

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio 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.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

Noção e objecto da Economia Política – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	7
A definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos – ARNOLDO WALD	35
Os contratos no projeto de Código Civil – CARLOS ALBERTO BITTAR	48
Prescrição Administrativa – RENATO SOBROSA CORDEIRO	58

ATUALIDADES

Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da falência superveniente em outro processo – RONALDO FRIGINI	73
A decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial – JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	77
As concessões e o mercado de capitais – JOÃO LAUDO DE CAMARGO	82
Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização – ALFREDO LAMY FILHO	86
Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) – HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA	95

MERCOSUL

A formação do MERCOSUL e a harmonização das regras no campo da propriedade industrial – MAURÍCIO C. DE A. PRADO	100
--	-----

TEXTOS CLÁSSICOS

Perfis da Empresa – ALBERTO ASQUINI, <i>Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, I</i> , tradução de FÁBIO KONDER COMPARATO	109
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Sociedade Anônima – Empresa de radiodifusão e telecomunicação – Exigência do órgão público fiscalizador – Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas – Deliberação assemblear de venda das ações que não atenderam à convocação – Ilegalidade – RICARDO DE SANTOS FREITAS	127
Sociedade por cotas – Constituição por dois sócios – Morte do majoritário – Continuidade da empresa – Representação – Gerente – Legitimidade – RENATO LUIZ BUELONI FERREIRA	141
Responsabilidade da sociedade por dívida de seus sócios integrantes – Desconsideração da personalidade jurídica – RODRIGO RECART	146

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	149
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALFREDO LAMY FILHO

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. Co-autor do anteprojeto da atual Lei das Sociedades Anônimas.

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP; Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado em São Paulo.

JOÃO LAUDO DE CAMARGO

Diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais; Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURÍCIO C. DE A. PRADO

Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RENATO SOBROSA CORDEIRO

Funcionário do Banco Central do Brasil.

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RODRIGO RECART

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

A DEFINIÇÃO DO CONTROLADOR NA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E EM PROCESSOS ANÁLOGOS

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO: 1. O conceito de controle acionário – 2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – 3. Do regime jurídico da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente da Administração Pública.

1. As dificuldades financeiras que atingiram bancos particulares e públicos, nos últimos anos, e que foram agravadas pelos efeitos indiretos do Plano Real e da conseqüente redução substancial da inflação, ensejaram, para o Ministério Público, a função de caracterizar adequadamente o controlador das instituições financeiras, para que pudesse ser responsabilizado.

2. O problema, que já apresenta dificuldades, no caso das instituições privadas, se torna mais complexo quando, nas entidades públicas do sistema financeiro, o verdadeiro controlador é o Estado.

3. Em recente processo, em curso na Justiça paulista, foi suscitada pelo Ministério Público Estadual a tese de acordo com a qual deveria ser considerado, como controlador, nos casos de aplicação do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), aos quais se aplica, no que couber, a Lei 6.024/74, não o próprio Estado, mas as autoridades que o representam, ou seja, o Governador e, eventualmente, o Secretário da Fazenda.

4. É em torno dessa questão que apresentamos algumas reflexões que nos

parecem oportunas, a fim de não confundir a justa punição, que deve incidir sobre os administradores e diretores culpados pela insolvência da instituição financeira, com uma sanção objetiva que viria a recair sobre autoridades estaduais, cuja responsabilidade se fundamenta, não no direito bancário, mas na Constituição e na legislação administrativa.

1. O conceito de controle acionário

5. A figura do acionista controlador passou a ser encarada com maior realce a partir das informações de natureza societária, nascidas com a chamada revolução industrial, que provocou o aparecimento da sociedade anônima de grande porte, no seio da qual se agrupavam duas espécies de participantes: o empreendedor, ou empresário, com o poder de comando dos negócios sociais, e o investidor, especulador que agrega o seu capital à sociedade, com vistas ao seu retorno, em lucros.

