Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro

N. 32 Ano XVII
Nova Série 1978

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Ano XVII Nova Série n. 32 - 1978

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDÍRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

ABREVIATURAS USADAS NESTA REVISTA

CC	—	Código Civil
CCom	—	Código Comercial
CF	—	Constituição Federal
CLT	—	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	—	Código Penal
CPC	—	Código de Processo Civil
CPP	—	Código de Processo Penal
CTN	—	Código Tributário Nacional
DJ	—	Diário da Justiça
DJE	—	Diário da Justiça do Estado
DJU	—	Diário da Justiça da União
DO	—	Diário Oficial
DOE	—	Diário Oficial do Estado
DOU	—	Diário Oficial da União
DOM	—	Diário Oficial do Município
ICM	—	Imposto de Circulação de Mercadorias
IPI	—	Imposto sobre Produtos Industrializados
ISS	—	Imposto sobre Serviços
JCJ	—	Junta de Conciliação e Julgamento
Pub.	—	Publicado(a)
RDA	—	Revista de Direito Administrativo
RDM	—	Revista de Direito Mercantil
RDP	—	Revista de Direito Público
RF	—	Revista Forense
RICM	—	Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias
RIR	—	Regulamento do Imposto de Renda
RT	—	Revista dos Tribunais
RTJ	—	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	—	Supremo Tribunal Federal
TA	—	Tribunal de Alçada
TACivSP	—	Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
TACrimSP	—	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TAGB	—	Tribunal de Alçada da Guanabara
TAMG	—	Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TAPR	—	Tribunal de Alçada do Paraná
TFR	—	Tribunal Federal de Recursos
TIT	—	Tribunal de Impostos e Taxas
TJ	—	Tribunal de Justiça
TJBA	—	Tribunal de Justiça da Bahia
TJDF	—	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJES	—	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJGB	—	Tribunal de Justiça da Guanabara
TJMG	—	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMT	—	Tribunal de Justiça de Mato Grosso
TJPR	—	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	—	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	—	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	—	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	—	Tribunal de Justiça de São Paulo
TST	—	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	—	Tribunal Regional do Trabalho

RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR POR OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E DA EMPRESA PÚBLICA

RICARDO SALLES

Visa este pequeno estudo a examinar a existência ou não de responsabilidade solidária ou subsidiária da pessoa jurídica que controla uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista relativamente às obrigações dessas entidades, pelo simples fato de haver tal controle acionário.

Entendemos que: a) Inexiste responsabilidade solidária; b) Há, no caso das sociedades de economia mista, por expressa disposição legal, responsabilidade subsidiária e, no caso das empresas públicas, vem firmando-se o entendimento de que existe tal responsabilidade a despeito da ausência de dispositivo legal expresso.

Para chegar a essas conclusões, baseamo-nos no seguinte:

I — Sociedades de economia mista e empresas públicas

Ambas as entidades, integrantes da administração indireta, tiveram a sua natureza jurídica sistematizada pelo Decreto-lei 200, de 25.2.1967, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969.

Sociedade de economia mista é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por Lei para a exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade da Administração Indireta" (art. 5.º, III).

Empresa Pública é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 5.º, II).

É preciso que se acrescente às definições acima dois desenvolvimentos doutrinários que, hoje, se consideram indubidosos:

a) muito embora a legislação acima citada haja sistematizado a natureza daquelas entidades no âmbito da administração federal, os mesmos preceitos se aplicam *mutatis mutandi* às administrações estaduais, municipais e do Distrito Federal, isto é, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal também podem criar tanto sociedade de economia mista como empresas públicas;

b) as subsidiárias de sociedade de economia mista e as subsidiárias de empresas públicas acompanham a natureza jurídica do ente que as criou, desde que, na lei que haja criado essas últimas, exista dispositivo permitindo a criação de subsidiárias.

Para efeitos deste estudo, ressaltemos as seguintes características comuns tanto às sociedades de economia mista como às empresas públicas:

1. são criadas por lei;
2. têm personalidade jurídica distinta do ente que as criou;
3. têm patrimônio próprio;
4. sua personalidade é de direito privado;
5. sua criação visa à exploração de atividade econômica pelo Governo, regendo-se, portanto, suas relações com terceiros pelas normas aplicáveis às entidades privadas, salvo casos particula-

ríssimos, como os que se enquadram na legislação falimentar.

Diferem-se, portanto, entre si, basicamente pelo fato de (i) a sociedade de economia mista revestir sempre a forma de sociedade anônima, ao passo que a empresa pública pode adotar outras formas societárias e (ii) na primeira, ser apenas a maioria das ações com direito de voto de propriedade do ente que a constituiu e, na outra, ser a totalidade das ações de propriedade desse mesmo ente. São diferenças, ao que nos é dado observar, puramente formais. Voltaremos, posteriormente, a essas semelhanças e dissemelhanças.

II — Inexistência de responsabilidade solidária

Estabelece o art. 896, do Código Civil, que a solidariedade não se presume; ela resulta da lei ou da vontade das partes.

