

Parecer nº 02/95 - Nelson Nascimento Diz

Responsabilidade do acionista controlador por atos praticados com abuso de poder: art. 117, § 1º, letra d, da Lei nº 6.404, de 15.12.76 (Lei das S.A.).

Administração Indireta. Sociedade de economia mista. Subordinação ao supra-referido dispositivo da Lei nº 6.404/76, e ao previsto no art. 37, da Constituição Federal.

Restituo a V.Exa. o presente processo, de nº E-14/30102/95, encaminhado a esta PG-7, onde foi a mim distribuído, para o fim, nos termos do despacho de V.Exa. de fls. :

"2 - Após, à d. **PROCURADORIA ADMINISTRATIVA.**

Considerando o acórdão de fls. do Tribunal Superior Eleitoral condenando os réus à inelegibilidade por abuso de poder econômico em propaganda eleitoral e recente noticiário da imprensa aludindo à possível eleição de um dos réus para a direção de sociedade de economia mista do Estado, solicito a emissão de parecer sobre a repercussão da referida condenação em eventual eleição para cargo de direção em sociedade de economia mista".

A hipótese é clara, não havendo dúvida quanto aos fatos.

Trata-se de condenação à inelegibilidade, por 3 anos, pela Justiça Eleitoral, de candidatos a cargos eletivos que teriam praticado abuso do poder econômico, valendo-se da administração pública para promover publicidade eleitoral em seu benefício pessoal.

No despacho de V.Exa. não há identificação daquele que, dentre os condenados, estaria para ser eleito, por indicação do acionista controlador - o Estado -, para cargo de direção em sociedade de economia mista. Contudo, a publicação do Decreto nº 21.259, de 01.01.95, torna claro tratar-se de Fulano, indicado para administrador da CERJ. Assim, embora válido o entendimento aqui esposado para qualquer outro na mesma situação, levarei em conta o que especificamente encontrar contra o referido nome nas decisões da Justiça Eleitoral inclusas e acostadas ao presente processo administrativo.

Dispõe, no que aqui interessa, o art. 117 da Lei nº 6.404, de 15.12.76 (Lei das S.A.):

"Art. 117 - O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º - São modalidades de exercício abusivo de poder:

.....

d) - "eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;"

Que a Lei das S.A. se aplica às sociedades de economia mista, nenhuma dúvida igualmente existe.

Com efeito, dispõe expressamente a Constituição Federal vigente:

"Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

Em conformidade, igualmente dispõe a própria Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76):

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

Quanto à responsabilidade do acionista controlador de sociedade de economia mista, há também previsão expressa na Lei das S.A., a teor de seu art. 238, **verbis**:

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

Igual a responsabilidade do acionista controlador em sociedade anônima comum e em sociedade de economia mista, passemos à interpretação da disposição da Lei das S.A. que interessa ao exame do caso presente, isto é, a letra d do § 1º do art. 117 da Lei das S.A., no tocante à inaptidão moral do administrador.

À evidência que o conceito de inapto moral pressupõe julgamento dotado de subjetividade, certo porém que não arbitrário, ou seja, que não despregado de fatos objetivos apurados na conduta pregressa do indivíduo, seus antecedentes, seu comportamento social, sua atuação na vida pública e privada.

No caso concreto ora em exame, nominadamente em relação a Fulano, a inaptidão moral resulta fortemente apoiada em dado objetivo: a decisão da Justiça Eleitoral que o considerou inelegível por abuso do poder econômico, caracterizado pelo uso de recursos públicos em benefício de sua campanha eleitoral.

Rememorem-se os fatos, trazendo-se à colação o relatório do Recurso 11.841, classe 4, do TSE, quando procede a breve histórico (fls. 18 do recurso):

"2. Para melhor compreensão deste feito, necessário se faz um breve histórico dos fatos e dos procedimentos judiciais que culminaram nestes recursos especiais:

a) Fulano e Fulano renunciaram aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, respectivamente, do Município Fluminense de Nova Friburgo, em abril de 1992, para se candidatarem às eleições municipais, invertendo-se as posições: Fulano, então Vice-Prefeito, como candidato a Prefeito, e o então Prefeito, Fulano, como candidato a Vice-Prefeito;