6. Torna-se, pois, necessário fazer a distinção entre o acionista controlador, os acionistas minoritários (com direito de voto mas sem exercício do controle) e os acionistas sem direito de voto,

também qualificados pela doutrina como “acionistas rendeiros”.¹

7. Afigurava-se, no âmbito doutrinário e legal, a dificuldade de qualificar esse poder de controle empresarial, perfeitamente distinto da participação social e da direção da sociedade, de tal modo que diversas doutrinas foram construídas na tentativa de delinear a natureza jurídica do controle da sociedade.

8. Para *Berle e Means*, o controle se caracteriza como bem social ou empresarial, daí porque o seu valor pertenceria à companhia e não aos seus acionistas.²

9. *Guido Rossi* diferencia o controle sobre a empresa do controle sobre a sociedade, ficando a cargo dos acionistas a deliberação de escolha dos administradores da sociedade, aos quais competiria exercer o controle empresarial, assemelhando, assim, a noção de controle ao poder de direção e administração.³

10. Na sua obra clássica, *Claude Champaud* tratou da noção de controle como um poder sobre bens alheios, decorrente da administração dos bens empresariais, considerando o controle

como sendo um poder de dominação da sociedade, e exercendo-se por intermédio dos mecanismos das instituições societárias, com o fim de dirigir a atividade econômica da empresa.⁴

11. Analisando os aspectos jurídicos da macroempresa, a doutrina considera que o modelo democrático do parlamentarismo revelou-se, no caso da sociedade anônima, uma “piedosa ficção”. Com efeito, ao crescente absenteísmo dos acionistas, particularmente dos minoritários, adicionou-se a transferência de poderes da assembléia geral para a diretoria, hoje o verdadeiro fulcro do poder na grande empresa, dado o crescente processo de especialização das funções executivas.⁵

12. Na disciplina das sociedades por ações, a figura do acionista controlador está definida no art. 116 da Lei 6.404:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.” (grifamos)

(1) WALD, Arnold. Considerações sobre a Aquisição e Alienação de Controle Societário: o Estudo da Jurisprudência, in *Revista Forense*, v. 321/3-12.

(2) BERLE JR, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*, traduzido para a língua portuguesa por Olavo Miranda, Rio de Janeiro: Ipanema 1957.

(3) ROSSI, Guido. *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, 1967, p. 115 e ss.

(4) CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentrations de la Société par Actions*, Paris: Librairie Sirey, 1962, p. 105.

(5) COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*, São Paulo: RT, 1970, p. 13 e ss.

13. O critério adotado perquire a forma interna de manifestação do controle, decorrente da titularidade dos direitos políticos de sócio, aliado ou não a determinados expedientes legais, de tal forma que o seu titular participe de maneira decisiva na formação da vontade social.

14. A fórmula legal abrange as três principais modalidades de exercício do controle interno: controle totalitário, controle majoritário e controle minoritário.

15. A ordem classificatória supra aludida advém da tradicional sistematização procedida por *Berle e Means*, levando em conta o grau de divórcio entre a propriedade e o controle, tema central de sua tese.

16. A legislação brasileira também contempla, no já aludido preceito societário, o controle exercido em conjunto, na referência a um “grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum”, bastante freqüente nas sociedades abertas e fechadas, e ainda nas chamadas *joint ventures*, objeto de reconhecimento expresso do legislador pátrio, no vigente diploma legal das sociedades por ações.

17. Cabe distinguir, ainda, o controle interno direto do indireto, conforme esteja sendo exercido via participação direta do seu titular ou através de outras pessoas jurídicas.

18. A Lei das Sociedades por Ações refere-se claramente às modalidades direta e indireta do controle nos arts. 243, § 2.º e 236, parágrafo único:

“Art. 243...

§ 2.º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, 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.” (grifamos)

“Art. 236...

Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionário de serviço público.” (grifos nossos)

19. Ainda na lei societária, a doutrina observa, no âmbito dos grupos econômicos, dois níveis de controle: o primeiro é o do controle da sociedade controlada pela controladora e o segundo é o do controle da sociedade dominante, que pode pertencer tanto a pessoas físicas quanto jurídicas. Os arts. 265, § 1.º e 269, VII, tratam respectivamente dos dois níveis de controle da seguinte forma:

“Art. 265...

§ 1.º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.”

“Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada

pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

...

VII – a declaração da nacionalidade do controle do grupo;

...”

(grifamos)

20. Destaque-se do contexto a regra inscrita no parágrafo único do art. 269, que tem por efeito levantar o véu da personalidade jurídica, para desvendar a nacionalidade dos titulares do controle da sociedade controladora do grupo, esclarecendo, em função deste elemento, quando o grupo de sociedades será considerado sob controle brasileiro, nos seguintes termos:

“Art. 269...

Parágrafo único. Para os efeitos do n.º VII, o grupo de sociedade considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controle de:

a) pessoas naturais residentes e domiciliadas no Brasil;

b) pessoas jurídicas de direito público interno;

ou

c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob controle das pessoas referidas nas alíneas ‘a’ e ‘b’.” (grifamos)

21. No bojo da disciplina do “Regime de Administração Especial Temporária”, a referência ao controlador da instituição financeira abarca tanto o controle exercido por pessoa física quanto o exercido por pessoa jurídica, tanto o controle direto quanto o indireto, ou seja, o que se exerce através de outra sociedade.

22. Dispõem o art. 15 e seus parágrafos do Decreto-lei 2.321/87:

“Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.

§ 1.º. Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição.

§ 2.º. A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei.” (grifos nossos)

23. Posteriormente, a Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.182, de 17.11.1995, do Ministro da Fazenda *Pedro Malan* ao Presidente da República, afirmou que dentre os bens “do acionista controlador” alcançados pela indisponibilidade, *constituem exceção os bens dos Estados controladores de instituições financeiras, que não serão alcançados porque definidos por lei como inalienáveis ou impenhoráveis, numa evidente demonstração de que o legislador (da medida provisória) não confunde o “Estado-acionista controlador” com “os agentes políticos que o*

representavam num determinado momento" e não submete os bancos estaduais ao regime jurídico ditado para as instituições financeiras controladas por capitais privados, no tocante à responsabilidade do controlador.⁶

24. Na ação civil pública, que move contra os administradores e controladores do Banespa, o próprio Ministério Público Estadual (de São Paulo) reconhece essa situação quando afirma que:

"Entretanto, não se pode esquecer que o acionista controlador, conceituado como sendo aquele que, diretamente, 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, ...".⁷

25. Observa-se da redação dos dispositivos normativos acima referidos que a política legislativa foi a de fortalecer as garantias patrimoniais da execução das obrigações assumidas pela instituição financeira, estabelecendo responsabilidade solidária entre ex-administradores e controladores (pessoas físicas ou jurídicas), pelo montante do passivo a descoberto, apurado no balanço levantado quando da decretação do regime especial de administração temporária.

26. Para tanto, utilizou-se o Decreto-lei 2.321 dos conceitos previstos na disciplina das sociedades por ações – Lei 6.404/76 – de acionista controlador e de sociedade controladora, que devem ser transpostos pelo aplicador da norma especial, de forma harmônica, guardan-

do a devida correlação com a disposição geral da lei societária, numa interpretação sistemática do direito, que se impõe, no caso, como critério de hermenêutica jurídica.

27. Deixando de lado, por ora, a questão relativa à responsabilidade solidária, cabe perquirir, no caso de instituição financeira controlada por pessoa jurídica de direito público, quem estaria na posição de acionista controlador, para os efeitos de responsabilização civil, no contexto do art. 15 do decreto-lei regulador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET).

28. Sabe-se que o Estado, atuando como empresário, pode exercer determinada atividade econômica, através de sociedade de economia mista integrante da Administração indireta, criada por lei com uma finalidade de interesse público, própria e específica, ou, simplesmente, pode participar de outras sociedades, com vínculo de controle ou de coligação.

29. No caso do pedido de arresto, requerido na Justiça paulista, o acionista controlador do Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa, sociedade de economia mista estadual, é evidentemente o Estado de São Paulo.

30. O conceito legal da sociedade de economia mista já é encontrado no Decreto-lei federal 200, de 25.02.1967, com a redação que lhe deu o Decreto-lei 900, de 29.09.1969, que assim a define:

"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 de voto

⁽⁶⁾ Hoje, a matéria é objeto da Medida Provisória 1.470, de 07.06.1996 e das suas eventuais prorrogações.

