AUTORIZAÇÃO — BANCO CENTRAL — CONTROLE JURISDICIONAL

— Autorização é ato administrativo que não cria direito, mas possibilita a eficácia de direito preexistente.

— A norma do art. 255 da Lei de Sociedade por Ações, que subordina a alienação do controle à autorização do Governo, é norma pública de competência.

— A determinação do tratamento eqüitativo aos acionistas minoritários é ato de competência do Banco Central, não podendo ser exercida pela autoridade judiciária.

PARECER

CONSULTA

EXPOSIÇÃO

1. O Unibanco — União de Bancos Brasileiros S. A., devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, procedeu a oferta pública de compra de ações ordinárias do antigo Banco Mineiro S. A. que, posteriormente, incorporou. A oferta pública só abrangeu as ações ordinárias, nos precisos termos do art. 254 da Lei das Sociedades Anônimas e da Resolução nº 401 do Banco Central do Brasil. Por ocasião da incorporação, e atendendo ao disposto do art. 255, combinado com o art. 264 da Lei Societária, foi aprovado o critério de substituição das ações do Banco Mineiro por ações do Unibanco, na proporção de uma do primeiro para quatro do segundo, considerando-se o patrimônio líquido das duas empresas, a preço de mercado, inclusive intangíveis (acrta patente etc.).

2. Assim sendo, os intangíveis foram considerados para o fim específico da troca de ações do Banco Mineiro por outras do Unibanco, na forma dos arts. 255 e 264.

3. Finalmente, foi fixado o valor do recesso de acordo com o art. 45 da Lei das Sociedades Anônimas, considerando-se o valor contábil do patrimônio de acordo com o último balanço aprovado pela Assembléia-Geral, com valores devidamente atualizados pela correção monetária.

4. Em seguida, o Banco Central do Brasil aprovou a incorporação, inclusive para os fins do art. 255, §§ 1º e 2º, da Lei das Sociedades Anônimas.

5. Depois da oferta pública e durante o processo de incorporação e após a conclusão do mesmo, foram impetradas medidas judiciais por acionistas preferenciais contra a CVM, a fim de obter seja a extensão da mesma aos acionistas preferenciais, seja o pagamento pelo Unibanco aos preferenciais de preço igual ao pago pelas ações ordinárias.

QUESITOS

Em fase das exposições e dos respectivos documentos, indaga-se:

1. Tendo a oferta pública e a incorporação sido aprovadas pela CVM e pelo Banco Central, é possível desconsiderar essas aprovações em relação a alguns acionistas em ação da qual as duas autarquias não tenham participado?

2. Podem os acionistas minoritários pleitear preço distinto ao estabelecido e aprovado pela CVM e pelo Banco Central sem anular previamente os atos administrativos das autarquias?

3. Na ação anulatória de ato de incorporação, o Banco Central deve ser, ou não ser, listisconsorte necessário, por importar

a procedência da ação em restabelecimento de carta patente por ele anulada?

4. A competência prevista no art. 255, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, poderá ser exercida por autoridade judiciária?

PARECER

I

O tema da consulta importa, fundamentalmente, o conceito da natureza jurídica da autorização prevista no art. 255 da Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e do correspondente procedimento do exame de legalidade em confronto com o direito subjetivo de acionistas preferenciais que foram excluídos da oferta pública que se processou para aquisição do controle e subseqüente incorporação de uma companhia aberta a outra.

Não está em causa, no mérito da consulta que nos foi submetida, a hermenêutica da norma comercial no sentido de saber se a oferta pública em questão devia, ou não, estender-se aos acionistas preferenciais, sem direito a voto.

O entendimento adotado pelo banco incorporador de que era dispensável essa providência foi levado ao conhecimento tanto do Banco Central do Brasil como da Comissão de Valores Mobiliários nos pedidos de autorização, que foram deferidos, abonando, assim, uma e outro daqueles órgãos, a legalidade do esquema proposto para a operação.

As normas legais que regulam a alienação do controle de companhias abertas, consubstanciadas nos arts. 254 e 255 da Lei de Sociedades por Ações colocam-se no ponto de inserção do poder de polícia econômica mediante o qual a autoridade administrativa legalmente credenciada exerce a disciplina, em benefício do interesse público, de uma atividade privada.

A ordem econômica se fundamenta no princípio da liberdade de iniciativa (art. 160, I) e o modelo constitucional vigente tem como paradigma a empresa privada, atribuindo-se ao Estado, como regra, a atividade econômica suplementar (art. 170).