b) impugnado, pelo Ministério Público e pelo Partido da Frente Liberal - PFL, o registro da candidatura de Fulano, o processo veio até esse colendo Tribunal Superior Eleitoral, que, ao julgar, em 14 de setembro de 1992, o Recurso Eleitoral nº 9.936, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, considerou inelegível o candidato a Vice-Prefeito, que, entretanto, participou do pleito eleitoral de 3 de outubro, por força de medida liminar, em recurso extraordinário, concedida pelo Ministro Ilmar Galvão, em 30 de setembro de 1992, embora, em 4 de novembro do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal tenha negado

conhecimento ao recurso extraordinário, tornando-se, conseqüentemente, sem efeito a liminar anteriormente concedida (fls. 83 e 99/100);

c) em virtude da confirmação, pela Suprema Corte, da inelegibilidade de Fulano, decretada por esse colendo Tribunal Superior Eleitoral, apenas o candidato a Prefeito, Fulano, vencedor do pleito eleitoral, foi diplomado.

d) quando da renúncia de Fulano e Fulano, Fulano, Presidente da Câmara Municipal, assumiu, então, o cargo de Prefeito e, em 19 de maio de 1992, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou representação contra aquele e contra o ex-Prefeito, com suporte no artigo 24 da Lei Complementar nº 64/90, dizendo ser fato notório que há aproximadamente 45 (quarenta e cinco) dias a Prefeitura Municipal de Nova Friburgo passou a desencadear maciça campanha publicitária, veiculada por emissoras de rádio e televisão, a pretexto de divulgação de suas atividades, com o agravante de veicular a imagem do ex-Prefeito que renunciou para candidatar-se a outro cargo eletivo no próximo pleito, caracterizando-se, pois, abuso de poder econômico e de autoridade, a acarretar inelegibilidade (autos em apenso);

.....”
O TSE, última instância ordinária da Justiça Eleitoral, decretou a inelegibilidade de Fulano, e do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, vale transcrever o seguinte trecho, definitivo para a questão aqui em apreço:

“De qualquer sorte, parece indúvidoso, no conjunto do acórdão, um dado: uma dita “propaganda institucional” que girava em torno do nome do ex-Prefeito. Fico no capítulo em que tenho direito de voto: o art. 37, § 1º, da Constituição, sem outras considerações, autoriza-me a ver caracterizado, nesse ponto, o abuso do poder político administrativo, com conseqüências de Direito Eleitoral.”

(fls. 12 do presente processo).

Ou seja: não só Fulano foi considerado culpado de abuso do poder econômico e, por isso, declarado inelegível, como tal abuso se deu com violação da moralidade administrativa.

Aqui, além do art. 117, § 1º, d, da Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76) é dever indeclinável lembrar o disposto no **caput** do referido art. 37 da Constituição Federal:

“Art. 37 - A administração pública direta, **indireta** ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e, também, ao seguinte:”

Assim, a eleição para o cargo de administrador ou fiscal de sociedade de economia mista, ente integrante da administração indireta do Estado, de pessoa cuja inaptidão moral foi reconhecida pela Justiça Eleitoral, nos termos postos, significa não só afronta ao art. 117, § 1º, d, da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.), como igualmente ao disposto no art. 37 da Constituição do Brasil.

Com efeito, insustentável parece ser, na hipótese, qualquer julgamento subjetivo de inaptidão moral que não conclua por considerá-la caracterizada em relação a Fulano, para o exercício do cargo cogitado (administrador de sociedade de economia mista).

Insistindo o acionista controlador - o Estado, apresentado por seu Governador - nessa nomeação, que risco corre?

Iguais que são - como já vimos - as responsabilidades do acionista controlador de sociedade anônima comum e de sociedade de economia mista, consultemos o que dizem os doutrinadores a respeito da responsabilidade decorrente do descumprimento do art. 117, § 1º, d, da Lei nº 6.404/76.

A propósito, vejamos o que lecionam Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, em sua já clássica obra **Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro**.

Preliminarmente, dizem (Vol. I, fls. 298):

“Ditas responsabilidades são objeto do art. 117.

O **caput** desse artigo preceitua que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Rompe-se, com essa inovação, a normal irresponsabilidade dos acionistas pelos atos danosos praticados pela companhia. De certa forma e sob certas circunstâncias, abre-se uma brecha na concepção

tradicional da absoluta separação patrimonial entre acionista e sociedade. Com efeito, as responsabilidades que a lei comina ao acionista controlador não se traduzem apenas em sanções morais; antes, induzem a extensão da reparação do dano à massa patrimonial do acionista controlador. Concretizam-se mediante a vocação dos bens particulares dele para a garantia do cumprimento de certos deveres e obrigações que, de outro modo, restariam descumpridos. Não será exagero vislumbrar-se, na espécie, o chamado levantamento do véu societário (**lifting of the corporate veil**) ou a **disregard doctrine** da praxe americana, ainda que de forma atenuada e restrita às hipóteses extremas do abuso do poder."

