

A REVISÃO DA LEI Nº 6.024/74

(Sobre Intervenção em Instituições Financeiras, sua Liquidação
Extrajudicial e Responsabilidade de seus Administradores)

Sumário (Acrescido ao documento original)

1.0 - NECESSIDADE DE REFORMA RADICAL

2.0 - INTERVENÇÃO

2.1 - Origem

2.2. Regime da Lei nº 6.024

2.3. Funções da Intervenção

2.4. Intervenção como Instrumento para Evitar Falência

2.5. Intervenção como Instrumento para Realizar Lucros

2.6. Intervenção como Sanção pelo Descumprimento de Normas Legais ou
Regulamentares

2.7. Instrumento de Fiscalização, e não de Gestão

2.8. Regime especial de Fiscalização

3.0 - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

3.1. Razão de Ser da Liquidação Extrajudicial

3.2. Casos de Liquidação

3.3. O Fracasso da Liquidação Extrajudicial

3.4. Liquidação da Sociedade Empresária, e Não da Empresa

3.5. Liquidação Fictícia e Não Liquidação Real

3.6. Ajuste do Passivo ao Ativo e Reorganização da Empresa

3.7. Reclamações Depois de Completada a reorganização

3.8. A Experiência das Soluções Negociadas e os Prováveis Efeitos da Reorganização

3.9. Casos de Liquidação na Nova Legislação

4.0 - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS

4.1. A Responsabilidade Solidária do Decreto-lei nº 9.328/46

4.2. O Regime da Lei nº 1.808/53

4.3. A Teoria da responsabilidade Objetiva e Coletiva

4.4. A Invocação da Teoria do Risco em Matéria de Responsabilidade de
Administradores de Instituições Financeiras

4.5. O Princípio da Incomunicabilidade da Culpa

4.6. Alterações da Lei nº 4.595/64 e do DI nº 48/64

4.7. A Lei nº 6.024/74

4.8. A Comprovada Ineficácia da Responsabilidade Objetiva e Coletiva

4.9. Objetivos e Princípios de um Regime Justo e Eficaz

5.0 - INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS ADMINISTRADORES DE
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

5.1. Origem

5.2. Significado e Consequências

5.3. Responsabilidade Patrimonial

5.4. Efeitos da Indisponibilidade Sobre a Responsabilidade Patrimonial

5.5. Solução Demagógica e Ilusória

Texto do documento do autor

Anunciou-se, recentemente, que o Governo está pretendendo promover a revisão da Lei nº 6.024, de 13.03.1974, que consolidou (com diversas inovações) Decretos-leis e Leis que, a partir de 1944, criaram ou regulamentaram a intervenção em instituições financeiras, sua liquidação extrajudicial, a responsabilidade civil dos seus administradores e a indisponibilidade de bens desses administradores em caso de intervenção ou liquidação.

A presente exposição tem por objetivos:

a) explicar as razões pelas quais se considera (i) impossível elaborar, mediante mera revisão da Lei nº 6.024, legislação ajustada às condições atuais do País, mas (ii) indispensável repensar e apreciar criticamente, à luz da experiência, uma legislação que continua a reproduzir soluções imaginadas há 34 anos, comprovadamente ineptas para desempenhar as funções para as quais foram construídas, e que se notabiliza como repositório de figuras de teratologia jurídicas;

b) demonstrar que essa legislação (i) não fornece ao Banco Central os instrumentos adequados para exercer com eficiência suas funções de preservar a liquidez e solvência das instituições financeiras e (ii) foi a principal causa de as liquidações terem custado ao Banco Central, nos últimos quatro anos, mais de Cr\$ 20 bilhões, e da não responsabilização, civil e criminal, de administradores dessas instituições;

c) sugerir orientações e soluções alternativas, a serem consideradas na elaboração da nova lei.

1.0 - NECESSIDADE DE REFORMA RADICAL

A nova legislação que se anuncia oferece a primeira oportunidade para trabalho legislativo ponderado e racional sobre as matérias reguladas na Lei nº 6.024.

As soluções básicas da legislação em vigor foram construídas em Decretos-leis de 1944 a 1946, redigidos de afogadilho para atender a situações de crise ou resolver casos concretos.

Naquela época, o Brasil era (em termos econômicos) apenas 1/6 do que é hoje; o sistema financeiro era formado por centenas de pequenos bancos e casas bancárias, das mais diversas formas jurídicas, inclusive empresas individuais, e a fiscalização bancária era incipiente e deficiente.

Algumas das soluções daqueles Decretos-leis refletiram o regime ditatorial de 1937, então em vigor, e a ignorância de princípios fundamentais do nosso Direito.

A legislação posterior sobre intervenção e liquidação extrajudicial limitou-se a aumentar os casos de aplicação e agravar seus efeitos: cada vez que a experiência demonstrava a ineficácia das medidas previstas na legislação, a única providência imaginada pelo legislador era transformá-las em sanções aterradoras, na suposição de que a “supersanção” seria suficiente para evitar o insucesso de empresas financeiras. O resultado é que sua aplicação tem consequências tão graves para o mercado que qualquer autoridade monetária responsável somente a elas recorre em último caso, quando o processo de deterioração da instituição financeira já atingiu estágio em que se tornou irreversível.

A legislação em vigor não arma o Banco Central com instrumentos adequados para que possa, sem pôr em risco a normalidade do mercado financeiro, interromper a tempo esses processos de deterioração e, se for o caso, eliminar do sistema sociedades empresárias que perderam as condições para continuarem a administrar instituições financeiras. Por isso, quando ocorre a intervenção e liquidação o volume dos recursos fornecidos pelo Banco Central à instituição já atingiu tal vulto, ou as perdas que seriam suportadas pelos credores - nacionais e estrangeiros - são tão grandes, que o Banco Central acaba por “bancar” a liquidação, pagando credores e ficando com o ativo da instituição falida.

Há no País o consenso de que a Caixa de Mobilização Bancária foi uma solução desastrosa, e por isso ela foi extinta. Não obstante, mantemos até hoje a legislação que a criou, e devido a essa legislação estamos levando o Banco Central a repetir a experiência da CAMOB.

A inexistência de procedimentos legais que tornem viável (sem perturbar o sistema financeiro) a liquidação de pequenas e médias empresas

difundiu a crença de que não há risco na aplicação em qualquer instituição financeira brasileira porque o Banco Central, em caso de liquidação, acaba por pagar todo o passivo. Essa crença contribuiu para aumentar o número dos insucessos de empresas financeiras porque o mercado deixa de desempenhar sua função seletiva.

A experiência da aplicação dessa legislação recomenda que se dê ao corpo jurídico do Banco Central e a outros advogados do País a oportunidade de influir sobre a definição das soluções básicas da legislação, e não apenas modificar a redação de atos normativos inventados por legisladores sem a formação necessária para poder avaliar a eficácia e os efeitos jurídicos dos instrumentos legais que procuram criar.

É dever dos advogados, nesta oportunidade, contribuírem para que sejam repensadas criticamente as soluções até aqui adotadas e propugnarem para que essa legislação bancária deixe de ser, no nosso direito positivo, uma ilha na qual se desconhecem princípios jurídicos fundamentais.

Os quatro temas da Lei nº 6.024 - intervenção, liquidação extrajudicial, responsabilidade civil dos administradores e indisponibilidade de seus bens - são a seguir examinados, nessa ordem.

2.0 - INTERVENÇÃO

2.1 - Origem - A intervenção em estabelecimentos bancários foi criada pelo artigo 9º do Decreto-lei nº 6.419, de 13.04.1944, que, com fundamento em efeitos perturbadores da guerra, reorganizou a Caixa de Mobilização Bancária. Foi imaginada como providência alternativa à execução judicial de garantias de créditos concedidos a bancos, que estes deixassem de pagar no vencimento. Ao invés de entrar em juízo, a administração da CAMOB podia designar interventor para assegurar o cumprimento, pelo banco devedor, de contratos com a Caixa: os Diretores do banco eram suspensos de suas funções e o delegado designado pela CAMOB ficava investido de todos os poderes estatutários da administração.

O Decreto-lei nº 8.495, de 28.12.1945, ao transferir para a SUMOC as atribuições da CAMOB, previu (art. 5º) dois casos de intervenção: (a) a pedido dos administradores do banco e (b) ofício, na ocorrência de qualquer

dos fatos que, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei de Falências, caracterizam o estado falimentar. E no artigo 6º previu que a SUMOC podia determinar (a) a cessação ou a permanência da intervenção, até serem eliminadas as irregularidades que a haviam causado; (b) a entrega da direção a novos administradores, designados pela forma legal cabível na espécie; (c) a liquidação do estabelecimento; e (d) qualquer outra medida legal cabível no caso.

A essas normas reduzia-se o regime legal da intervenção, sobre a qual nada dispôs a Lei nº 4.595/64 quando, 20 anos depois, regulou o sistema financeiro nacional e criou o Banco Central do Brasil.