⁽⁷⁾ Nota 160 a f. 63 da inicial, referindo-se ao art. 116 da Lei 6.404/76.

pertençam, em sua maioria, à União ou da entidade da administração indireta”. (grifamos).

31. Por sua vez, a legislação estadual paulista incorporou o conceito da lei federal, não havendo dúvida quanto ao controle da sociedade de economia mista, que é exercido pelo Estado e não pelos seus representantes.

32. Por sua vez, o art. 238 da Lei 6.404 esclarece que:

“Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” (grifos nossos)

33. Na qualidade de Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado é o representante e mandatário do acionista controlador, na forma da Constituição Estadual, mas com ele não se confunde. Da mesma forma que se afirma que a pessoa física do Governador não pode ser responsabilizada pessoalmente pelos débitos do Estado, é inadmissível considerá-la acionista controladora das sociedades de economia mista, sendo incabível, portanto, a sua responsabilização pelos prejuízos causados à instituição financeira que ostenta essa condição, com base na legislação bancária e societária.

34. Com efeito, o art. 47 da Constituição do Estado de São Paulo atribui ao Governador competência para “indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas”. Essa atribuição não o transforma, contudo, em acionista controlador da companhia, já

que não é, pessoalmente, detentor dos direitos de sócio da sociedade de economia mista, que pertencem ao Estado de São Paulo. O Governador do Estado é tão-somente seu representante legal, enquanto servidor público do mais do alto escalão da Administração Direta, mas não o seu substituto processual, nem devedor solidário com a instituição financeira.

35. Também o Secretário da Fazenda, sendo pessoa estranha ao corpo acionário e à diretoria e administração da sociedade, não pode juridicamente assumir a qualificação jurídica de acionista controlador da companhia, pois as ações de comando da sociedade não lhe pertencem.

36. A transposição do papel de acionista controlador à pessoa física do executivo, que o representa, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ou sob qualquer outro fundamento, não encontra nenhum respaldo jurídico.

37. A alegação da petição inicial da ação civil pública, de acordo com a qual o Governador e os Secretários da Fazenda teriam um “domínio pessoal sobre o banco” em virtude dos cargos por eles ocupados não encontra fundamento nem na lei, nem na prática administrativa. De qualquer modo, a exegese da Lei 6.024/74 e do Decreto-lei 2.321/87, pela sua própria natureza e pelas limitações patrimoniais que ambos impõem, deve ser restrita, não se admitindo interpretações extensivas e, muito menos, analógicas. O simples poder de indicar os diretores, por si só, não basta para caracterizar o exercício do controle, especialmente quando tal indicação é feita em nome e por conta do Estado.

38. Acresce que a inicial do arresto considera que, na forma da lei, pode ser responsabilizada

“qualquer pessoa física ou jurídica que mantenha vínculo de controle com a sociedade bancária em regime especial de intervenção”. (grifos nossos)

39. Ora, o que falta para justificar o pedido do Ministério Público é justamente a prova da existência do vínculo de controle entre as pessoas físicas que exercem as suas funções no Estado (Governador e Secretário) e a sociedade de economia mista, cujas ações pertencem à pessoa jurídica de direito público, e não ao Chefe do Executivo Estadual e aos seus auxiliares mais próximos, aos quais se atribui unicamente a função de traçar a política geral do Estado. A gestão do banco, sociedade anônima, é exclusivamente da responsabilidade dos seus administradores e do seu controlador (o Estado), conforme se verifica pela Lei 6.404 e pelas disposições constitucionais aplicáveis ao caso.

40. Aliás, a responsabilidade do Estado pelo passivo da companhia de economia mista, no caso independe do disposto no Decreto-lei 2.321/87 e na Lei 6.024/74 e está consagrada na própria lei societária, pois o art. 242, da Lei 6.404, determina, na sua parte final, após ter excluído a possibilidade de ser decretada a falência da sociedade, que:

“... a pessoa jurídica que a controla (a sociedade de economia mista) responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. (grifamos)

41. Conclui-se, assim, que inexistente fundamento legal para que, em qualquer interpretação construtiva mas coerente, sejam equiparados o Governador e os Secretários de Estado ao controlador,

pois tal entendimento contraria a letra e o espírito da lei, assim como a sistemática legal vigente na matéria, constituindo uma verdadeira heresia jurídica.

