

A Responsabilidade Ilimitada em Instituições Financeiras no Brasil: Antecedentes, Experiência e Considerações.

Gustavo H. B. Franco
Luiz Alberto C. Rosman

1. Introdução

O desenrolar da crise bancária, e os debates sobre falhas e inovações no terreno regulatório em particular, fez crescer o interesse na legislação brasileira que dá instrumentos ao Banco Central para tratar de bancos com problemas. Trata-se especificamente da Lei 6.024/74, que dispõe sobre intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira, do Decreto lei 2.321/87 e da Lei 9.447/97, que estendeu o alcance da indisponibilidade de bens pessoais de administradores, prevista nos casos de intervenção e liquidação, aos controladores¹, dentre outras providências. Essas leis possuem ao menos duas singularidades de interesse para o debate em vigor sobre reforma regulatória nos EUA: (i) interferem *ex-ante* nos incentivos a correr risco por parte de diretores estatutários, membros de conselhos de administração e do grupo de acionistas controladores, pois todos teriam, potencialmente, responsabilidade ilimitada, ainda que com mecanismos mitigadores, por prejuízos causados a terceiros; e (ii) *ex post facto*, proporcionam à figura do interventor, ou liquidante, poderes para vender ativos e negociar passivos de tal sorte a “resolver” a instituição problemática e “removê-la” do fluxo normal de atividades do sistema bancário.

A crítica mais comum à Lei 6.024/74 tem a ver com a celeridade e eficiência dos processos de liquidação, que se arrastam por muitos anos. Porém, a experiência recente com as operações ao amparo do PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), instituído pelo Conselho Monetário Nacional “com vistas a assegurar liquidez e solvência ao referido Sistema e a resguardar os interesses de depositantes e investidores” (Lei 9.710/98, art. 1), relativizou estas preocupações, pois os benefícios decorrentes da possibilidade de engendrar a cisão entre o “banco ruim”, ou o “*legacy bank*”, para usar a linguagem da discussão americana, e “banco bom” – que permanece em funcionamento, com outra bandeira, outra gestão e outros controladores, assim salvaguardando depositantes e investidores – parecem superar fartamente os custos decorrentes da demora na solução para o “banco ruim”.

A crítica à Lei 6.024/74 no tocante aos poderes que confere ao Banco Central para tornar indisponíveis os bens de administradores e controladores e, portanto, para estender a responsabilidade destes, em tese, sem limitação, tem uma natureza mais conceitual, e vem perpassando as diversas inflexões da legislação brasileira e sua aplicação ao longo do tempo. Trata-se aqui de relativizar o princípio da

¹ Relativamente a auditores a mudança foi apenas torná-los responsáveis perante o Banco Central por atos e omissões no desempenho da atividade de auditoria de instituições financeiras – art. 14 que dá nova redação ao art. 26, § 3º da Lei 6.385/76.

responsabilidade limitada que está na base da constituição das sociedades anônimas, aqui e no exterior, e que constitui, de forma mais geral, um dos pilares básicos para a atividade empresarial. Não deve haver dúvida que o enfraquecimento deste princípio pode encerrar muitos riscos, de tal sorte que deve haver muita segurança e cautela quanto à definição e natureza dos casos especiais.

Em termos mais práticos, por ocasião do PROER, e das trocas de informações que o programa provocou com outros reguladores mundo afora, vale registrar a surpresa desses interlocutores estrangeiros com o dispositivo da Lei 6.024/74 referente à indisponibilidade de bens. “Como vocês conseguem candidatos a diretores estatutários de bancos nessas condições?” era uma pergunta comum, que os interlocutores brasileiros, com o tempo, passaram a devolver nos seguintes termos: “Então ninguém seria dirigente de instituições financeira no hemisfério Norte se o sistema fosse o da Lei 6.024/74?”

O fato é que a perplexidade estrangeira, inofensiva quando distante, e tendente a classificar nossas práticas como exóticas, transformou-se em genuíno interesse sobre o funcionamento do nosso sistema. Mais que isso, está sobre a mesa a tese segundo a qual a ausência de um mecanismo desse tipo na legislação americana teria sido uma das causas da crise, na medida em que não ofereceu obstáculos a uma elevação imprudente na propensão a correr riscos. No que se segue, discutimos a evolução e a mecânica dos dispositivos da Lei brasileira referente à responsabilidade de administradores e controladores em casos de instituições financeiras em regimes especiais, a evolução da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto ao longo do tempo, e os custos e benefícios do atual estado das artes.