2.2. Regime da Lei nº 6.024 - A Lei nº 6.024/74 manteve a intervenção com modificações importantes:

I - previu três casos de intervenção:

a) se a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

b) se forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;

c) na hipótese de ocorrer qualquer dos casos mencionados nos artigos 1º e 2º da Lei de Falências e houver possibilidade de evitar-se a liquidação extrajudicial;

II - quanto à iniciativa da intervenção, pode ser decretada pelo Banco Central de ofício, ou a pedido dos administradores da instituição;

III - foi criado o prazo máximo de 6 meses, prorrogável uma única vez;

IV - foram definidos os seguintes efeitos da decretação:

a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas;

b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas;

c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação;

d) suspensão do mandato dos administradores e membros de órgãos da instituição;

e) indisponibilidade dos bens dos administradores;

V - como causas da cessação foram previstas:

a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa;

b) quando, a critério do Banco Central do Brasil, a situação da entidade se houver normalizado;

c) se decretada a liquidação extrajudicial, ou a falência da entidade;

VI - quanto à forma do ato de intervenção, é deliberação do Banco Central, publicada no Diário Oficial, que produz efeitos independentemente dessa publicação;

VII - a lei regula ainda os poderes e atribuições do interventor e do Banco Central, o procedimento da intervenção, e o inquérito de apuração da responsabilidade de administradores.

2.3. Funções da Intervenção - Os atos legislativos citados mostram que a intervenção foi originalmente concebida como instrumento para executar, *manu militare*, contratos da Caixa de Mobilização Bancária:

a) a CAMOB tinha por finalidade “promover a mobilização das importâncias aplicadas em operações seguras, mas de demorada liquidação, ... pelos bancos de depósitos e descontos ...” (Decreto nº 21.499, de 09.06.1932, art. 1º);

b) com esse fim, a CAMOB concedia aos bancos empréstimos que eram garantidos por direitos de crédito ou hipotecas;

c) embora os contratos de empréstimo e as garantias fossem reguladas pelo direito privado, os redatores do Decreto-lei nº 6.419/44 inventaram essa figura espúria de relação jurídica, na qual o órgão público credor de um empréstimo vencido e não pago, ao invés de recorrer à Justiça para realizar seu crédito, deixa provisoriamente a posição de direito privado e invoca o poder de império do estado para destituir os representantes legais do devedor e substituí-los por delegado seu, a fim de que esse delegado, agindo em nome do devedor, pague a importância devida ao órgão público credor;

d) provavelmente o inventor dessa solução “prática” considerou-a uma extraordinária “trouvaille”: se o devedor inadimplente é pessoa jurídica e o objetivo é obter que ela venda os bens dados em garantia, a fim de pagar à CAMOB, ou dê esses bens em pagamento à CAMOB, o problema se resume a obter que os representantes legais da pessoa jurídica assinem os atos jurídicos necessários; e se os diretores não o fazem, a solução é substituí-los por funcionário da CAMOB; desse modo, o órgão público domina, simultaneamente, os dois termos da relação jurídica - como credor e como representante do devedor.

Esse preceito do Decreto-lei nº 6.419/44, que é o marco inicial da legislação comentada, simboliza a monstruosidade e a iniquidade que a caracterizam.

É evidente que quem imaginou essa “solução prática”, tão engenhosa, era completamente ignaros nos mais mezinhos princípios jurídicos. Não tinha sequer um mínimo de “sentimento de justiça”, pois de outro modo perceberia que há alguma coisa de errado na solução de o estado, depois de escolher a via do direito privado para conceder empréstimo a uma pessoa jurídica, usar o poder de império para designar funcionário como representante legal do devedor a fim de que ele pratique, em benefício do estado, atos jurídicos (de direito privado) de disposição de bens do patrimônio do devedor. Aliás, a ignorância da distinção entre relações de direito privado e de direito público, assim como entre direitos patrimoniais do estado e poderes ou atribuições de autoridade, é uma das características da nossa legislação bancária.

O Decreto-lei nº 8.495/45 adicionou nova função à intervenção: permitir ao órgão de fiscalização da atividade bancária assumir, a pedido dos Diretores ou de ofício, a administração do banco em estado falimentar, a fim de tentar evitar a falência. Se esse objetivo não fosse atingido, a intervenção terminaria em liquidação ou por “qualquer outra medida legal cabível”.

Até a Lei nº 6.024, a intervenção não tinha efeitos sobre direitos dos credores do estabelecimento bancário e era efetivada sigilosamente, porque reconhecia-se que a divulgação da notícia causaria, inevitavelmente, uma “corrida” ao estabelecimento bancário, provocando sua falência imediata.

A Lei nº 6.024 eliminou a função original da intervenção (de instrumento de cobrança de créditos), atribuiu-lhe outra (sanção pelo descumprimento reiterado da legislação bancária) e criou nova hipótese em que podia ser utilizada para “regularizar” a situação de instituições financeiras: a existência de prejuízos, decorrentes de má administração, que sujeitem a riscos os credores da instituição.

Na legislação em vigor a intervenção é, por conseguinte, ao mesmo tempo modalidade de sanção e instrumento para que o estado assuma a administração da empresa financeira em dificuldade, ou em estado falimentar.

A grande inovação da Lei nº 6.024 foi, entretanto, tratar a intervenção como se fora concordata preventiva, ou moratória, ao atribuir-lhe o efeito de suspender a exigibilidade de créditos vencidos e prorrogar o vencimento das obrigações vincendas.

2.4. Intervenção como Instrumento para Evitar Falência - Um dos fundamentos da intervenção é a instituição encontrar-se em estado falimentar (caracterizado nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei de Falências).

A função da intervenção como instrumento para evitar a falência, tal como prevista na Lei nº 6.024, é um completo despropósito. Somente a legislador sem qualquer conhecimento do sistema financeiro pode ocorrer à ideia de evitar a falência de uma instituição financeira anunciando ao

mercado (mediante ato formal) seu estado falimentar, substituindo todos os administradores por técnicos das autoridades monetárias e impondo moratória de um ano no pagamento de suas obrigações.

É notório que as empresas financeiras dependem, em grau muito maior do que as que exploram qualquer outra atividade econômica, da confiança dos credores. Qualquer arranhão na credibilidade da instituição financeira pode determinar sua falência: em poucos dias, se banco de depósitos; e em período relativamente curto, se capta recursos de terceiros mediante títulos de sua emissão.

Não obstante, a Lei nº 6.024, ao regular a intervenção, não se contenta em anunciar formalmente ao mercado que a instituição está em estado falimentar: suspende seu funcionamento, porque ninguém pode pretender que uma empresa financeira em moratória possa continuar a captar recursos no mercado. A intervenção importa, portanto, suspensão de todas as operações passivas (e, conseqüentemente, das ativas) da instituição, que passa a funcionar em regime de acumulação de prejuízos (as despesas fixas continuam a ser pagas e não há receita de novas operações). É evidente que se há probabilidade de a instituição falir, o ato de intervenção transforma essa probabilidade em certeza. Aliás, a experiência da aplicação da intervenção confirma esse fato: não há notícia de instituição que, depois de sofrer a intervenção, tenha tido outro destino além de liquidação extrajudicial (ou da extinção por incorporação em outra).

A intervenção, como instrumento para evitar a falência, é um despautério. Não evita - precipita a falência, apenas adiada pela moratória.

Essa ideia de o Estado evitar a falência de uma instituição financeira assumindo a responsabilidade pela sua gestão surgiu em 1945. E desde aquela época o legislador parece dominado pela crença de que o insucesso das empresas financeiras resulta sempre de má administração e pode ser evitado com o afastamento de todos os administradores e sua substituição pelos técnicos do serviço público. Mas a atribuição do Estado deve ser fiscalizar as empresas privadas, e não assumir sua gestão quando estão em situação falimentar.

Parece, entretanto, que o legislador da Lei nº 6.024 percebeu que não era possível esperar que funcionários do Banco Central, por melhores que fossem assumidos, repentinamente, toda a administração de empresa em estado falimentar, tivessem condições de operá-la normalmente e evitar a falência. Talvez tenha nascido daí a ideia de suspender a exigibilidade das obrigações vencidas e adiar o vencimento das vincendas. Seria um modo de “dar tempo” aos novos administradores para que pudessem “tomar pé” nas funções e, aplicando seus conhecimentos técnicos, salvar a instituição.

Essa moratória é exemplo típico da escala de valores que prevalece na legislação comentada.

O legislador da Lei nº 6.024 preocupou-se “em dar tempo” aos funcionários do estado para desempenhar seu papel salvador, mas não sentiu nenhum embaraço em fazê-lo à custa dos credores da instituição financeira.

Supostamente, o Estado regula e fiscaliza o sistema financeiro no interesse do público que entrega suas disponibilidades monetárias ou seu capital às instituições do sistema. Ao obstante, se o Estado precisa dar tempo a seus fiscais para a tentativa (impossível) de evitar a falência, não tem o menor constrangimento em obter esse tempo à custa dos credores, que veem seus créditos bloqueados ou prorrogados e - em decorrência da inflação - substancialmente reduzidos.