E, mais especificamente (Vol. I, fls. 299/300):

"Sendo por definição titular da prerrogativa de eleger a maioria dos administradores, em razão de sua predominância nas assembleias gerais, o acionista controlador responde pelos danos que causar, quando eleger administrador (ou fiscal) que sabe inapto, moral ou tecnicamente (alínea d). Atente-se para a circunstância de que não exige a lei, nesse passo, que o administrador ou fiscal eleito concorra, por ação ou omissão, para a ocorrência de prejuízos concretos aos interesses sociais ou dos acionistas. **A inaptidão moral ou técnica não necessita resultar em dano efetivo. A eleição de administrador ou fiscal desqualificado configura, em si mesma, modalidade de exercício abusivo do poder de controle que prescinde, para se caracterizar, de qualquer procedimento lesivo posterior por parte do administrador ou fiscal eleito**".

Da mesma forma, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em seu **Comentários à Lei das S.A.**, 2º Vol., p. 257:

"Para a caracterização da ilicitude de tais atos abusivos, não é mister provar que o agente teve a intenção de prejudicar ou de fraudar a aplicação da lei, nem sequer teve consciência do resultado antijurídico (**scientia nocendi**). Como adverte Comparato, esse intento elusivo ou predatório, se em muitos casos é de fácil demonstração, em outros se revela prova diabólica. A culpa não integra, pois, necessariamente o conceito de antijuridicidade, na espécie. Basta a análise dos elementos objetivos da situação criada e a conexão causal, para a caracterização da conduta **contra jus** (injúria). O intento elusivo ficará, assim, demonstrado **re ipsa**."

Pessoalmente até creio que, face à violação do princípio da moralidade previsto no art. 37 da Carta Federal, e repetido no art. 77 da Carta Estadual, além da responsabilidade civil decorrente da violação do art. 117, § 1º, d, da Lei das S.A., poder-se-á igualmente vir a caracterizar uma responsabilidade política do Governador, a teor do art. 143, **caput**, e inciso V, da Constituição do Estado.

De notar que a Lei nº 1.079, de 10.04.50, que regula os crimes de responsabilidade do Presidente da República, mas que, por força de seu art. 74, igualmente se aplica aos Governadores dos Estados, além de, no art. 4º, V, definir genericamente como crimes os atos que atentem contra a probidade na administração, em seu "Capítulo V - Dos Crimes Contra a Probidade na Administração", expressamente prevê como tal "infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais" (art. 9º, V). A conceituação de "cargos públicos" parece-me ser, para fins de aplicação do princípio constitucional da moralidade na Administração Pública, extensiva aos cargos dos entes da administração indireta, ainda que se revistam de personalidade jurídica de direito privado, como as sociedades de economia mista. Veja-se, a propósito, não só o **caput** do art. 37 da CF, mas também seus incisos I e II, e especialmente seu inciso XVII, que estende a proibição de acumular **cargos públicos** a empregos e funções nas **sociedades de economia mista**. Trata-se de possibilidade legal que não me atreveria a desprezar.

Por todo o exposto, considero que a pessoa nominada - e quaisquer outras que na mesma situação se encontrem - não está em condições de ser eleita administrador ou fiscal de sociedade de economia mista, sem que caracterizada esteja a violação do art. 117, § 1º, d, da Lei nº 6.404, de 15.12.76 (Lei das S.A.), com a conseqüente responsabilização do acionista controlador por exercício abusivo de poder, violado, ainda, na hipótese, o princípio da moralidade, estabelecido nos arts. 37, **caput**, da Carta Federal, e 77 da Constituição Estadual.

É o que na oportunidade entendi relevante dizer e submeter à elevada apreciação de V.Exa.

Nelson Nascimento Diz
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 02/95-NND, subscrito pelo ilustre Procurador Nelson Nascimento Diz (fls. 134/142), peça na qual se acentua a indeclinável

responsabilidade do Estado, na qualidade de acionista de sociedade de economia mista, pela eleição de administrador moralmente inapto desde que considerado inelegível por abuso de poder econômico por decisão do Supremo Tribunal Eleitoral.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado sugerindo a adoção de medidas adequadas ao entendimento exposto no Parecer ora oprovado.

Em 09 de janeiro de 1995.

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-14/30.102/95.