2. Antecedentes e Aspectos Conceituais da Lei 6.024/74

Nos primeiros tempos da vigência dessa lei, todavia, a SUMOC adotou interpretações que retrocediam à noção de responsabilidade “solidária” tanto mais irrestrita quanto possível, inclusive entre todos os diretores – e não apenas entre os que “tivessem procedido com dolo ou culpa” – e também nas obrigações de indenizar prejuízos nascidos de atos ilícitos praticados por qualquer um deles. Em essência, a SUMOC entendia que *a responsabilidade era “objetiva”, e não “subjativa”, ou seja, independia da imputabilidade dos prejuízos a cada diretor, mediante apuração de nexos de causalidade entre atos de cada um e os prejuízos verificados*. A improcedência dessas teses, reiteradamente apontada pela doutrina, acabou confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 1956. Porém, logo a seguir, o artigo 42 da Lei 4.595, de 31.12.64, que regulou o Sistema Financeiro Nacional, deu nova redação ao artigo 2º da Lei 1.808/53 para dele retirar a referência a culpa ou dolo.² Menos de 2 anos depois, em nova reviravolta, o Decreto 48, de 18.11.66, regulou novamente a intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras e

² “Art. 2º - Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante a sua gestão até que elas se cumpram. Par. único. Havendo prejuízos a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante.”

confirmou o caráter subjetivo (em decorrência de atos ou omissões) da responsabilidade dos administradores.³

A Lei 6.024, de 13.03.74, consolidou o regime de intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras repetindo, nos artigos 39 e 40, com pequenas modificações de redação, os dispositivos da legislação anterior sobre responsabilidade dos administradores.⁴ As normas legais especiais que regulavam a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras *continuaram, portanto, a não conter preceito dispondo que essa responsabilidade era objetiva -- independentemente de culpa ou dolo de cada administrador -- o que era indispensável para que não fossem aplicáveis aos administradores das instituições financeiras as normas gerais do Código Civil sobre responsabilidade civil.* Não obstante, o Banco Central e as Comissões de Inquérito por ele instituídas continuaram a aplicar a legislação, em caso de intervenção ou liquidação extrajudicial, *como se a responsabilidade dos administradores fosse objetiva e solidária:* limitavam-se a identificar as operações ativas do banco que deram origem ao prejuízo que o levava à situação de insolvência, dividir a gestão do Banco em períodos segundo a composição de administradores e atribuíam a cada grupo de administradores a responsabilidade pelas operações contratadas em cada período de gestão, sem identificar quais os que eram pessoalmente responsáveis por cada operação.

Somente o Decreto-lei 2.321/87, que, 5 anos depois, instituiu o regime de administração especial temporário de instituições financeiras, o popular "RAET", estipulou para os *controladores* dessas instituições a responsabilidade independente de culpa ou dolo.⁵ A Lei 9.447, de 14.03.97, estendeu essa definição de

³ "Art. 1º - A intervenção e a liquidação judicial determinam a perda de mandato dos administradores e dos membros do Conselho Fiscal da entidade, os quais responderão, em qualquer tempo, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que tiverem incorrido."

⁴ "Art. 39 - Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

Art. 40 - Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Par. único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados."

⁵ "Art. 15 - Decretado o regime de administração especial temporário, 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.

§ 1º - 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, controladores e controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela 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 da instituição.

§ 2º - 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 esse decreto-lei."

responsabilidade aos *controladores* das instituições submetidas aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial.⁶

A tese da responsabilidade objetiva – adotada pelo Banco Central e parte da doutrina – pode encontrar apoio em considerações práticas (dificuldade de apurar dolo) e também no que produz em matéria de incentivos ao conservadorismo, sendo este, na verdade, o aspecto mais discutido nos últimos tempos. É claro que há desproporção entre a dimensão do patrimônio pessoal de administradores e a típica dimensão dos prejuízos deixados por instituições financeiras no caso de “insucesso empresarial”. Este pode não ser o caso de controladores, sendo certo que, desde há muito, a Autoridade Monetária exige que controladores de instituições financeiras tenham patrimônio num múltiplo do capital integralizado na instituição. Vale aqui, todavia, não propriamente a “capacidade econômica” de indenizar prejuízos, mas os incentivos que a regra produz no seio da governança da instituição, notadamente no tocante a risco.

O efetivo alcance da responsabilidade dos administradores fixado em nossa legislação tem sido objeto de intensos debates doutrinários e inconsistências jurisprudenciais. Embora haja autores que sustentem a responsabilidade objetiva (isto é, independente de culpa ou dolo), a melhor doutrina sempre entendeu que a responsabilidade deve ser subjetiva, a exemplo do que ocorre no sistema norte-americano⁷, *com a distinção de que tal responsabilidade é presumida (inversão do ônus da prova) no momento de instauração dos procedimentos de intervenção, liquidação ou “RAET” acima aludidos*. Ocorrendo alguma dessas hipóteses, os administradores das instituições financeiras ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades (art. 36 da Lei 6.024/74).