42. Veremos, em seguida, que também não se justifica tal equiparação em virtude da aplicação, ao caso, da teoria da desconsideração.

2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

43. É verdade que, em determinados casos, especialmente quando ocorrem fraudes, a sociedade anônima está sendo equiparada à sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) importada do direito anglo-saxão. De acordo com a mencionada teoria, em algumas hipóteses, é preciso “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, ou a utilizam, para responsabilizá-los pessoalmente quando se servem da empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

44. A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso país na obra clássica de Lamartine Correa de Oliveira,⁸ assim como por Rubens Requião, em excelente artigo intitulado “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*” e republicado na sua conhecida obra “Aspectos Modernos de Direito Comer-

(8) OLIVEIRA, J. M. Lamartine Correia de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979.

cial",⁹ e por Fábio Konder Comparato, na sua tese de concurso, para a cátedra, na Faculdade de Direito da U.S.P., no qual tivemos o prazer de examiná-lo.¹⁰

45. No direito estrangeiro, *Rolf Serick* teve o ensejo de salientar que a doutrina da desconsideração se aplica quando

"a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva".¹¹ (grifamos)

46. Por sua vez, o ilustre jurista português *Ferrer Correia* afirma que:

"A desconsideração se impõe quando a separação entre sociedade e sócio seja invocada para legitimar soluções que sejam contrárias quer ao fim da disposição concreta da lei, quer a uma verdade contratual expressa ou tácita, quer ainda aos princípios gerais da boa fé, do abuso de direito e de fraude."¹²

47. Para a doutrina norte-americana, o privilégio de utilizar a personalidade da sociedade jurídica cessa quando utilizado para que os seus sócios possam furtar-se ao cumprimento de contratos, ou ainda para justificar o erro, proteger a fraude ou defender o crime.¹³

(⁹) REQUIÃO, Rubens, artigo publicado na *RT* 410/12 e *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. I, Saraiva, 1977, p. 67.

(¹⁰) KONDER COMPARATO, Fábio. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1975, p. 349.

(¹¹) SERICK, Rolf. *Aparencia e Realidad en las Sociedades Mercantiles: el Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica*, tradução espanhola, Barcelos: Ariel, 1958, p. 241-242.

(¹²) CORREIA, Antonio de Arruda Ferrer. *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra: Atlantida, 1942, p. 198.

(¹³) FLETCHER, William Meade. *Cyclopedia of the law of Private Corporation*, Chicago:

48. É evidente que, no caso concreto, jamais houve confusão patrimonial entre os bens do Banespa e os do Governador e dos Secretários da Fazenda, que, inclusive, não têm competência para praticar qualquer ato de disposição ou de oneração, direta ou indireta, dos haveres do banco. Não houve, no particular, descumprimento das obrigações do banco nem interferência no seu patrimônio por parte das autoridades governamentais. Assim sendo, não há como pretender aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do Estado, para justificar o arresto dos bens das pessoas físicas do ex-Governador e dos ex-Secretários da Fazenda.

49. Na realidade, em virtude do arresto e da ação ordinária, o Ministério Público paulista pretende substituir-se ao Estado, para cobrar dos seus mandatários e funcionários alegados prejuízos, que decorreram do não-pagamento oportuno das dívidas do Estado ao banco.¹⁴ E essa cobrança no caso se fundamenta na legislação referente à liquidação extrajudicial das instituições financeiras, que só se aplica aos banqueiros e bancários e não deve incidir sobre os funcionários públicos. E muito menos ainda se explica a sua incidência quando os alegados débitos incobráveis são dívidas do Estado, cuja solvência é presumida de fato e de direito, inclusive pela regulamentação bancária.

Callaghan & Company editor, v. I, § 41, p. 166.