Mas não se esgota aí a lista dos absurdos: outro exemplo dos desconchavos da lei é tratar a intervenção como instrumento para que o Banco Central obtenha informações que lhe permitam conhecer o estado real da instituição e definir o remédio adequado para seus problemas.

A leitura da lei dá a impressão de que o Banco Central, mediante a intervenção, entra pela primeira vez em terreno desconhecido, que precisa levantar e mapear, para nele se orientar. Mas as instituições financeiras estão sob fiscalização permanente do Banco Central. São obrigadas a levantar balanços semestrais e balancetes mensais, que publicam e enviam ao Banco Central. Essas demonstrações financeiras são analisadas com todos os recursos da técnica. Por conseguinte, o Banco Central conhece, permanentemente, o estado e as tendências de evolução de todas as

instituições financeiras do País. Realiza fiscalizações periódicas em todas elas. Sabe de tudo o que ocorre nos mercados monetários e de capitais, e quando percebe os primeiros sinais de que uma instituição está em dificuldade, promove imediatamente fiscalizações especiais.

Uma instituição financeira que é estritamente regulada (em termos de capital mínimo, limite máximo de operações passivas e requisitos de diversificação de aplicações) não chega ao estado falimentar de um dia para o outro. A mudança rápida no estado de liquidez pode ocorrer no caso de banco de depósitos que sofre uma corrida. Mas a intervenção certamente não é criada para essa hipótese (que é risco normal de qualquer banco de depósitos), pois uma das atribuições fundamentais do Banco Central é eliminar esse risco, funcionando como banco de segunda linha dos bancos de depósitos. Qualquer outro tipo de empresa financeira somente chega a estado falimentar após processo que dura, no mínimo, alguns meses e, normalmente, alguns anos. Quando o Banco Central decreta a intervenção já tem pleno conhecimento, a muito tempo, do processo de deterioração da instituição. Já teve ampla oportunidade para analisar seus problemas, fazer fiscalizações especiais e chegar a conclusões sobre os remédios adequados para corrigi-los. Por que, então, tratar a intervenção como se fora instrumento para que o Banco Central conhecesse a real situação da instituição, e em nome da necessidade de tempo para obter esse conhecimento, impor a todos os credores o congelamento e a perda substancial das suas disponibilidades ou do seu capital?

A intervenção da Lei nº 6.024, como instrumento para evitar a falência, constitui, portanto, um disparate e uma iniquidade.

2.5. Intervenção como Instrumento para Realizar Lucros - A outra função da intervenção na Lei nº 6.024 é a realização de lucros para compensar prejuízos, decorrentes de má administração, que sujeitem a riscos os credores.

Com essa função, a intervenção é ainda mais inapta do que a anteriormente comentada. Nessa hipótese não há, ainda, a caracterização do estado de falência. O que o legislador, na sua ingenuidade, provavelmente imaginou, foi dar poderes ao Banco Central para que pudesse agir “a tempo” e evitar a caracterização do estado falimentar: se os

direitos dos credores da instituição estão sujeitos a riscos, o Banco deve antecipar-se à ocorrência dos riscos, intervindo. O objetivo, obviamente, é usar a intervenção para evitar que se realizem esses riscos. Mas, aplicar a intervenção, nesse caso, não é evitar riscos, e sim antecipá-los, transformando-os em sinistro certo.

E como evitar riscos que nascem da acumulação de prejuízos? É claro que a ideia implícita é que o Estado, assumindo a administração da empresa financeira, vai fazer com que esta aufera lucros que compensarão os prejuízos, restabelecendo seu patrimônio líquido. Mas como é possível realizar esses lucros se a empresa, por efeito da intervenção, é declarada em estado de concordatária e fica impedida de operar? O efeito imediato da intervenção é acrescentar aos prejuízos já acumulados os prejuízos criados pela própria intervenção; e o efeito imediato - dentro de 6 meses ou 1 ano - é a decretação da liquidação extrajudicial.

Na origem desse dispositivo está a crença de que os problemas da empresa financeira resultam sempre de má administração. Mas, no caso, é a própria lei que nega aos técnicos do estado a oportunidade de evitarem a falência, ao atribuir à intervenção o efeito de suspender o funcionamento da empresa.

Vale destacar que o requisito legal de que os prejuízos resultem de “má administração” confirma essa crença. A lei somente autoriza a intervenção se os prejuízos decorrem de má administração, porque apenas nesse caso o Estado tem remédio eficiente a oferecer, que são seus técnicos. Se outras são as causas, o público, cujos créditos se acham sujeitos a risco, deve ter paciência e esperar, ou que a administração da instituição se recupere com seus próprios meios, ou que seja decretada a liquidação extrajudicial.

Em termos de imprecisão na definição legal de atribuições de tal importância, o preceito é exemplar. Como se caracterizam prejuízos de má administração, que sujeitem a risco os credores da instituição? Qual o volume de prejuízos acumulados que cria esse risco?

A norma afigura-se ainda mais esdrúxula quando se recorda que um dos instrumentos básicos da legislação bancária para assegurar a

estabilidade da instituição financeira é o requisito de capital social mínimo. Em toda sociedade anônima, é esse capital que constitui a garantia dos credores. No sistema financeiro, cabe ao Conselho Monetário Nacional fixar e rever e rever periodicamente o montante de capital social mínimo. Além disso, o volume máximo de operações passivas da instituição está sujeito a limite fixado em função do valor do seu patrimônio líquido.

Se, portanto, os níveis de capital social mínimo foram adequadamente fixados pelo Conselho Monetário Nacional, não é de um dia para o outro que uma instituição financeira pode realizar prejuízos de tal vulto que ponham em risco os direitos dos credores, ou seja, absorvem todas as reservas (que normalmente mantém) e parte do capital social. Mas, admitido que isso possa ocorrer, se a instituição está sob fiscalização permanente do Banco Central, o modo de evitar riscos para os credores não é o Estado afastar os administradores da empresa e substituí-los por seus técnicos. A solução óbvia é exigir que a instituição convoque sua Assembleia Geral para restabelecer o capital mínimo exigido para seu funcionamento. E se esse capital não é reposto em prazo razoável, a sanção há de ser a cassação da autorização para funcionar, não o Estado assumir a responsabilidade pelos destinos da instituição, mandando que seus funcionários a administrem na tentativa de recompor o capital mínimo mediante acumulação de lucros.

É certo que o Banco Central jamais usou essa competência discricionária que lhe foi atribuída pela lei e que nenhuma autoridade monetária de bom senso vai praticar, em casos concretos, o disparate inventado pelo legislador. Mas é preferível que ele seja eliminado da lei, para que esta possa merecer respeito.

2.6. Intervenção como Sanção pelo Descumprimento de Normas Legais ou Regulamentares - O paroxismo do disparate da Lei nº 6.024 encontra-se; todavia, na inovação de usar a intervenção como modo de punir infrações a dispositivos da legislação bancária.

A Lei nº 4.595/64 atribui competência aos órgãos executivos para aplicarem - às instituições financeiras e a seus administradores - sanções que incluem a advertência, a multa pecuniária, a suspensão do exercício de cargos, a inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos

de direção na administração ou gerência em instituições financeiras, e a cassação da autorização de funcionamento dessas instituições.

A Lei nº 6.024 parece ter considerado esse elenco de sanções insuficiente, e o legislador deve ter imaginado a intervenção como equivalente à pena de morte (da instituição ou dos seus administradores), quando as sanções da Lei nº 4.595 não produzissem o resultado desejado, ou seja, a observância da legislação bancária.

Parece, entretanto, que não percebeu que a pena de morte já estava prevista pela Lei nº 4.595: para os administradores e gerentes, a inabilitação permanente para o exercício de cargos em instituições financeiras, e para estas, a cassação da autorização para funcionar. E o que inventou, na verdade, foi à prática do genocídio como meio de punir uns poucos indivíduos ou uma organização.

A intervenção, como modalidade de sanção de normas da legislação bancária, equivale a jogar uma bomba atômica numa cidade de um milhão de pessoas para punir um (ou meia dúzia) de seus habitantes, ou uma organização nela estabelecida. A intervenção, tal como regulada na Lei nº 6.024, é mecanismo de destruição da sociedade empresária e da empresa financeira. Como admitir-se, então, que para punir administradores, ou mesmo a instituição, se recorra a um tipo de sanção que não atinge apenas os infratores, mas todos os acionistas e credores da sociedade empresária, os empregados da empresa, o sistema financeiro, os mercados monetários e de capital, e a própria economia do País?