Assim, para que houvesse responsabilidade solidária por parte da pessoa jurídica controladora ou detentora da totalidade do capital das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, respectivamente, no que diz respeito às obrigações dessas últimas, era preciso que a lei que criasse cada uma dessas entidades em particular estabelecesse existir essa solidariedade ou, então, que, a cada negócio realizado pelos referidos entes, a pessoa jurídica que o houvesse constituído comparecesse, na qualidade de interveniente, declarando-se solidariamente responsável perante o credor. Embora seja comum, especialmente em operações financeiras internacionais, que a pessoa jurídica controladora de sociedade de economia mista ou aquela que detém a totalidade do capital de empresa pública se obrigue, contratualmente, de maneira solidária com a sua controlada perante o credor, desconhecemos qualquer preceito de lei que estabeleça solidariedade passiva entre controladora e controlada ou entre detentora da totalidade do capital e a respectiva empresa pública.

III — Responsabilidade subsidiária

1. Sociedades de economia mista.

Desde o advento da nova lei de sociedades anônimas (Lei 6.404, de 15.12.1976) existe dispositivo expresso no sentido de que a pessoa jurídica que controla uma sociedade de economia mista responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações (art. 242). Não parece, portanto, haver dúvida quanto à existência da responsabilidade subsidiária, no que tange às sociedades de economia mista.

2. Empresas públicas.

Não existe, a exemplo do que ocorre com as sociedades de economia mista, nenhum dispositivo legal que estabeleça a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica que é titular do capital de uma empresa pública quanto a obrigações desta perante terceiros.

Comentando a natureza jurídica das empresas públicas, todavia, o respeitadíssimo J. C. Sampaio Lacerda, em artigo publicado na RDM XII/19, afirma que o "Estado (...) deverá ressarcir os credores não pagos, em caráter subsidiário, pois, do contrário, estaria contrariando os interesses sociais". Lamentavelmente, o grande comercialista não fornece fundamentos mais convincentes ou objetivos para a sua assertiva.

Mas, o fato é que se examinarmos mais detidamente a natureza das empresas públicas, se a compararmos com a natureza das sociedades de economia mista e, finalmente, se nos lembrarmos de que a regra da responsabilidade subsidiária, no caso das sociedades de economia mista, é a contrapartida da isenção de falência, inclusa no início do mesmo art. 242, da Lei 6.404/76 (cf. José Washington Coelho, in *Aspectos Polêmicos da Nova Lei das Sociedades Anônimas*, Ed. Res. Tributária, S. Paulo,

1977, p. 198, e, ainda, Darcy Arruda Miranda Jr., in *Breves Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, Saraiva, S. Paulo, 1977, pp. 326 e 7), podemos razoavelmente concluir que o preceito, por analogia, se deve aplicar às empresas públicas.

Com efeito, o referido art. 242, ao isentar as sociedades de economia mista da falência, quebrou a tradição jurídica de proteção dos credores contra o devedor insolvente, mas fê-lo, na opinião do Prof. José Washington Coelho (*ibidem*), "ponderando os prós e os contras (...) no sentido de preservar o Estado da eventual odisséia de uma quebra, cujos reflexos são imprevisíveis, dado que têm por limite muito próximo a desmoralização. E (era) preciso não olvidar os efeitos da falência quanto ao falido".

Outra, no entanto, é a opinião do Prof. D. A. Miranda Jr. (ibidem) para quem "o pretexto para a exclusão da sociedade de economia mista da disciplina da lei falimentar é o de não permitir o interesse público, que justificou a autorização legislativa, que a sua administração possa ser eventualmente transferida para credores particulares, quando no exercício da função de síndico da falência (...)."

De qualquer forma, seja para preservar o Estado da odisséia desmoralizante da falência, como quer o Prof. José Washington Coelho, seja o fato de o interesse público embutido na autorização legislativa para a criação da sociedade de economia mista dever ser protegido pela não permissão de que a administração da sociedade passe às mãos de particulares, como entende o Prof. D. A. Miranda Jr., nada faz crer que não deva existir idêntico interesse a ser protegido pelo Direito, no caso das empresas públicas. O que parece é que, nessas últimas, com muito maior razão, pois do seu capital *só* o Estado participa, *só* havendo, por conseguinte, interesse público a proteger contra eventual transferência da sua administração para a esfera privada. Ademais, lembremo-nos, tal como referido acima, que entre a sociedade de economia mista e a empresa pública há diferenças puramente formais, não se podendo justificar, nesse aspecto, um tratamento diferenciado relativamente a um problema tão substancial. Daí a conclusão de que a empresa pública, por interpretação extensiva do mencionado art. 242, também não está sujeita a falência.

Ora, em se podendo concluir que a empresa pública está isenta de falência por força do aludido dispositivo da lei societária, forçoso é aplicar-se àquela entidade a parte final do art. 242, respondendo a pessoa jurídica que é titular da totalidade de seu capital, subsidiariamente, pelas suas obrigações. A propósito, vale transcrever um trecho do comentário do Prof. José Washington Coelho (ibidem), já anteriormente referido no início deste item: "A homenagem que a lei rende ao Estado, garantindo-lhe imunidade contra o dramático instituto (falência), deveria determinar, como determinou, conseqüência reparadora ou compensadora: ele responde, subsidiariamente, pelas obrigações da sociedade que controla".

Por fim, cabe não esquecer que a expressão "(...) a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas obrigações (...)" era qualificada, no projeto da nova lei de sociedades anônimas, com a inclusão das palavras "de direito público", o que reduzia essa responsabilidade subsidiária ao Estado. Tendo a expressão existido e, posteriormente, sido retirada no processo de elaboração legislativa, é de se entender que as sociedades de economia mista e as empresas públicas de primeiro grau são as entidades subsidiariamente responsáveis pelas obrigações assumidas pelas entidades de primeiro grau.