O regime da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras parece ter encontrado solução equilibrada na mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 447.939-SP, DJU 25.10.2007), que reconheceu seu *caráter subjetivo, porém com presunção de culpa dos administradores pelos atos praticados durante sua gestão, invertendo-se o ônus da prova* (que passa a ser dos administradores, aos quais compete demonstrar que atuaram com o devido zelo, impedindo sua responsabilização pelos prejuízos causados)⁸.

⁶ “Art. 1º - A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.204, de 13 de março de 1974.

Art. 2º - O disposto na Lei nº 6.024, de 1974, e no Decreto-lei nº 2.321, de 1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto, das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial, ou administração especial temporária.

⁷ No qual o regime de responsabilidade de administradores de instituições financeiras não possui regras próprias, sujeitando-se ao regime aplicável às sociedades em geral, apesar de a jurisprudência claramente indicar que o dever de diligência desses administradores deve ser maior e mais estrito que os de sociedades não financeiras (“Fletcher Cyclopedia of The Law of Private Corporations”, William Meade Fletcher, 2002, Volume 3A, § 1042.10)

⁸ Essa foi a solução que, *grosso modo*, foi adotada pela Comissão instituída pelo Decreto 91.159, de 18.03.1985, para elaborar anteprojeto de lei sobre as instituições financeiras e a responsabilidade dos agentes nos mercados monetários e de capitais – constituindo este mais um dos vários exemplos de

3. A Experiência Brasileira pode ser Exportada?

Parece haver pouca dúvida, tratando-se da crise bancária americana, que a propensão a correr riscos se tornou endêmica e exagerada, que essa distorção encontrou alguns nichos onde se desenvolveu de forma mais proeminente, e que aí se encontram as causas mais evidentes da crise. Existem muitos temas e muitas instâncias de “falhas regulatórias” ocasionando problemas com incentivos que podem explicar o ocorrido, e vários desses temas são tratados neste volume. Não obstante, parece razoável a idéia de que a limitação de responsabilidade de administradores, seu caráter subjetivo (para usar a linguagem jurídica brasileira), bem como a ausência de qualquer definição de “controlador” e sua responsabilização podem ter sido elementos adicionais a produzir decisões envolvendo muito risco. A reforma regulatória apresentada pelo Presidente Barack Obama não trouxe novidade no tema da responsabilidade de administradores, e tampouco tocou na idéia de que existem grupos controladores *de facto* que envolvem administradores que são também acionistas, ou detentores de opções de compra de ações. Um progresso interessante, e talvez não propriamente intencional, foi a determinação surgida no legislativo, por conta de pressão política, criando impedimentos para o pagamento de “bônus” (que, nos EUA, não tem caráter “alimentício” ou “trabalhista” no sentido da lei brasileira) para instituições que recebem recursos de alguns programas governamentais. Este dispositivo revelou-se bem sucedido tendo em vista seus efeitos no plano dos incentivos. Também deixou claro que existe, no contexto americano, um “espaço” entre as figuras brasileiras do grupo controlador e a do diretor estatutário, composto pela média e alta administração dessas instituições - ou o público que recebe “bônus” e *stock options* como parte crucial de sua remuneração - cuja “responsabilização” pode ter encontrado nesse dispositivo apenas um primeiro passo. Na verdade, a responsabilização *deste* grupo, cujas fronteiras poderiam ser situadas de forma mais clara, por exemplo, conforme o tamanho da “remuneração variável”, seguramente encontra um equivalente do que se passa no contexto brasileiro, e pode ser um caminho interessante a explorar no futuro.

É difícil especular sobre as possibilidades de aplicação de mecanismos semelhantes aos das leis brasileiras no contexto americano, no tocante à criação de figuras assemelhadas à nossa “intervenção”, com o intuito de ampliar o leque de mecanismos *ex post* para evitar a repetição de operações como a da Bear Stearns, onde uma venda de controle com exoneração de acionistas e administradores de qualquer ônus foi viabilizada pela assunção pelo FED de prejuízos privados – tudo o que uma operação

propostas de legislação, com soluções inovadoras e práticas, que acabam esquecidos nos arquivos públicos. O anteprojeto elaborado pela Comissão – formada por José Luiz Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, Jorge Hilário Gouvêa Vieira e Cesar Vieira de Rezende – contém um capítulo específico dispendo sobre a responsabilidade dos controladores, administradores e fiscais de instituições financeiras (arts. 49 a 58), que se regeria pelas normas gerais da lei de sociedades por ações e pelas normas especiais do anteprojeto. Dentre tais normas especiais, há uma que estabelece a presunção de culpa, até prova em contrário, nos atos praticados com violação de normas legais, regulamentares (esta, com toda a abrangência que o órgão regulador entender pertinente), estatutárias ou do regimento interno (no qual devem ser discriminadas as funções e atribuições de cada diretor), inclusive por omissão no cumprimento de deveres por elas prescritos.