Se o infrator é administrador da instituição, o Banco Central pode escolher entre adverti-lo, multá-lo, suspendê-lo temporariamente do cargo e até inabilitá-lo, temporária ou permanentemente, para o exercício de funções em qualquer instituição financeira. Se a infração é de responsabilidade da instituição, como pessoa jurídica, pode multá-lo ou cassar sua autorização para funcionar. Por que, então, deixar de usar essas modalidades de sanção e destruir a sociedade empresária e a empresa, com graves repercussões para milhares ou milhões de pessoas que nenhuma responsabilidade tem na infração, e para a própria economia nacional?

Nesse dispositivo manifesta-se uma das idéias dos autores do Decreto-lei nº 9.328, de 1946, que deixou sementes em vários preceitos da legislação comentada: a de que as empresas financeiras têm tal importância econômica e social que seus empresários, administradores e sócios devem ser responsabilizados coletivamente por tudo aquilo que acontecer de errado: se uma instituição financeira enfrenta problemas de liquidez ou de rentabilidade, se sofre ou causa prejuízos, ou se um dos seus administradores, ou o administrador principal, infringe disposições legais, não há que apurar responsabilidades nem culpados. Todos devem ser punidos, coletivamente.

A impressão que fica em quem analisa essa legislação é que o legislador estava convencido de que a disciplina normativa da atividade bancária torna impossível o insucesso de uma empresa financeira, a não ser como resultado da ação coletiva de ineptos e estelionatários. Por isso, imaginando situação que, no seu entender, não devia nem podia ocorrer, foi dominado por emoção incontrolável, que o tornou incapaz de discriminar fatos, pesquisar causas, identificar culpados, ou de qualquer outro pensamento racional. A única solução é a “supersanção”, proporcional à emoção, como instrumento da política de “terra arrasada”, que procura eliminar da superfície da terra, de uma vez por todas, uma área da realidade na qual alguém - cujo nome é indiferente - ousou contestar a autoridade sagrada do sistema normativo.

2.7. Instrumento de Fiscalização, e não de Gestão - Essas considerações demonstram que na revisão da legislação há que abandonar inteiramente o instituto da intervenção, tal como existe desde 1945 e, especialmente, tal como previsto na Lei nº 6.024.

Desde sua origem, a intervenção foi concedida para destituir administradores da empresa financeira. Primeiro, para que a CAMOB pudesse “contratar consigo própria”. Depois, para que o estado pudesse, através dos seus técnicos, salvar a instituição da falência ou gerar lucros para compensar prejuízos, eliminando o risco de credores. E, finalmente, como “supersanção”.

Em todas essas hipóteses a nota comum é a destituição de administradores. A intervenção ainda se explicava, por esse efeito, antes da

Lei nº 4.595. Mas a partir da época em que o Banco Central passou a ter atribuições para impor penas de suspensão do exercício de cargo de administrador, ou de inabilitação para o exercício de cargos dessa natureza, não há nenhuma razão para mantê-la.

É possível, todavia, que se reconheça a necessidade de instituir na legislação bancária, ao lado do regime normal de fiscalização, um regime especial mais estrito e a priori.

A experiência da SUMOC e do Banco Central mostra que a ideia de designar um interventor para a instituição financeira somente surge quando esta enfrenta dificuldade, pede às autoridades monetárias empréstimos para compensar quedas de depósito ou financiar a desmobilização de ativos, e:

a) a autoridade monetária perdeu a confiança no empresário, ou em um ou alguns dos principais administradores da instituição, e receia que os recursos fornecidos não sejam aplicados nas finalidades do empréstimo, que o justificam; ou

b) mesmo nos casos em que as autoridades continuam a confiar na capacidade e idoneidade do empresário ou dos dirigentes da instituição, o volume da assistência financeira atingiu tal nível que as autoridades se sentem no dever de tomar cautelas especiais para proteger os recursos públicos mutuados.

Acreditamos que, a partir dessa experiência, a lei deva instituir o que se denominaria “regime especial de fiscalização” (e não intervenção), cuja função seria, em fase de dificuldades da instituição financeira, aumentar os poderes de controle da autoridade (não transferir para o estado a responsabilidade pela sua administração).

Para que a imposição desse regime não seja, inevitavelmente, causa de liquidação, não pode ser ato público, nem ter por efeito automático a destituição de todos os administradores. O ato há de ser sigiloso, com o mínimo de perturbação na administração da instituição, para que, ainda que conhecida pelo mercado (o que fatalmente ocorrerá, devido à falta de sigilo que nos caracteriza), não implique, necessariamente, a perda completa da credibilidade da empresa.

Ainda sob esse aspecto é indispensável que a palavra intervenção seja apagada da legislação e que o novo regime seja claramente definido como “fiscalização especial”.

2.8. Regime especial de Fiscalização - O esboço - a ser elaborado e aperfeiçoado - desse regime geral de fiscalização, é o seguinte:

I - o regime poderia ser aplicado pelo Banco Central à determinada instituição em duas hipóteses:

a) assistência financeira prestada à instituição fora dos limites normais de redesconto ou de empréstimos destinados a atender à falta de liquidez conjuntural;

b) acumulação de prejuízos que importassem em redução, em mais de 20%, do capital mínimo, até que esse capital fosse restabelecido; ou, cancelada a autorização de funcionamento, até que o ativo e passivo fossem vendidos à outra empresa financeira, ou fosse decretada a liquidação extrajudicial;

II - a aplicação do regime caberia à Diretoria do Banco Central, em decisão sigilosa, comunicada, também sob sigilo, aos principais administradores da instituição;

III - enquanto em vigor o regime especial, o Banco Central poderia:

a) suspender do exercício de suas funções um ou mais administradores;

b) designar fiscal especial, que passaria a participar permanentemente da administração da instituição;

c) definir os atos de administração que ficariam sujeitos à prévia aprovação desse fiscal;

d) para que não haja necessidade de assembléias ou atos formais de modificação de diretores, as ordens do Banco Central seriam

sancionadas com graves penas pecuniárias e mesmo privativas de liberdade, impostas ao administrador ou acionista controlador que as descumprisse;

IV - o regime especial deveria ser suspenso tão logo cessassem suas causas.

3.0 - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

3.1. Razão de Ser da Liquidação Extrajudicial - A razão de ser da liquidação extrajudicial é a conveniência - econômica e social - de terminar, em prazo muito mais curto do que o que se observa no processo judicial de falência, a liquidação do patrimônio de instituição financeira falida.

Os credores das sociedades empresárias não financeiras são, em sua maioria, outras sociedades empresárias, cujos créditos decorrem de operações normais de compra e venda; e seu número, mesmo nas falências de grande vulto, é limitado.

Os credores de instituições financeiras são em número muito maior e compreendem, além de outras sociedades empresárias, o público em geral e os agentes da poupança que entregam à instituição suas disponibilidades monetárias ou seu capital financeiro. São credores de recursos líquidos, cuja perda ou imobilização pela falência tem repercussões econômicas e sociais muito mais importantes do que a perda ou imobilização de parte do capital de giro de sociedade empresária.

A ideia de entregar a administração da massa falida de bancos ao Poder Executivo somente se justifica pelo objetivo de rapidez e eficiência na liquidação. Seus pressupostos são que (a) o formalismo do procedimento judicial da falência - necessário para a proteção dos direitos de todos os interessados - não permite alcançar essa rapidez; (b) a liquidação do ativo de um banco requer conhecimento e técnicas de gestão especializados, que o síndico de falência nomeado pelo juiz nem sempre possui; e (c) a natureza das funções e o regime jurídico a que está sujeito o Poder executivo asseguram-lhe agilidade e flexibilidade necessárias para administrar e liquidar um patrimônio com mais eficiência do que pode ser alcançada no procedimento judicial.

3.2. Casos de Liquidação - A liquidação extrajudicial é processo falimentar próprio das instituições financeiras, que se distingue do regime geral da lei de falências apenas pelo fato de ser administrado pelo Banco Central, ao invés de processado em juízo. A Lei nº 6.024 contém algumas disposições especiais para o procedimento de liquidação judicial, mas a ele aplica-se, subsidiariamente, a lei geral de falências.

Não obstante essa natureza, a Lei nº 6.024 autoriza a decretação da liquidação extrajudicial por vários outros fundamentos além dos enumerados nos artigos 1º e 2º da Lei de Falências, a saber:

a) em razão de “ocorrências que comprometem a situação econômica ou financeira da instituição”;

b) quando “a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais”;

c) quando “a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários”;

d) quando, “cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 dias seguintes, sua liquidação ordinária ou quando iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores”;

e) a “requerimento dos administradores da instituição ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida”.

Esse elenco de casos de liquidação extrajudicial exemplifica o desprezo pelos direitos e interesses de credores e acionistas da instituição financeira, que caracteriza nossa legislação.

Mas uma vez encontramos, no artigo 15 da Lei nº 6.024, a solução da “terra arrasada” para o caso da inobservância de preceitos da legislação bancária, ou seja, a destruição da empresa cujo administrador desobedece a essa legislação.

