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
Diblioteca George Alexander
Direito



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.

SUMÁRIO

Noção e objecto da Economia Política - ANTÓNIO JOSÉ AVELAS NUNES

7

	- 65					
n	^	T	ľ	т.	INI	
LJ	u	u		ĸ	IN	А

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	7 7
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	
Persis da Empresa – Alberto Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, 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 LUIS 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 Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. Co-autor do anteprojeto da atual Lei das Sociedades Anônimas.

ANTÓNIO 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.

ATUALIDADES

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

Notícias recentes nos dão conta de que, após ter sido encerrado e encaminhado ao Ministério Público o inquérito de que cuida a Lei 6.024, de 13.03.1974, referentemente a uma instituição financeira que ainda se encontra sob Regime de Administração Especial Temporária – RAET, aquele Órgão recusou-se a ajuizar a medida cautelar de arresto e, conseqüentemente, a ação principal de responsabilidade previstas naquele texto legal.

Algmas críticas foram levantadas contra a posição adotada pelo Ministério Público e dúvidas foram lançadas a respeito da existência ou não, no direito positivo vigente, de regras que estabeleçam a responsabilidade dos ex-administradores e do controlador de instituições financeiras nessas situações. Afinal de contas, tratando-se de empresas controladas por Estados da Federação, seu patrimônio é público e mister se faz restaurá-lo por via da responsabilidade civil de quem deu causa aos seus prejuízos, sem o afastamento de eventual e concomitante responsabilização na esfera penal.

Essas são as questões que pretendo abordar rapidamente nas presentes notas.

Como se sabe, o RAET foi criado pelo Decreto-lei 2.321, de 25.02.1987, logo alterado pelo Decreto-lei 2.327, de 24.04.1987, que deu nova redação a

alguns dos dispositivos do primeiro texto acima mencionado. Já tive oportunidade de manifestar-me sobre esse instituto, embora sem grande aprofundamento, em meu Responsabilidade Civil Especial, São Paulo: RT, 1993, p. 39 e 40 e 71 e s. As noções ali colocadas servirão como subsídio para as considerações que se seguem, as quais deverão ser completadas para a análise do assunto particular sob exame.

O RAET apresenta grande similitude com a intervenção, esta prevista nos arts. 2.º a 14 da Lei 6.024/74. Em ambos os casos a instituição a elas submetida continua as suas operações, anotando-se na segunda alguns efeitos não encontrados na primeira, relativos a (art. 6.º da Lei 6.024/74):

- a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas;
- b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; e
- c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação.

É preciso, agora, abrir parênteses para destacar que, embora, em tese, na intervenção a empresa possa dar continuidade às suas atividades, uma vez que a lei não cria expresso impedimento a esse respeito e nem o instituto seja incompatível com tal situação, na práti-

ca tem-se preferido interromper os negócios que, teoricamente, poderão ser retomados no futuro, no caso em que venha a dar-se a cessação da medida (Lei 6.024/74, art. 12, "a").

Além disso, a par das causas especificas determinantes de sua decretação, o RAET também pode ser imposto por qualquer dos motivos determinantes da intervenção (art. 1.º do Decreto-lei 2.321/87, alíneas "a" a "e"), o que confirma o seu parentesco com esse último instituto.

Embora a diferença não seja legalmente determinante, poder-se-ia dizer que a intervenção assumiria o caráter preponderante de um passo inicial, tomado contra uma instituição financeira, a ser seguida de sua liquidação extrajudicial ou falência. De sua parte, o RAET buscaria preferencialmente a preservação da empresa, mantendo-a em pleno funcionamento durante o processo. No entanto, considerando-se que uma intervenção pode ser levantada e que um RAET pode converter-se em liquidação extrajudicial ou falência (Lei 6.024/74, art. 12, "a" e Decreto-lei 2.321/87, art. 11, "c"), a diferença aqui apontada não faz parte da essência dos aludidos institutos.

Na verdade, conforme já por mim referido anteriormente, o RAET originou-se mais de preocupações políticas do que técnico-jurídicas (Responsabilidade Civil Especial, p. 39 e 40), condicionantes da sua estrutura, tendo-selhe dado feição diversa daquela que deveria ter um instituto voltado técnica e preponderantemente para a recuperação de uma empresa.