A livre prática de atividade privada é, no entanto, de exercer-se nos limites da lei que define os requisitos de eficácia dos direitos subjetivos.

Assim como a implantação do Estado de direito colocou termo ao absolutismo do poder e afirmou a garantia dos direitos fundamentais do cidadão (direitos políticos) e do homem (liberdades e direitos individuais), a substância da ordem democrática repele a existência de direitos subjetivos absolutos.

A liberdade individual tem como fronteira natural o direito de outrem, cabendo ao Estado velar pela observância desse *dever de não perturbar* que a doutrina clássica tomou como pedestal do poder de Polícia (Mayer, Otto. *Le Droit administratif allemand.* tomo 2, p. 33; Fleiner, Fritz. *Les Principles généraux du droit administratif.* p. 239).

Não se limita, porém, a esse papel de equilíbrio entre direitos individuais, igualmente assegurados, o sentido moderno do poder de polícia que se foi dilatando para alcançar a defesa de outros interesses também relevantes.

A *construção* do direito constitucional norte-americano, no século XIX, pela Corte Suprema, elaborou a doutrina do *police power,* subordinando os direitos individuais à regra do bem comum (ver nosso *Direito administrativo,* p. 138 e segs.).

Invocando especialmente a lição de Ernst Freund, já entre nós acentuava Rui Barbosa, em 1915, a dualidade de âmbito do poder de polícia:

"Praticamente, os interesses, em que consiste o bem público, bem geral ou bem comum, *public welfare,* cometido à discrição do poder de polícia, abrangem duas grandes classes: os interesses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e os interesses concernentes à segurança, aos bons costumes, à ordem, interesses mais simples, mais elementares, mais precisos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas"

(*Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 5, p. 319).

A incorporação, ao plano constitucional, de um elenco de direitos sociais aprofundou a presença do Estado no planejamento das atividades econômicas, não mais se limitando o poder público à contenção de excessos do invidualismo, evoluindo antes para uma ação diretora da economia.

De outra parte, a circulação do crédito é matéria dominantemente de ordem pública, inserindo-se na órbita de competência da União fiscalizar as operações que a tanto se destinam (art. 8º, nº X, da Constituição).

A gestão do sistema financeiro, a cargo de autoridades federais, disciplinada em legislação específica, projeta-se na lei comercial quando faz depender de outorga administrativa o funcionamento de estabelecimentos bancários e, por via de conseqüência, as mutações de sua estrutura empresarial.

A norma do art. 255 da lei de anônimas — quando subordina a alienação do controle à autorização do Governo — não é, assim, norma de direito privado, mas norma pública de competência, modelo típico de poder de polícia administrativa incidente sobre a liberdade de iniciativa econômica.

A autorização administrativa não é ato originário de constituição de direito. "Não cria direito, mas possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou, quanto a seus efeitos, à permissão da autoridade pública, em atenção a interesses coletivos respeitáveis", já escrevemos alhures (*Revista de Direito Administrativo*, v. 75, p. 390).

A autorização administrativa é, na síntese expressiva de Flamínio Franchini, "la composizione fra autorità e libertà" (*Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*. p. 25, nota 48).

Ela importa em remover um obstáculo que se opõe ao exercício do direito individual.

Renato Alessi fixou, excelentemente, a distinção entre os atos de concessão ou de admissão, que geram um direito novo, e a autorização, que supõe a preexistência do direito, por essa forma tornado eficaz:

"I provvedimenti autorizzatòri, invero, si dice di solito, presentano in confronto alle altre due specie, la nota caratteristica che la costitutività dell'effetto concerne, piú che la titolarità del diritto a favore del privato, la possibilità giuridica del suo esercizio: invero, mentre tanto i provvedimenti *concessòri* quanto quelli *ammissòri* conferiscono al privato la titolarità di un diritto che anteriormente non metteva affatto capo al privato stesso, per contro i provvedimento autorizzatòri conferiscono semplicemente al privato la giuridica possibilità di esercizio di un diritto del quale per l'addietro il privato stesso era già titolare, rimuovendo gli ostacoli e i limtii giuridici posti dalla legge all' esercizio del diritto stesso in difetto di autorizzazione" (*Principi di diritto amministrativo*. 4. ed. p. 394).