Encontra-se aí novamente a atribuição de poderes discricionários a autoridades administrativas para causar, em hipóteses descritas com a maior imprecisão, danos irreparáveis a milhares de pessoas e à economia do País. Como é possível reconhecer a existência de ordem jurídica quando uma lei dá poderes à autoridade administrativa para destruir uma empresa, prejudicando acionistas, credores e empregados, se, a seu juízo, considera existirem “ocorrências que comprometam a situação econômica ou financeira da instituição, se a liquidação ordinária está se processando morosamente, ou se sofreu prejuízos que sujeitem “a risco anormal” seus credores”?

Em nenhuma dessas hipóteses configurou-se ainda a impontualidade nem os fatos descritos no artigo 2º da Lei da Falências, que justificam a instituição do concurso universal de credores. Há riscos, possibilidades, suspeitas ou temores de que a falência possa vir a ocorrer no futuro. E basta que esses riscos ou suspeitas existam - segundo o critério subjetivo da autoridade administrativa - para que possam ser convertidos na certeza dos prejuízos da falência.

3.3. O Fracasso da Liquidação Extrajudicial - A liquidação extrajudicial foi instituída para que o procedimento da falência de instituições financeiras pudesse se completar em prazo muito mais curto do que o processo judicial, no pressuposto de que esse procedimento, conduzido pela SUMOC ou pelo Banco Central, tivesse grau de eficiência muito maior que o processo judicial.

Se analisarmos, todavia, a experiência da aplicação do instituto da liquidação extrajudicial, chegamos à conclusão de que ou (a) os pressupostos em que se baseia são falsos, ou, (b) por erros da legislação ou daqueles que a aplicaram, o objetivo que inspirou e justifica o instituto jamais foi atingido: a comparação objetiva, sem preconceitos, dos resultados obtidos nas liquidações extrajudiciais e nos processos falimentares revela que a liquidação extrajudicial é mais demorada e ineficiente do que a judicial.

Vários são os exemplos de liquidação extrajudiciais cujo prazo se mede em decênios. Seu procedimento caracteriza-se pelo formalismo, a burocratização e a ineficiência. Não revela qualquer sinal daquela agilidade

e flexibilidade que se esperaria encontrar na ação do Poder executivo. Seu andamento não tem o estímulo do interesse e interferência dos credores (como ocorre na falência), porque estes são inteiramente afastados do processo, que é comandado, ex-auctoritate, por um liquidante que, em geral, não tem nem os recursos nem o apoio necessário para desempenhar suas funções. Boa parcela do insucesso na aplicação do instituto deveu-se, certamente, ao modo pelo qual os procedimentos de liquidação extrajudicial foram conduzidos, primeiro pela SUMOC e depois pelo Banco Central. Parece-nos, entretanto, que não é necessário examinarmos aqui esse tipo de causa do fracasso do instituto porque elas não podem ser corrigidas por lei e não pretendemos justificar proposta de seu abandono.

Uma conclusão, todavia, é inquestionável: é tempo perdido fazermos nova lei sobre liquidação extrajudicial mantendo o mesmo regime cuja ineficiência está amplamente comprovada, desenhar novo tipo de procedimento que permita alcançar o objetivo que o justifica, isto é, rapidez e eficiência na realização do ativo e pagamento dos credores.

3.4. Liquidação da Sociedade Empresária, e Não da Empresa - Antes de procurarmos determinar o que se pode fazer para tornar eficiente o instituto da liquidação extrajudicial, devemos firmar com clareza o princípio fundamental de que o objetivo deve ser a liquidação da sociedade empresária, preservando-se sempre que possível - a empresa.

Para compreender esse objetivo é indispensável ter presente a distinção entre a empresa, como organização formada pelo empresário e seus empregados, e a sociedade empresária, como organização de pessoas que se associam para desempenhar a função empresarial.

No sistema econômico de empresa privada, cabe ao empresário a iniciativa de (a) criar a empresa, reunindo os fatores de produção necessários, (b) administrá-la e (c) assumir os riscos econômicos do seu funcionamento, aplicando capital de risco. A empresa, como organização de produção econômica, é grupo social que não se confunde com o empresário. Este é apenas parte da empresa. Essa situação não se modifica se a função empresarial é exercida por sociedade comercial, ao invés de empresário individual. As relações jurídicas decorrentes do funcionamento da empresa têm por termo o empresário porque é da essência da empresa que este

assuma os riscos econômicos do seu funcionamento. Mas são duas coisas inteiramente distintas a impontualidade ou insolvência do empresário e a inviabilidade econômica da empresa.

A empresa é unidade de produção cuja criação requer outros investimentos além dos que são feitos pela sociedade empresária e estão registrados no seu balanço. Em toda empresa há uma quantidade - maior ou menor - de investimentos feitos pela sociedade - e não pelo empresário: em economias externas à empresa, na formação da mão-de-obra que emprega, nos subsídios e subvenção concedidos pelos poderes públicos, nos sobre preços suportados pelos consumidores de seus produtos durante a fase de implantação etc.

Uma empresa organizada e em funcionamento não é, por tanto, empreendimento apenas do seu empresário. É, simultaneamente, empreendimento da sociedade, ou do País, que nela investiu seus recursos. Destruir a organização da empresa porque a sociedade empresária tornou-se impontual ou insolvente é destruir valores que não pertencem ao empresário, mas à sociedade.

Não há, necessariamente, coincidência de falência da sociedade empresária e inviabilidade da empresa. Se a empresa é viável, mas seu empresário faliu, a solução lógica é mudar o empresário, e não destruir a empresa. Mesmo quando a empresa é inviável como unidade de produção autônoma, sua incorporação em outra será, na grande maioria dos casos, economicamente mais conveniente do que a destruição, pois permitirá preservar, ao menos em parte, os investimentos nela realizados pela sociedade.

Ao lado dessas razões econômicas não podemos esquecer outras, ainda mais importantes, que recomendam a orientação básica de evitarmos, sempre que possível, a destruição da empresa: a proteção dos interesses dos empregados; da comunidade, cuja vida econômica e social está ligada à empresa; dos compradores, fornecedores, usuários e terceiros que com ela negociam ou auferem, direta ou indiretamente, benefícios do seu funcionamento; dos poderes públicos que cobram tributos em função desse funcionamento, etc.

Cremos que essas noções estão hoje suficientemente difundidas e que não é necessário alongar a justificação da proposição de que a liquidação de uma instituição financeira, como de qualquer outra empresa de porte, é sempre solução econômica e socialmente indesejável, que somente deve ser adotada quando inviável preservá-la como unidade autônoma de produção ou incorporá-la em outra empresa. Aliás, essa é a orientação tradicionalmente adotada pelo Banco Central nas denominadas “soluções negociadas”. É certo que essas soluções têm sido fontes de críticas ao Banco Central. Mas essas críticas não se dirigem à solução em si (pois certamente nenhum dos críticos defenderia a destruição de uma empresa que pode ser preservada), e sim ao modo pelo qual são implementadas, exatamente porque a legislação em vigor não dá ao Banco Central os instrumentos jurídicos adequados para que possa liquidar a sociedade empresária preservando a empresa.

Por essas razões, a liquidação extrajudicial não deve ser tratada, na nova legislação, como processo de destruição de empresas, mas:

a) se a empresa continua viável como unidade de produção autônoma, o Banco Central deverá promover a substituição da sociedade empresária falida por outra;

b) se a empresa não tem condições para continuar a operar como unidade autônoma, mas puder ser incorporada em outra, o Banco Central deverá promover essa incorporação;

c) somente quando impraticáveis as duas soluções anteriores à empresa deverá ser desorganizada mediante despedida do pessoal, venda parcelada do ativo e rateio entre credores e acionistas.

Para que a empresa possa ser preservada é indispensável, entretanto, que as providências referidas nas letras a e b acima sejam decididas e executadas em dias, e não em anos.

3.5. Liquidação Fictícia e Não Liquidação Real - É óbvio que o procedimento tradicional da lei de falências, ainda que administrado pelo Banco Central, não pode servir a essas finalidades. Há, portanto, que criar novo instituto jurídico, ajustado às necessidades da economia

contemporânea, que permita liquidar a sociedade empresária sem destruir a empresa.

As linhas gerais desse novo instituto jurídico delinearam-se com clareza a partir do conhecimento da história e das funções da falência e do balanço patrimonial.

O Direito Comercial, criado, costumeiramente, pela acumulação de séculos de experiência, firmou a regra de que o empresário somente tem condições para continuar a dirigir a empresa enquanto paga pontualmente seus credores. No momento em que revela incapacidade de pagar em dia suas obrigações, é indispensável que o estado intervenha para desapossá-lo dos bens do seu patrimônio e instituir concurso universal dos credores. De outro modo, cada credor, agindo isoladamente, poderia cobrar-se mediante execução de bens singulares do devedor, e somente seriam pagos os mais diligentes, em prejuízo do princípio fundamental da responsabilidade patrimonial de que (ressalvadas as preferências admitidas em lei) todos os credores têm igual direito aos bens do ativo do devedor comum. Além disso, a experiência mostra que o comerciante impontual perde a capacidade de administrar com eficiência seu patrimônio e acaba por dilapidá-lo, aumentando o prejuízo dos credores. Pelo processo falimentar, o estado desapossa o devedor dos seus bens, inventaria os credores, realiza em dinheiro o valor dos bens e rateia o produto entre os credores admitidos à falência.

