, em caso algum, os direitos dos credores.

A própria lei reconhece, portanto, que os credores têm direito adquirido contra sócios responsáveis ilimitadamente: esse direito, nascido como efeito da forma jurídica da sociedade ao tempo em que esta contraiu a obrigação, continua a existir ainda que o sócio se despeça da sociedade ou que esta seja transformada.

21. Cabe verificar, finalmente, se há fundamento para estender à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público prevista no artigo 242

da lei de sociedades por ações essas conclusões, inferidas do regime geral das sociedades de direito privado.

A nosso ver, esse fundamento se encontra no seguinte dispositivo da Constituição Federal (art. 179):

"§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho ou das obrigações".

O regime da forma jurídica das sociedades de economia mista é o aplicável às sociedades privadas. Esse preceito justifica a afirmação de que o regime legal da responsabilidade dos sócios solidários nas sociedades de direito privado aplica-se à responsabilidade -- de que trata o artigo 242 da lei de sociedade por ações -- da pessoa jurídica de direito público que exerce o controle de sociedade de economia mista.

22. A revogação do artigo 242 da Lei nº 6.404/76, admitida como hipótese na consulta, significará modificação de forma jurídica da sociedade de economia mista análoga à que ocorre na transformação da sociedade em comandita por ações em sociedade anônima:

a) a partir da nova lei de sociedades por ações, as companhias de economia mista passaram a ter -- sob o aspecto da responsabilidade dos sócios -- forma jurídica peculiar, assemelhada à de sociedade em comandita por ações em que a pessoa jurídica de direito público responde ilimitadamente e os demais acionistas até o valor das ações subscritas ou adquiridas;

b) a revogação do artigo 242 citado teria por efeito restabelecer a aplicação integral da forma de sociedade anônima às sociedades de economia mista, o que corresponderia a uma transformação da sociedade, operada pela própria lei.

Ao nosso parecer, o preceito do artigo 222 da Lei nº 6.404/76, que reconhece o direito adquirido dos credores anteriores à transformação, terá aplicação, por analogia, em caso de revogação do artigo 242 da mesma lei.

23. Resumindo, é nossa opinião que:

- a) por força do disposto no artigo 242 da Lei nº 6.404/76, a pessoa jurídica de direito público é co-devedora de todas as obrigações nascidas para a companhia de economia mista sob seu controle;
- b) o nascimento da obrigação solidária da pessoa jurídica de direito público é efeito que a lei faz decorrer da qualidade de acionista controlador de companhia de economia mista: independe, portanto, de qualquer manifestação de vontade do acionista controlador;
- c) na hipótese descrita na consulta, a pessoa jurídica de direito público é solidariamente obrigada com a sociedade de economia mista nas obrigações nascidas do contrato de empréstimo;
- d) essa responsabilidade é subsidiária, e os credores do empréstimo somente terão ação para cobrar seu crédito da pessoa jurídica de direito público depois de executados todos os bens da companhia de economia mista;
- e) os credores do empréstimo têm direito adquirido contra a pessoa jurídica de direito público.

24. Vale referir que essa interpretação é, a nosso ver, a única que se ajusta à razão de ser do artigo 242 da Lei nº 6.404/76.

Na Exposição Justificativa com que o Poder Executivo enviou o projeto da lei ao Congresso Nacional, o artigo 242 (que no projeto era o de nº 243), foi assim explicado:

"O artigo 243 dispõe, finalmente, que a companhia mista não está sujeita a falência, e que a pessoa jurídica de direito público que a controla responde subsidiariamente pelas suas obrigações. A razão do preceito -- similar ao de outras legislações estrangeiras -- é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência. Visando, todavia, ao esclarecimento de futuros credores e financiadores, que poderiam duvidar da penhorabilidade dos bens, ou retrair créditos, o artigo 243 ressalva expressamente a possibilidade de execução dos bens das companhias mistas".

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Ao excluir as companhias de economia mista da falência, a Lei nº 6.404/76 apenas reconheceu formalmente o que já era situação de fato: apesar de a legislação anterior admitir a falência de qualquer sociedade anônima, não se conhece nenhum exemplo de sociedade de economia mista -- em qualquer nível de governo -- que tenha sido levada à falência, pois aquelas que enfrentam dificuldades financeiras são assistidas pela pessoa jurídica de direito público que as controla.

A norma do artigo 242 da Lei nº 6.404/76 reflete ainda o juízo de que não é justo que o Estado, em caso de insolvência da sociedade de economia mista, invoque a limitação de responsabilidade dos acionistas para deixar que os credores sofram prejuízos. A limitação de responsabilidade dos acionistas é indispensável para que particulares se associem em companhias de grande porte, que assumem obrigações em montante várias vezes superior ao patrimônio de cada um dos acionistas. Poucas seriam as pessoas que subscreveriam capital dessas companhias se, ao fazê-lo, colocassem em risco todo seu patrimônio. Essa necessidade prática da limitação de responsabilidade não existe em relação ao Estado acionista, o que justifica, em relação a este, a aplicação do princípio geral do direito societário, da solidariedade dos sócios nas obrigações sociais.

25. Assim, respondemos, portanto, à consulta:

- A lei nova que, revogando o artigo 242 da Lei nº 6.404/76, excluir a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público pelas obrigações da companhia de economia mista sob seu controle somente será aplicável às obrigações nascidas após sua entrada em vigor: os credores por obrigações anteriores estarão protegidos pelo § 3º do artigo 153 da Constituição contra a aplicação retroativa da lei, uma vez que têm direito adquirido à obrigação solidária da pessoa jurídica de direito público, nascida, nos termos da legislação em vigor, juntamente com a da companhia de economia mista.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 1980