Em um direito dependente de autorização está representada a potencialidade de uma situação jurídica condicionada à liberação administrativa, pressupondo-se, como enuncia Riccardo Villata,

"la preesistenza in capo al soggetto di una situazione giuridica subiettiva — diritto, potere o facoltà — il cui esercizio appare peraltro limitato in vista della salvaguardia di pubbici interessi che potrebbero essero compromessi da un suo svolgimento totalmente liberto; la rimozione di siffatto limite come effetto tipico dell' atto in esame" (*Autorizzazioni ammnistrative e iniziativa economica privata*. p. 40).

O direito individual precede a autorização, mas somente com ela adquire eficácia. A autorização é, em suma, um complemento necessário à construção plena do direito ou liberdade, no qual se integra. Configura-se um *ato-condição*, conforme a terminologia criada por Duguit, que se tornou habitual para descrever precisamente aquele que, diante do ato-regra, faz nascer a situação jurídica subjetiva (Duguit. *Traité di droit constitutionnel*. tomo 1, p. 222).

A autorização vitaliza o direito *in fieri*, completando-o para que possa transitar no mundo jurídico, em cujos umbrais se encontra, contido na forma de direito obje-

tivo. Ela é, portanto, parte integrante do direito posto em movimento, que por esse modo se aperfeiçoa em seu conteúdo.

Conseqüentemente, a autorização *vincula* a vontade do titular do direito que não pode exercê-lo diversamente. A *capacidade do agente* subordinar-se-á na escolha do *objeto lícito* — requisitos essenciais de validade de todo ato jurídico (Código Civil, art. 82) — aos limites estabelecidos pela autorização.

Quando, portanto, se cuida de examinar a legalidade de um ato dessa natureza, ter-se-á de apreciar, por igual, a legitimidade da autorização, sem a qual o ato não poderia ter sido praticado.

O eventual controle jurisdicional que venha a incidir sobre o negócio jurídico autorizado também incidirá sobre o ato de autorização que é pressuposto do exercício regular do direito ou liberdade individual.

II

O art. 255 da Lei de Sociedades por Ações determina que a alienação do controle da companhia aberta dependente de autorização para funcionar e cujas ações ordinárias sejam, por força da lei, nominativas ou endossáveis,

"está sujeita à prévia *autorização do órgão competente* para aprovar a alteração de seu estatuto,

e que essa autoridade, ao assim proceder, "deve zelar para que seja assegurado *tratamento eqüitativo* aos acionistas minoritários" (§ 1º do art. 255).

O *órgão competente*, no caso, é o Banco Central do Brasil, titular da competência tanto para autorizar o funcionamento das instituições bancárias, suas transformações, fusões ou incorporações, como a alteração de seus estatutos (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 10, nº IX, alíneas *a*, *c* e *f*).

A essa competência geral de controle e fiscalização do sistema de instituições financeiras agregou-se na nova lei das sociedades anônimas o dever de proteção aos acionistas minoritários delas participantes, visando, de forma expressa, a que lhes seja assegurado *tratamento eqüitativo* que, na especificidade da alienação do controle de instituição financeira (etapa preliminar de futura incorporação) deve levar em conta os "intangíveis da companhia, inclusive autorização para funcionar" (art. 255, § 2º, *in fine*).

A expressão adotada — *tratamento eqüitativo* — exprime manifestamente a compreensão do legislador de que existem, entre os acionistas de tais sociedades, distinções significativas que devem ser ponderadas pela autoridade administrativa, um grau de *desigualdade* entre categorias de sócios aos quais por essa razão mesma não se destinou o *tratamento igualitário* que o artigo imediatamente anterior (art. 254 da mesma lei) estabelece como norma geral.

O grau ou medida em que se deva traduzir esse *tratamento eqüitativo* é, por natureza, variável, sujeito em cada caso às peculiaridades sobre as quais vai operar o juízo do valor atribuído ao *órgão competente.*

Embora balizado pelo princípio da finalidade, que é elemento inerente a todo ato administrativo, a escolha do procedimento objetivo no qual se vai representar a *medida de eqüidade* a ser adotada é expressão do poder discricionário da autoridade administrativa.

A lei deixa ao critério da administração a fixação do *tratamento eqüitativo,* ou seja, a escolha do objeto do ato administrativo de competência da autoridade (no caso, como visto, do Banco Central do Brasil).

Certamente, como todos os demais, esse ato administrativo fica sujeito, do ângulo da legalidade, ao controle do Poder Judiciário, ao qual é, porém, vedado substituir-se à autoridade administrativa para emitir outro juízo de valor ou estipular outros critérios pelos quais se deva pautar o *tratamento eqüitativo* dos acionistas minoritários, ou de alguns deles.