O processo falimentar foi delineado há cerca de cinco séculos para atender às necessidades de uma economia comercial, e não industrial, numa época em que a maioria do ativo dos comerciantes eram estoques ou créditos, de realização relativamente fácil, e não bens de produção, cujo valor somente pode ser realizado pela continuidade da operação da empresa; em que a dimensão das unidades de produção econômicas era mínima, se comparada à das empresas atuais; e em que ainda era desconhecido o fenômeno da grande empresa moderna, com suas implicações econômicas, sociais e políticas.

O processo falimentar, na sua forma tradicional de desorganizar a empresa para pagar os credores da sociedade empresária, quando aplicado às grandes e médias empresas contemporâneas, somente consegue atingir o

objetivo de assegurar igualdade de tratamento aos credores à custa de agravamento desnecessário do prejuízo desses credores, criado pelo desmantelamento do ativo fixo e a destruição de intangíveis cujo valor pressupõe a organização e o funcionamento da empresa, ou seja, sua capacidade de criar renda.

O conhecimento da origem e da função do balanço patrimonial indica o caminho que deve ser adotado no processo falimentar ajustado às necessidades da economia moderna.

As sociedades comerciais surgiram como associação de comerciantes para negociarem em comum (sociedades em nome coletivo), respondendo todos, solidariamente, pelas obrigações contraídas por qualquer um deles. Foram necessários vários séculos para que se chegasse à sociedade em que a responsabilidade dos sócios é limitada. A princípio essa limitação somente foi reconhecida aos sócios que contribuía com o trabalho na sociedade de capital e indústria e aos comanditários das sociedades em comandita. A solução, inventada pelos comerciantes e disciplinada pelo ordenamento jurídico, para conciliar a proteção dos credores da sociedade com a necessidade de limitar a responsabilidade dos sócios, foi o instituto do capital social, como quantidade mínima de patrimônio líquido que deve existir na sociedade para que os sócios possam transferir, em seu benefício, direitos do ativo social. O capital social cria, para os credores, a segurança de que o ativo patrimonial não será reduzido - em razão de transferências para os sócios - a valor inferior ao das obrigações sociais.

A princípio as sociedades de responsabilidade limitada foram criadas por prazo relativamente curto, em geral de sete anos, ao fim do qual eram liquidadas para que o resultado fosse apurado e rateado entre os sócios. Enquanto não terminava o prazo de vida da sociedade e não se completava a liquidação, demonstrando acervo líquido remanescente, não se admitia existência de lucros que pudessem ser distribuídos aos sócios.

O balanço patrimonial periódico, baseado na escrituração, foi a solução inventada para que a sociedade pudesse - antes do término do prazo e independentemente de liquidação - apurar a existência de resultados e distribuí-los antecipadamente aos sócios. Daí a noção original de que o balanço patrimonial é uma liquidação fictícia da sociedade: ao invés de se

proceder à liquidação real, como ocorria ao fim do prazo da sociedade, fazia-se a liquidação “escritural”, mediante levantamento do balanço.

Esta ainda é hoje (não obstante os princípios contábeis diferentes adotados no balanço de exercício) a função básica do balanço anual das sociedades de responsabilidade limitada: determinar a situação do patrimônio líquido para verificar se é maior do que o capital social e, por conseguinte, se há lucro distribuível aos sócios.

A solução para alcançar os objetivos da liquidação extrajudicial surge, naturalmente, quando se tem presente essa função do balanço: a liquidação deve redefinir os direitos de credores e acionistas com base em balanço patrimonial, deve ser uma liquidação fictícia, escritural, e não real, ou seja, sem realização do ativo em dinheiro e pagamento dos credores.

Esse tipo de processo falimentar, cuja finalidade não é vender ativo para pagar credores, mas dar à empresa nova sociedade empresária com capacidade de pagar os credores, não é novidade. Os Estados Unidos foram obrigados a recorrer a essa solução, há mais de 50 anos, para a falência de estradas de ferro, depois generalizada, sob a denominação de “reorganização”, como “Capítulo X” da Lei de Falências. A legislação moderna de vários países da Europa já prevê formas incipientes de procedimento semelhante, e essa foi a orientação adotada pelo artigo 3º do Decreto-lei nº 685, de 17.07.1969 para dar ao Banco Central os instrumentos jurídicos necessários à reorganização da “Dominium”.

3.6. Ajuste do Passivo ao Ativo e Reorganização da Empresa - O procedimento de falência, em sua essência, é execução coletiva de todos os credores do comerciante falido, para que prevaleçam os princípios fundamentais da responsabilidade patrimonial: (a) o capital financeiro aplicado no ativo do patrimônio pertence, preferencialmente, aos credores de suas obrigações, e somente o que excede dessas obrigações é capital de propriedade do titular do patrimônio; e (b) ressalvadas as preferenciais previstas em lei, todos os credores devem ser tratados igualmente.

A tutela que o estado promete aos direitos de crédito exerce-se, no caso de falência, através desse procedimento coletivo. E como ele foi imaginado numa época em que era mínima a intervenção do estado na

economia, à finalidade do procedimento é a mesma da execução singular, isto é, a venda forçada de bens do ativo do devedor para pagamento dos credores. Mas no caso de empresas médias e grandes modernas, essa solução não interessa nem à economia do País nem aos próprios credores. Para cada credor, o que importa é receber seu crédito no vencimento, e - se o ativo do devedor é insuficiente para pagar todos os credores - ser tratado com equidade, em termos da parcela de prejuízo que é obrigado a suportar. Se a desorganização da empresa, que é a solução da lei para efetivar a execução coletiva, aumenta o prejuízo e atrasa de anos o recebimento do crédito, qualquer credor, consultado, confirmará que prefere, ao invés do processo falimentar, a preservação da empresa com novo empresário capaz de pagar o crédito no vencimento (ou, se não for possível, com alguma extensão de prazo), pelo seu valor original, ou por esse valor reduzido da sua participação nas perdas apuradas na liquidação do comerciante falido.

A solução da “reorganização” em substituição ao procedimento falimentar tradicional, compreende, portanto, duas partes:

a) uma liquidação fictícia, com base em balanço patrimonial, cujo objetivo é ajustar o passivo do patrimônio ao valor real do ativo, distribuindo o prejuízo segundo as normas da responsabilidade patrimonial, ou seja: primeiro perde o titular do patrimônio e, se o ativo for insuficiente para pagar todos os credores, a diferença deve ser rateada equitativamente entre todos, tendo em conta as preferências legítimas;

b) a reorganização da empresa sob outra sociedade empresária, o que é alcançado mediante a constituição de nova sociedade ou a incorporação do patrimônio, como conjunto, em outra sociedade empresária.

Para que se defina, no processo falimentar, o montante total de prejuízos, e se proceda ao rateio desse prejuízo entre acionistas e credores, não é indispensável vender os bens, desorganizando a empresa e aumentando o prejuízo a ser rateado. Basta que se levante o balanço patrimonial. O que é necessário é que a lei, ao invés de mandar vender todos os bens do ativo, regule o levantamento desse balanço patrimonial e atribua competência à autoridade pública encarregada da liquidação fictícia

para formalizar o rateio do prejuízo, mediante cancelamento das ações do capital social e modificação dos direitos dos credores.

É claro que a avaliação de bens, como meio de apurar o prejuízo, não é tão segura quanto à venda. Mas essa desvantagem é amplamente compensada (a) pelo fato de que a liquidação fictícia preserva valores que são destruídos pela venda de bens do ativo e (b) pela rapidez na definição dos direitos dos credores, que, em qualquer caso, receberão seus créditos em porcentagem muito maior e em prazo muito mais curto do que no processo falimentar.

Adotada essa solução, a liquidação extrajudicial não importará, inicialmente, vencimento antecipado de todas as obrigações, mas apenas suspensão de exigibilidade, pelo prazo máximo de 60 dias, dentro do qual o Banco Central deve elaborar e aprovar o plano de reorganização, que compreenderá (a) o balanço patrimonial, (b) a redefinição dos direitos de acionistas e credores e (c) a definição do novo empresário da empresa. A lei deve regular os princípios a serem observados na elaboração do plano e seus efeitos, que podem compreender:

a) quanto aos acionistas, a redução do valor nominal ou o cancelamento de ações;

b) quanto aos credores, à redução do valor de créditos ou dos juros contratados, a extensão de prazos de vencimento e a conversão de parte dos créditos em capital social.

Quanto ao empresário, o Banco Central poderá criar sociedade, com ou sem participação de antigos acionistas e/ou credores, ou, após a liquidação fictícia, incorporar em outra instituição financeira o ativo e passivo da sociedade falida.