(¹⁴) É o que afirma em recente entrevista o Governador MÁRIO COVAS: "o fato é que o único problema do Banespa é a dívida de cerca de R\$ 17,5 bilhões que o Governo do Estado tem junto ao Banco". (*Gazeta Mercantil*, 7 a 09.06.96).

50. Deve, ainda, ser ponderado que a *disregard doctrine* atinge não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam *maitre de l'affaire* e os americanos denominam *active shareholder*. Donde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado, que não participa do controle acionário e é, na realidade, um executivo, um profissional, a serviço da empresa. Do mesmo modo, a teoria da desconsideração não se deve aplicar à autoridade pública que se limita a fixar a política financeira do Estado e não participa da gestão do banco estadual.

51. Como já salientado, no caso específico das sociedades de economia mista, também não encontra o menor respaldo o levantamento do véu da personalidade jurídica para tentar responsabilizar a pessoa física, que representa a entidade de direito público, controladora da sociedade. Na hipótese, responsável é o Estado, sem prejuízo da ação regressiva, que somente lhe cabe nos casos de dolo ou culpa do funcionário, nos termos da Constituição e da legislação administrativa própria.

52. Acresce, finalmente, que a *disregard doctrine*, mesmo quando recai sobre o acionista controlador, pressupõe sempre que tenha ocorrido a utilização fraudulenta da companhia, pelos seus controladores, como se deduz da legislação inglesa e da jurisprudência norteamericana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge nos casos de dolo e de negligência e imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*).¹⁵

⁽¹⁵⁾ TUNC, V. André. *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*. Paris: Dalloz, 1971, n.º 45, p. 46.

53. Aliás, a lei inglesa só admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*) nos casos de culpa grave (*misfeasance e breach of trust*), tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos, por ele, contra ela praticados, e a doutrina reconhece que a jurisprudência britânica tem sido ainda mais tímida do que o legislador na aplicação da teoria da desconsideração.¹⁶

54. Nos Estado Unidos, do mesmo modo, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido excepcionalmente levantar o véu para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores.¹⁷

55. Quanto aos perigos da incidência generalizada da teoria da desconsideração, Rubens Requião assinalou, oportunamente, que:

“Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a

⁽¹⁶⁾ GOWER, L.C.B. *Principles of Modern Corporation*, 4.ª ed. Londres: Stevens & Sons, 1979, p. 133.

⁽¹⁷⁾ V. o comentário intitulado “*Should Shareholders be Personally Liable for the Torts of Theirs Corporations*” in *Yale Law Journal*, vol. 76, n. 6, maio de 1967, p. 1190-1192, e ainda HENN Harry G. e ALEXANDER, John R., *Laws of Corporations*, 3.ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1983, p. 344 a 352.

personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juizes norte-americanos na aplicação da *disregard doctrine*, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais.

É preciso, para a invocação exata e adequada da doutrina, repelir a idéia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se tornem instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas, que, no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito a doutrina da personalidade jurídica.”¹⁸ (grifamos)

56. Na realidade, quer se aplique ou não a teoria da desconsideração, ela só pode atingir o controlador definido pelo art. 116 da lei societária, jamais os seus representantes legais ou estatutários, pessoas físicas que não são acionistas. A condição de titular das ações — que asseguram preponderância nas deliberações sociais — é, pois, premissa inafastável para que se possa aplicar a teoria da desconsideração.

57. Assim, no campo da aplicação da lei bancária e, em particular, da incidência do Decreto-lei 2321/87, é evidente que o Governador do Estado não é controlador da sociedade de economia mista, do mesmo modo que o Presidente da *holding* ou sociedade dominante — quando não é o seu principal acionista — não pode ser considerado controlador, em nome pessoal, da empresa subsidiária.

58. Quanto ao Secretário de Estado da Fazenda, ao qual também foi imputada responsabilidade, na qualidade de acionista controlador, cabe ressaltar que nenhuma representatividade tem este no Banespa, nem na relação societária do Estado de São Paulo com o banco. Enquanto auxiliar direto e da confiança do Governador, é responsável, nos termos do art. 52 da Constituição Estadual, pelos atos que praticar ou referendar no exercício do cargo. Trata-se, aqui, sem nenhuma dúvida, de eventual caso de responsabilidade civil subjetiva do agente da Administração Pública, que só pode ser perquirida em ação própria intentada pelo Estado na qual aplicar-se-á o direito administrativo, como será exposto no tópico seguinte.