como esta *não deve ser*. A legislação brasileira permite que controladores e administradores, com seus bens bloqueados, fiquem amarrados ao destino do “*legacy bank*”, que é a entidade que vende ativos e passivos, recebe os ágios aí envolvidos, e que, portanto, direciona esses recursos para o suprimento dos prejuízos dentro do “*bad bank*”. Esta foi a experiência brasileira do PROER, cujos mecanismos básicos apareceram em ideias ventiladas em diversas ocasiões ao longo dos debates sobre a crise americana.

A conjectura inevitável, diante dessas possibilidades, é que a magnitude da intervenção com vistas a resolver a crise foi de tal ordem que os riscos de *moral hazard* estariam a requerer uma mudança de paradigma. Isso é exatamente o que se poderia proporcionar a partir, de um lado, da relativização das limitações à responsabilidades, notadamente tendo em mente a “alta gerência”, definida como sugerido acima. Como já vigora nos EUA a “responsabilidade subjetiva”, no âmbito da qual seria necessário demonstrar que administradores e controladores tiveram “culpa e dolo” no insucesso da instituição, a inovação a se considerar é, como no caso brasileiro, a de se estipular, para o público acima mencionado, a inversão no ônus da prova em situações especiais onde recursos públicos estão envolvidos. De outro, a definição de algo como um *super-receivership* à semelhança da figura da intervenção pode perfeitamente representar uma inovação interessante, restando definir com clareza os seus limites. A economia política do desenrolar da crise é complexa; parece difícil vislumbrar de onde viriam os apoios a uma inovação desta grandeza.

No que concerne ao caso brasileiro, é interessante indicar caminhos para uma avaliação de custos e benefícios da relativização do princípio da responsabilidade limitada que aqui praticamos, com as curvas que a seção anterior procurou resenhar. Do lado positivo, embora seja aceita a presunção de que a contribuição da Lei 6.024/74 para a solidez de nosso sistema financeiro tenha sido positiva, *ceteris paribus*, é difícil estabelecer precisamente esta conclusão sem um trabalho empírico com o intuito de isolar outras influências determinantes de problemas em instituições financeiras, bem como outros elementos que previnem e diminuem problemas. Sem dúvida, há espaço para algum trabalho de natureza empírica nesse terreno.

O assunto da responsabilidade civil é vasto, e por isso mesmo é muito difícil associar quaisquer outras instâncias de responsabilização que possam exibir algum caráter anti-empresarial à Lei 6.024/74 e legislação correlata. A figura da “desconsideração da personalidade jurídica”, utilizada no terreno tributário e previdenciário, bem como as formas criativas de imputação de responsabilidade por indenizações trabalhistas perpetradas por alguns juizes, são exemplos proeminentes de assimetrias pelas quais o capital, ou o capitalista, recebe tratamento relativamente desfavorável ao trabalho e ao fisco. O fato é que o país que introduziu em sua Constituição o dispositivo que estabelece a “função social da propriedade” (Art. 5, XXIII e Art. 170, III), e, em seu Novo Código Civil, outro enunciando uma “função social do contrato” (Art. 421) – conceitos jurídicos indeterminados que permitem as mais variadas interpretações – é um ambiente onde o viés anti-empresarial nas regras de responsabilização da administradores e capitalistas pode prejudicar seriamente o ambiente contratual e o desenvolvimento da economia privada. As associações entre *rule of law*, enquanto

elemento fundamental do “clima de negócios”, e crescimento econômico estão sobejamente estabelecidas na literatura. E o Brasil não possui uma boa posição nos *rankings* pertinentes a *rule of law* e “clima de negócios”. Para as etapas que se apresentam do desenvolvimento brasileiro deveríamos pensar em regulação “pró-iniciativa privada” e não contra. Já quando se trata dos EUA, são bem menores os riscos de que legislação nova, criando novas responsabilidades para administradores de instituições financeiras, seja uma iniciativa que venha a catalisar vieses anti-empresariais.