Se a solução de preservar a empresa for inviável, a lei deve assegurar ao Banco Central toda flexibilidade para vender partes do ativo a outras instituições e promover rateios parciais, de modo a efetivar, tão rápido quanto possível, o pagamento dos credores.

3.7. Reclamações Depois de Completada a reorganização - para que a reorganização possa alcançar os objetivos de preservar a empresa, reduzir

ao mínimo os prejuízos de credores de acionistas e evitar perturbações no mercado, é indispensável que ela se processe em prazo curtíssimo, o que somente pode ser obtido se as verificações de créditos e a apreciação de direitos alegados por interessados se processar depois, e não antes da reorganização.

Um dos motivos que contribuíram para o insucesso da liquidação extrajudicial foi à orientação de submetê-lo integralmente ao regime da lei de falências. Esse foi construído para regular situação em que todos os credores somente podem ser pagos à conta do ativo do devedor falido. Qualquer erro, malversação ou injustiça na arrecadação e realização do ativo, na habilitação e classificação de credores, ou no rateio do ativo, não pode ser corrigido. Além disso, o síndico em geral é um particular, credor da sociedade falida. Todas as circunstâncias contribuem para que a lei seja obrigada a instituir procedimento que não pode ser rápida, pois pressupõe habilitação de credores, julgamento dos créditos, avaliação e venda do ativo.

A reorganização de empresa deve, em regra, ser procedimento judicial. Mas, assim como a lei atribuiu à SUMOC e ao Banco Central competência para dirigir o processo de falência, pode cometer ao Banco Central a execução do processo de reorganização. E, como o interesse geral somente será protegido se a reorganização se completar rapidamente, é necessário que o Banco Central possa aplicar a lei ao caso concreto e reorganizar a empresa, deixando para uma fase posterior à apreciação de direitos dos interessados, que se resolverão sempre em perdas e danos. Essa solução é exequível no caso porque as instituições financeiras estão submetidas a regime de estrito controle e fiscalização que permite dispensar os procedimentos prévios de habilitação do julgamento de créditos. E, como o Banco Central tem ampla capacidade financeira para reparar qualquer erro que eventualmente cometa na liquidação e reorganização, a solução, ao mesmo tempo que preserva os direitos patrimoniais dos interessados, beneficia a todos os credores: eles preferirão receber com rapidez e pontualidade seus créditos, ainda que com o desconto da liquidação fictícia, a ficarem com seu capital imobilizado durante meses ou anos, como ocorre atualmente.

A lei pode prever, além disso, uma primeira liquidação provisória, com margem de segurança para ajustes posteriores, à vista de reclamações dos interessados.

É evidente que os atos do Banco Central, ao promover a liquidação fictícia e a reorganização, ficarão - tal como na liquidação extrajudicial - sujeitos à revisão do Poder Judiciário. Mas sempre a posteriori, e para assegurar indenização por perdas e danos. E essas eventuais indenizações certamente custarão muito menos que os Cr\$ 20 bilhões gastos com a liquidação de instituições financeiras nos últimos anos.

3.8. A Experiência das Soluções Negociadas e os Prováveis Efeitos da Reorganização - Nos últimos quatro anos, a liquidação de empresas financeiras falidas já custou ao Banco Central mais de Cr\$ 20 bilhões. E a maior parte desse prejuízo deve ser imputada à inépcia da legislação, que não assegura ao Banco Central instrumentos adequados para estancar a tempo, sem prejuízo para os credores, ou com prejuízos suportáveis pelo mercado, os processos de deterioração das instituições financeiras.

O que caracteriza essa legislação, desde sua origem, é o erro de supor que as “supersanções” garantem a observância de normas. Durante os últimos 34 anos, cada vez que a experiência demonstrava a ineficácia da legislação, a única ideia que ocorria aos legisladores era agravar as sanções. O resultado prático é que os instrumentos que a legislação dá ao Banco Central são tão violentos, causam tais prejuízos aos credores, aos acionistas e ao mercado, que nenhuma autoridade responsável ousa utilizá-los a não ser como último recurso, quando já esgotadas todas as possibilidades de outra solução, diferente da prevista na lei.

Os processos de falência das empresas financeiras começam sempre com problemas de liquidez, aparentemente conjunturais, e com o pedido de assistência financeira ao Banco Central. Aos créditos normais de redescontos sucedem-se os excepcionais, mas ainda aí tudo o que o Banco Central pode fazer é conceder os empréstimos solicitados, pois a única alternativa que a legislação lhe oferece é a intervenção, ou seja, a falência da instituição. Mas essa alternativa radical é descabida, porque a instituição ainda está com seu capital social íntegro e o vulto das operações em curso irregular ainda não justifica a previsão de falências inevitável. Decretar a

intervenção nessa fase inicial do processo seria causar prejuízos desnecessários a todos os interessados e ao sistema financeiro. E qualquer autoridade monetária que o fizesse seria unanimemente condenada como irresponsável.

Se os problemas da empresa financeira são estruturais, os primeiros empréstimos do banco Central mostram-se insuficientes e a situação econômica da empresa se agrava pelo aumento das aplicações ilíquidas ou de difícil realização. Mas, enquanto o mercado não toma conhecimento dos problemas da instituição, há sempre esperança de que ela possa ser recuperada com a assistência financeira do Banco Central, e como a única alternativa legal é a intervenção e liquidação, a assistência continua a ser prestada.

Depois de algum tempo, a notícia de que a instituição está com problemas vai se divulgando gradativamente no mercado, e ela passa a não conseguir aumentar, e, em seguida, manter, o volume de recursos de terceiros. A partir desse momento, acelera-se sua dependência do Banco Central, pela necessidade de empréstimos adicionais para que possa honrar as obrigações contraídas no passado e que se vencem mensalmente; e a empresa passa a operar com prejuízo econômico, consumido, gradativamente, suas reservas e seu capital social.

Afetada a credibilidade da instituição no mercado não há mais possibilidade de recuperá-la com a mesma sociedade empresária. A única solução para preservar a empresa é sua transferência para outro empresário, que mereça a confiança do mercado.

Ainda aí o banco Central procura evitar os prejuízos causados pela intervenção e a liquidação tentando a chamada “solução negociada”, que objetiva, pela via do negócio privado e com sua assistência, a substituição do empresário sem destruição da empresa e sem causar prejuízos a credores e ao mercado. O Banco chama o empresário e lhe comunica que não há mais possibilidade de manter a empresa em operação sob sua direção: ou transfere, por ato voluntário, o controle para outra instituição financeira, ou não restará ao Banco Central outra alternativa além da intervenção e liquidação.

Em geral o empresário é o último a reconhecer que é inviável reequilibrar a instituição sob seu controle e administração, e o estudo de propostas de soluções alternativas consome tempo precioso, durante o qual a empresa perde substância, em processo cuja velocidade é agravada porque seus administradores dedicam-se a formular e negociar soluções, ao invés de administrá-la.

Quando, afinal, os entendimentos para transferência de controle têm início efetivo, há, ao menos, um problema prático: nenhum empresário responsável compra qualquer empresa (e muito menos uma empresa financeira) sem garantia de ativo e passivo, e o empresário em dificuldades não tem patrimônio suficiente para tornar efetiva essa garantia. E se o patrimônio líquido da instituição nessa altura já é negativo, como não há instrumentos jurídicos para uma liquidação fictícia que permita a transferência do patrimônio sem ônus para o comprador, a operação é inviável se este não recebe do Banco Central alguma compensação pela aquisição de patrimônio cujo passivo é maior do que o ativo.

A história das muitas instituições financeiras que, nos últimos quatro anos, foram objeto de “soluções negociadas” ou (no caso de insucesso na negociação) acabaram em liquidação extrajudicial, ajusta-se, com pequenas variações, a esse modelo. E essa história repetiu-se exclusivamente porque a legislação em vigor só arma o Banco Central com instrumentos de efeitos catastróficos, que nenhuma autoridade executiva responsável tem coragem de utilizar enquanto mantém alguma esperança de evitar prejuízos para os credores e o mercado.

Essa experiência autoriza a convicção de que, instituída na lei à liquidação fictícia e a reorganização da empresa financeira, esse instrumento raramente chegará a ser formalmente utilizado, porque o Banco Central terá condições para agir com eficiência antes que a liquidação implique prejuízos para os credores. E, naqueles casos em que for utilizado, a reorganização se processará no mesmo dia da decretação da liquidação extrajudicial, porque já terá sido previamente estudada e formulada pelo Banco Central, durante o processo de deterioração gradativa da instituição financeira.

O legislador criou e agravou as “supersanções” na convicção de que elas conseguiriam assegurar a observância da legislação bancária, o que, por sua vez, eliminaria o risco do insucesso de empresas financeiras. O que conseguiu foi impedir que o Banco Central possa, sem aumentar os prejuízos de todos os interessados, interromper oportunamente os processos de deterioração das instituições financeiras, que por esse motivo se prolongam por tempo suficiente para que os prejuízos se acumulem até atingirem volumes astronômicos. O erro dessa orientação da legislação está demonstrado por mais de 30 anos de experiência de sua aplicação, e é tempo de se tentar algo diferente.