Verifique-se que, no RAET, a instituição a ele submetida mantém as suas operações em funcionamento regular, utilizando para tanto e objetivando o scu saneamento, se necessário for, recursos da Reserva Monetária, além daqueles que lhe possam ser adiantados pelo Banco Central do Brasil (Decreto-lei 2.321/87, arts. 9.º e 10). Já no tocante à intervenção, esse mesmo funcionamento regular fica prejudicado, na medida em que, entre outros motivos, mesmo considerando que, em ambos os casos, torna-se necessária prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil para a prática de atos que impliquem disposição ou oneração do patrimônio da empresa e admissão e demissão de pessoal, no RAET o Conselho Diretor mantém competência expressa para a prática de atos de gestão ordinária, o que não ocorre com aquela (Lei 6.024/74, art. 5.°, parágrafo único e Decreto-lei 2.321/87, art. 3.°, § 3.°).

Enquanto um RAET está sendo processado, os clientes da instituição estão fazendo depósitos, sacando recursos de suas contas, aplicando e fazendo resgates emfundos por aquela administrados, tomando empréstimos sob diversas modalidades etc. Enfim, a empresa continua operando normalmente, não existindo, durante aquele processo, credor insatisfeito.

Essa foi a razão pela qual o Ministério Público entendeu, quanto à instituição inicialmente mencionada, descabida a medida cautelar de arresto e, consequentemente, a ação principal de responsabilidade que lhe segue, de acordo com os termos da Lei 6.024/74 (arts. 45 e 46).

O estudo da matéria da responsabilidade civil do controlador e dos exadministradores no RAET pode ser feito em duas diferentes vertentes, como veremos abaixo: o das sociedades anônimas e o da falência.

O bem jurídico resguardado pela Lei 6.024/74 é, de maneira geral, o equilíbrio do mercado e, particularmente, o interesse do credor não satisfeito da instituição financeira insolvente, que tem,

como proteção adicional, além do patrimônio daquela, o dos seus ex-administradores os quais, para tanto, serão instados a responder diante daqueles, no plano cível, mediante responsabilidade objetiva e solidária (art. 40). No RAET, inexistindo credor insatisfeito, fica claro que não cabe o ajuizamento daquelas ações por parte do Ministério Público.

È verdade que o RAET encerra uma responsabilidade solidária dos ex-administradores e do controlador da instituição a ele submetida. Mas, inexistindo credor insatisfeito, tal responsabilidade coloca-se no plano interno e deve ser apurada pelo Conselho Diretor na forma do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas, considerando-se que é sob essa forma que elas se organizam (Lei 4.595/ 64, art. 25, com relação ao qual surgiu um problema de vacatio legis, determinado pela supressão indireta do dispositivo, a partir da revogação da Lei 5.710, de 07.10.1971, pelo art. 324, da Lei 7.565, de 19.12.1986, adaptando-se a regra às peculiaridades daquele instituto.

Trata-se, inclusive, de um poder-dever do Conselho Diretor que, por sua vez, deverá ser responsabilizado caso deixe de tomar as medidas necessárias à responsabilização dos antigos administradores da instituição financeira e do seu controlador.

Evidentemente, a situação pode mudar, nos casos em que o RAET vier a convolar-se em liquidação extrajudicial ou falência, uma vez demonstrada a existência de passivo e impossibilidade do saneamento da empresa. Aí caberão a medida cautelar de arresto e a ação principal de responsabilidade, previstas na Lei 6.024/74, a cargo do Ministério Público, pois, daquela forma, emerge a condição da qual nasce a legitimidade deste Órgão, qual seja o papel de defender os interesses dos credores insatisfeitos e preservar o equilíbrio do mercado.

Se, por outro lado, analisarmos o RAET à luz do Direito Falimentar, entendendo-o como parte de um conjunto de regras não formalmente sistematizadas, mas integrantes de um sistema abrangente, que envolve normas sobre prevenção, execução e suspensão da falência, chegar-se-ia à mesma conclusão quanto à responsabilidade dos antigos administradores e do controlador da instituição àquele sujeita.

Com efeito, o art. 6.º do Decreto-lei 7.661/45 determina a forma de apuração da responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, conforme estabelecida nas respectivas leis. Assim sendo, deve-se aplicar, no caso das instituições financeiras, o mesmo art. 159 da Lei 6.404/76, como forma de apuração da responsabilidade em causa, segundo estabelecido linhas atrás.