59. Assim, admitida a possibilidade de responsabilização solidária do acionista controlador do Banespa — o Estado de São Paulo — estar-se-ia no campo da responsabilidade civil do Estado, que deve respeitar o regime instituído no § 6.º do art. 37 da CF, o que significa afirmar que os agentes públicos respondem apenas regressivamente por indenização suportada pela Administração Pública, desde que comprovada a sua culpa ou dolo na ocorrência dos eventos danosos causadores da responsabilização do Estado.

⁽¹⁸⁾ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1.º vol., 2.ª ed., p. 84.

3. Do regime jurídico da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente da Administração Pública

60. Até o fim do Estado Novo e a volta do país ao regime constitucional, havia divergências sobre o alcance do preceito contido no art. 15 do CC, cujo sistema se baseava na culpa. Com a Constituição de 1946 (art. 194), ficou clara a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na teoria do risco administrativo. Trata-se de princípio que permaneceu nas posteriores Constituições de 1967, com a Emenda de 1969 (art. 107), e de 1988 (art. 37, § 6.º), sem prejuízo da responsabilidade pessoal do funcionário, baseada no dolo ou na culpa.

61. Salienta a melhor doutrina que a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica da noção do Estado de Direito, pressupondo a submissão do Poder Público à ordem jurídica constituída. Daí porque “a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas”.¹⁹

62. Para o Professor José Cretella Júnior, o Estado deve ser responsabilizado, havendo dano e nexa causal, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica de direito público, fonte da descompensação ocorrida.²⁰

63. Não obstante, a responsabilidade objetiva da Administração Pública não decorre apenas do risco, que se dá, por exemplo, nas atividades perigosas e nocivas, mas também pode ser suscitada a partir de atividades em que não se tenha revelado qualquer culpa do serviço.

64. Trata-se de consequência da chamada teoria da igualdade dos encargos inspirada na doutrina francesa. Assim, para Léon Duguit, como a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade, os ônus que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado, de um certo modo, é o segurador daquilo que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou seja, do risco resultante da atividade social e econômica traduzida pela intervenção estatal.²¹

65. Cumpre aduzir, sobre o tratamento jurisprudencial da matéria, que para os efeitos de atribuição da responsabilidade civil do Estado, não se faz distinção entre os atos dos prepostos e os de funcionários superiores, como ilustram os julgados abaixo transcritos:

“Para efeito da responsabilidade civil do Estado não há distinguir entre atos de funcionários superiores e atos de simples prepostos, uns e outros representantes seus na esfera de suas atribuições peculiares.”²²

⁽¹⁹⁾ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, São Paulo: RT, 1981, p. 125.

⁽²⁰⁾ CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 105

⁽²¹⁾ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del Derecho Publico*, 2.ª ed., tradução espanhola, Madrid, p. 306 e s.

⁽²²⁾ TJSP – 2.ª C. – Ap – Rel. Mário Guimarães – j. 12.2.40 – RT 124/634.

“Responde o Município, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, que o obrigam, inclusive, à reparação dos danos causados a terceiros.”²³

“As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém sob a condição subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício da função, ou seja, na qualidade de funcionário.”²⁴

“Se o funcionário público causa danos a outrem, com violação de direito, cabe à Fazenda do Estado reparar a lesão patrimonial, na esfera da responsabilidade civil, regida pelo princípio da responsabilidade objetiva, que independe da prova de culpa.”²⁵

66. A doutrina também é pacífica em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, defendida, há longos anos, por Amaro Cavalcanti, Francisco Campos, Aguiar Dias, Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito.²⁶

67. Por outro lado, como esclarece Weida Zancaner Brunini, com base na Constituição Federal, a teoria subjetiva permanece, ainda, nas relações entre o Estado e o funcionário. Nessa relação, o direito de regresso do Estado contra o funcionário condiciona-se à culpabilidade desse último.²⁷

(23) TJPR — 1.ª C. — Ap. — Rel. Des. Nunes do Nascimento — 14.6.83 — RT 579/164.