III

RESPOSTAS AOS QUESITOS

Firmados, nas considerações expostas, os pontos fundamentais da matéria, passamos

a responder aos quesitos propostos na consulta.

1. Tendo a oferta pública e a incorporação sido aprovadas pela CVM e pelo Banco Central, é possível desconsiderar essas aprovações em relação a alguns acionistas em ação da qual as duas autarquias não tenham participado?

O negócio jurídico versado na consulta obedeceu ao rito prescrito na lei, consubstanciando-se primeiramente na aquisição do controle acionário do banco a ser incorporado e, como etapa sucessiva, no ato de incorporação.

Esta última era a finalidade do negócio jurídico, uma vez que não seria admissível ao banco comprador do controle permanecer como sócio de outro banco.

A alienação do controle da instituição financeira a ser incorporada (e a correlata aquisição do controle pelo incorporador) estava *de lege* subordinada à prévia autorização do Banco Central, requisito essencial da disponibilidade das ações a serem alienadas pelo acionista controlador.

O *tratamento eqüitativo* a ser assegurado aos acionistas minoritários (inclusive a abrangência, ou não, dos acionistas preferenciais) era ato de competência privativa do Banco Central, que a exerceu, aprovando o esquema do negócio, tal como executado.

Também a oferta pública, moldada nos termos dessa autorização de autoridade competente, foi aprovada pela Comissão de Valores Mobiliários, consoante competência que lhe é própria.

O negócio jurídico entre pessoas privadas não pode, no caso, validamente consumar-se senão na trilha fixada pelos atos das autoridades públicas que lhe condicionam a legitimidade, a formação e a eficácia.

A prestação jurisdicional no tocante a pretensões de acionistas que se entendam prejudicados compreende necessariamente o exame de legalidade dos atos administrativos que integram e formalizam os atos jurídicos de alienação de controle e de incorporação.

As autoridades de que emanaram tais atos administrativos são, conseqüentemente, litisconsortes necessários em ações que versarem o negócio jurídico, tal como autorizado.

Respondemos, assim, negativamente ao quesito proposto.

2. Podem os acionistas minoritários pleitear preço distinto do estabelecido e aprovado pelo CVM e pelo Banco Central sem anular previamente os atos administrativos das autarquias?

Como vimos, a autorização do Banco Central, estipulando o *tratamento eqüitativo* a ser aplicado aos acionistas minoritários, é ato-condição que firma o procedimento a ser adotado na alienação do controle da instituição financeira.

A estipulação administrativa vincula o esquema do negócio jurídico de transferência do controle acionário, de que a oferta pública é uma das fases de execução.

O ato negocial não pode violar os parâmetros da autorização que tem como conteúdo do juízo de eqüidade a fixação das condições em que devam ser contemplados os interesses dos acionistas minoritários.

Obviamente, se o ato de autorização desatende aos seus pressupostos legais, estará viciado em sua legalidade e poderá ser anulado no juízo próprio. Enquanto subsistir válido, não pode, no entanto, ser descumprido.

Também é, assim, de responder-se negativamente ao segundo quesito.

3. Na ação anulatória do ato de incorporação, o Banco Central deve ser, ou não ser, litisconsorte necessário, por importar a procedência da ação em restabelecimento de carta patente por ele anulada?

Sim. O Banco Central será litisconsorte necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, pelos motivos expostos na resposta ao primeiro quesito.

Sendo a autorização, por ele concedida, parte integrativa da alienação do controle e conseqüente incorporação, o objeto da lide envolve a legalidade do ato administrativo da autarquia.

4. A competência prevista no art. 255, § 1º, da Lei nº 6.404, em 1976, poderá ser exercida por autoridade judiciária?

Não. A competência em causa é privativa da autoridade administrativa a que se en-

dereça e importa, como assinalado, em juízo discricionário.

É lícito ao juiz, no desempenho da atividade jurisdicional de controle dos atos administrativos, proceder ao exame do ato, podendo anulá-lo se houver vício de legalidade extrínseca ou intrínseca. Fica-lhe vedado, porém, decidir quanto ao mérito do ato administrativo, ou seja, aos seus aspectos discricionários.

Não poderá, em suma, o juiz substituir-se ao administrador, determinando a observância de outro *critério eqüitativo* em benefício de qualquer acionista.

Poderá, unicamente, declarar, se for o caso, a nulidade do ato praticado, devolvendo-se à autoridade administrativa a decisão da matéria para a emissão de novo ato substitutivo.

É o meu parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 1983. — *Caio Tácito*, professor titular de direito administrativo na UERJ.