Essa responsabilidade surge do descumprimento, pelo administrador, dos deveres que lhe são impostos pela própria lei societária, relacionados nos seus art. 153 a 157 (fundamentalmente, dever de diligência, dever de lealdade e dever de informar).

A imputação dessa responsabilidade, por sua vez, decorre do afastamento, pelo administrador, da prática de atos regulares de gestão, cabendo-lhe cobrir os prejuízos quando proceder com culpa ou dolo, mesmo no exercício de suas atribuições e poderes, ou com violação da lei ou do estatuto (Lei 6.404/76, art. 158). A regra geral está prevista no caput desse dispositivo, onde se verifica inexistir responsabilidade quanto às obrigações contraídas pelo administrador em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão.

Outro princípio básico é o da responsabilidade individual, mas ela se estende ao administrador conivente com outro administrador ou negligente em descobrir ou impedir atos ilícitos praticados por outros membros dos órgãos administrativos. Para eximir-se da responsabilidade de ilícitos dos quais tenha tomado conhecimento, o administrador deve manifestar-se expressamente a esse respeito (art. 158, § 1.°).

Surge solidariedade entre os administradores com relação aos prejuízos causados à sociedade em virtude do nãocumprimento dos deveres impostos pela lei para assegurar o funcionamento normal da companhia. Essa regra não se aplica de forma genérica na companhia aberta, mas apenas quanto aos administradores que, por disposição estatutária, tenham atribuição específica para dar cumprimento a tais deveres (art. 158, §§ 2.º e 3.º). Toma-se, ainda, solidariamente responsável, o administrador que não denunciar irregularidades praticadas por seu predecessor ou pelo administrador competente para a prática dos deveres legais e estatutários (art. 158, § 4.º).

Finalmente, estende-se a responsabilidade solidária a quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato violador da lei ou do estatuto (art. 158, § 5.°).

Diferentemente do que ocorre na liquidação extrajudicial, no RAET a responsabilidade será de natureza subjetiva, pois esse é o sistema da Lei das Sociedades Anônimas. Assim sendo, o ônus da prova incumbirá, no caso, ao Conselho Diretor, que poderá buscar subsídios no inquérito levantado pela Comissão designada pelo Banco Central do Brasil.

Caso o RAET convole-se em liquidação extrajudicial ou falência, então surgirá a responsabilidade objetiva do art. 40 da Lei 6.024/74, segundo o qual os administradores das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por ela assumidas durante a sua gestão, até que se cumpram.

Quanto ao controlador, mais uma vez ter-se-á que aplicar os termos da Lei das Sociedades Anônimas, buscando-se a base de sua responsabilidade na prática de atos de abuso de poder de controle (Lei 6.404/76, art. 117).

Tem-se discutido o problema da responsabilização dos Governadores e/ou Secretários da Fazenda a título de controladores de instituições financeiras estaduais submetidas ao RAET. No entanto, fazendo-se uma interpretação restritiva do conceito de controlador, a partir do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas, pois dele surge uma responsabilidade específica, não se pode assim considerá-los, uma vez que, pessoalmente, não são titulares de direitos de sócio da instituição (se for o caso) suficientes para proporcionar-lhes, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.

Nem se diga que, dessa forma, a responsabilidade do controlador, prevista no art. 15 do Decreto-lei 2.321/87, teria caído no vazio porque, não se esqueça, o RAET não foi reservado tão-somente para as instituições financeiras públicas, podendo também alcançar as particulares, quanto às quais certamente será encontrado um controlador nos termos da lei societária.

Controlador, no caso de instituições financeiras públicas estaduais, é o Estado, na qualidade de titular da maioria de suas ações com direito de voto.

Mas se essa circunstância afasta a responsabilidade dos Governadores e/ou Secretários da Fazenda no campo do RAET, certamente existirá alguma forma de alcançá-los pela utilização dos institutos próprios do Direito Público, que aqui não cabe analisar.

Em conclusão, verifica-se, embora em uma análise bastante breve, que é perfeitamente possível a responsabilização dos ex-administradores das instituições financeiras submetidas ao

RAET, responsabilidade essa de natureza subjetiva, efetuada dentro dos princípios da Lei das Sociedades Anônimas. Sob esse aspecto, não há lacuna legislativa.