(24) TJPR — 2.ª C. — Ap. — Rel. Des. Abraão Miguel — J. 31.8.83 — RT 581/166.

(25) TJSP — 5.ª C. — Ap. — Rel. Márcio Bonilha — j. 4.10.84 — RT 601/107.

(26) WALD, Arnoldo. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado, in *Revista de Informação Legislativa*, v. 117, p. 19 a 22.

(27) BRUNINI, Weida Zancaner, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, São Paulo: RT, 1981, p. 32.

68. Saliente-se, nesse passo, conforme unanimemente admitido na doutrina, que a responsabilidade objetiva não pode alcançar o funcionário público, que só responde civilmente na medida em que praticou o ato culposo ou doloso que causou o prejuízo.

69. Transpondo o preceito constitucional e a lição da jurisprudência e da doutrina para o problema da responsabilidade do controlador, tem-se que os antigos Governadores do Estado de São Paulo e Secretários da Fazenda não podem ter declarada a indisponibilidade do seu patrimônio pessoal, na forma do regime jurídico instituído para as situações de intervenção, liquidação extrajudicial e do regime de administração especial temporária (RAET), com base na responsabilidade objetiva assumida pelo Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador do *BANESPA*.

70. Somente após ter sido chamado o Estado de São Paulo a arcar com os prejuízos do Banespa, poderá, em tese, agindo, regressivamente, contra os respectivos administradores, responsabilizá-los pelas indenizações correspondentes aos atos que individual e pessoalmente tenham praticado, culposa ou dolosamente, em relação ao patrimônio do banco, nos limites em que nele praticaram atos de administração, gestão ou disposição.

71. O que não é possível é aplicar a legislação bancária às pessoas que nenhuma função exerceram no sistema bancário, não tendo sido, em tempo algum, controladores, administradores ou empregados da instituição financeira. Tratando-se de direito especial, com área própria de aplicação, não é concebível aplicá-lo fora da esfera na qual o legislador entendeu que devia ter a sua

incidência, especialmente quando as suas disposições têm caráter especial e até singular, em relação ao resto do sistema jurídico vigente.

72. O direito bancário se aplica aos bancos, seus controladores, administradores e prepostos. Ao Governador e aos Secretários, que não participaram, nem podiam participar, nem do controle, nem da gestão do banco, aplica-se o sistema de responsabilidade consagrado, para autoridades e funcionários públicos, pelo direito constitucional e administrativo que, em relação a eles, só admite a responsabilidade regressiva, que só pode ser baseada na culpa ou no dolo devidamente comprovados, sem qualquer presunção de sua ocorrência.

73. Conclui-se, assim, que as autoridades administrativas alheias aos bancos não podem ser qualificadas como controladores, aplicando-se-lhes necessariamente as normas de direito público.

74. Não se admite, outrossim, a superposição ou a simbiose, total ou parcial, das normas de direito bancário e de direito constitucional e administrativo para o fim de consagrar uma respon-

sabilidade administrativa individual ou coletiva desvinculada da culpa ou do dolo.

75. Por outro lado e finalmente, a indisponibilidade dos bens do controlador à qual se referem o Decreto 2.321 e as recentes Medidas Provisórias não se aplica aos bancos estaduais, pois:

a) o controlador sendo o Estado, os seus bens são indisponíveis e impenhoráveis;

b) os representantes legais do Estado (Governadores) e seus auxiliares não podem sofrer as sanções de direito bancário – indisponibilidade e arresto – na qualidade de controladores.

76. Assim sendo, no momento em que se cogita de reformar a lei bancária, parece oportuno reexaminar a legislação específica aplicável aos bancos estaduais insolventes para que o direito bancário não mais colida com o direito constitucional vigente.

77. Enquanto mantidos os atuais textos legais, cabe ao intérprete dar-lhes um sentido compatível com a sistemática jurídica vigente e conforme à Constituição.