Se o Banco Central dispuser de instrumentos eficientes, poderá promover a reorganização da empresa antes que todo o capital próprio da sociedade empresária falida tenha sido consumido. E, neste caso, nenhum credor será prejudicado, nem mesmo em termos de prorrogação do vencimento dos seus créditos, porque todos os prejuízos serão suportados pelos acionistas da sociedade empresária.

Ainda, entretanto, que esse objetivo não seja sempre atingido, e que em uma ou outra liquidação os credores percam parte do seu capital, um regime legal que viabilize o reconhecimento dessa perda, desde que em prazo rápido, contribuirá para o desenvolvimento do sistema financeiro nacional, ao restabelecer o funcionamento do mercado.

Como o procedimento atual de liquidação não permite a pronta redefinição e o pagamento dos direitos dos credores, estabeleceu-se entre nós a praxe de que o Banco Central acaba por pagar todos os credores das instituições falidas. O resultado é que o fator segurança deixou de ser considerado pelos aplicadores de capital - nacionais e estrangeiros, os quais escolhem as instituições a que entregam seus recursos exclusivamente em função da rentabilidade, na crença de que o Banco Central, em qualquer caso, assegura o pagamento das obrigações das instituições financeiras brasileiras.

A partir da época em que for efetivada uma reorganização de empresa financeira, nos termos propostos, com a perda, pelos credores, de 5 ou 10% do valor de seus créditos, o próprio funcionamento do mercado se encarregará de selecionar as empresas financeiras, impedirá a criação e o

crescimento de empresas dirigidas por pessoas sem capacidade técnica ou idoneidade e reduzirá, de modo apreciável, o número de instituições financeiras falidas.

3.9. Casos de Liquidação na Nova Legislação - Pelas razões acima expostas, é inadmissível que a nova legislação continue a regular a liquidação extrajudicial como sanção pelo descumprimento de regulamento, ou a autorize em situações vagamente definidas, de risco para credores, quando ainda não se configurou o estado falimentar. A liquidação extrajudicial é o procedimento falimentar específico das instituições financeiras, e, em princípio, somente deve ser decretada pelos fundamentos definidos nos artigos 1º e 2º da Lei de Falências.

Para que o Banco Central possa exercer com eficiência suas funções e não se sinta inibido, pelas consequências catastróficas do seu ato, de usar os instrumentos legais adequados, é indispensável ajustar a caracterização do estado falimentar às condições peculiares do sistema financeiro, autorizando a decretação da liquidação extrajudicial em duas hipóteses não previstas na lei geral de falências:

a) o inadimplemento em empréstimos excepcionais concedidos pelo Banco Central à instituição, para evitar a falência ou financiar a desmobilização de ativos; e

b) se o acionista controlador da sociedade empresária, cuja autorização para funcionamento for cancelada, não promover, dentro de 60 dias, a transferência desse controle para outro empresário aprovado pelo Banco Central.

A primeira hipótese leva em consideração a realidade do funcionamento do sistema financeiro e visa a dispensar a prévia execução ou protesto de títulos contra a instituição financeira, como condição para a decretação da liquidação. No caso de instituições financeiras, a ocorrência das hipóteses previstas nos artigos 1º e 2º da lei de falências é excepcional, porque se a instituição entre em estado de iliquidez e não pode pagar pontualmente suas obrigações, recorre ao Banco Central, pedindo assistência financeira. A impontualidade que caracteriza a falência não é formalizada, portanto, pelo protesto de títulos de terceiros, mas pelo

inadimplemento nos empréstimos do Banco Central. Desse modo, caracterizada a falência, o Banco Central pode preparar a liquidação “fictícia” e a reorganização da empresa antes de decretar a liquidação, e as condições da reorganização serão anunciadas simultaneamente com a liquidação, com o mínimo de repercussão no sistema financeiro. É claro que a lei, para proteger os legítimos interesses dos empresários privados, deve definir com precisão a caracterização do estado falimentar e o aviso prévio que o Banco Central deve dar ao empresário (evidentemente de modo sigiloso).

A segunda hipótese acima mencionada é necessária para tornar possível ao Banco Central aplicar a sanção de cassar a autorização de funcionamento da sociedade empresária.

A cassação da autorização para a instituição financeira funcionar implica - salvo casos excepcionais - em falência da sociedade empresária, porque, ainda que esteja com seu capital social íntegro, seus créditos ativos têm vencimento em prazo mais longo do que as obrigações passivas e a liquidação ordinária não permite o pagamento pontual dos credores, a não ser que o Banco Central se disponha a financiá-la. Além disso, as mesmas razões que justificam a orientação de promover a reorganização da empresa no caso de falência da sociedade empresária recomendam que a cassação da autorização para funcionar seja sanção aplicável ao acionista controlador ou à sociedade empresária, e não à empresa. A lei deve estabelecer que, cassada a autorização, o acionista controlador tem o prazo de 60 dias para vender o controle da sociedade empresária, incorporá-la em outra instituição financeira ou vender a outra instituição ativo e passivo, sem desorganização da empresa. A comunicação da cassação deve ser feita de modo sigiloso, e durante o prazo concedido ao empresário à instituição ficará sob regime especial de fiscalização. Se ao fim do prazo o empresário não promover a transferência da empresa, o Banco Central pode fazê-lo, simultaneamente com a decretação da liquidação extrajudicial.

4.0 - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

4.1. A Responsabilidade Solidária do Decreto-lei nº 9.328/46 - Em matéria de responsabilidade civil dos administradores das instituições

financeiras voltamos a encontrar na legislação comentada as mesmas características anteriormente observadas: o desconhecimento de princípios fundamentais da ordem jurídica de um país moderno, a adoção da política de “terra arrasada”, o desprezo pelos valores jurídicos e pelos direitos humanos mais essenciais e a inépcia na utilização da norma jurídica como instrumento de organização de setores da economia.

Nos anos de 1944 a 1946, quando terminaram a ditadura de 1937 e a Segunda Guerra Mundial, predominavam no País bancos privados de pequeno porte, com todas as formas jurídicas de sociedade, inclusive empresas individuais; a legislação bancária era incipiente e a fiscalização de bancos deficiente; a inflação e a especulação imobiliária estimularam alguns banqueiros a se imobilizarem; alguns deles se revelaram administradores incapazes ou inidôneos, gerindo bancos e casas bancárias de modo temerário, ou em benefício próprio; e, no curso da inflação, a concordata ou falência de bancos ou casas bancárias com grande estoque de imóveis era um bom negócio para esses empresários.

A reação das autoridades encarregadas da fiscalização dos bancos, que dois anos antes já haviam inventado a intervenção, com a finalidade anteriormente comentada, foi à promulgação do Decreto-lei nº 9.328, de 10.06.1946, que instituiu, em caráter provisório, norma especial sobre responsabilidade dos Diretores de casas bancárias, nos termos seguintes:

“Art. 1º. Respondem solidariamente pelas obrigações que a sociedade houver assumido durante a sua gestão, os bens dos diretores dos bancos e casas bancárias sujeitas à liquidação extrajudicial regulada no Decreto-lei nº 9.228, de 3 de maio de 1946, ou que solicitarem concordata ou foram declaradas falidas, dentro de 1 (um) ano a contar da vigência desta lei, ainda que o seu capital seja constituído por ações”.

O fato de o Decreto-lei subordinar a solidariedade a concordata ou falência ocorrida no prazo de 1 ano deixa evidente o objetivo de evitar que empresários irresponsáveis recorressem, em seu benefício e em prejuízo do público, a essas medidas judiciais.

O artigo 1º do decreto-lei nº 9.326 não regulou a responsabilidade civil por atos ilícitos de administradores de bancos. Aparentemente, a intenção do legislador foi estender a todas as sociedades comerciais com

atividades bancárias, inclusive por ações, o princípio que caracteriza as sociedades em comandita, ou seja, solidariedade de Diretores ou Gerentes nas obrigações sociais.

Já foi referido que os sócios das sociedades comerciais, quando estas surgiram na Idade Média, eram sempre solidários nas obrigações sociais, porque ainda não havia sido inventado o instituto do capital social, e admitir a responsabilidade limitada dos sócios seria deixar sem proteção os credores da sociedade. As sociedades em comandita (simples ou por ações) representaram à fase intermediária na evolução das sociedades comerciais: os sócios que administravam a sociedade continuavam solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais, mas a sociedade podia ter sócios comanditários, cuja responsabilidade era limitada ao capital contribuído. Mas esse tipo de sociedade caiu em desuso na economia moderna, depois que o aumento da dimensão das unidades de produção impôs a utilização da sociedade anônima e da sociedade por quotas, em que a responsabilidade dos sócios é limitada ao capital social subscrito.

A responsabilidade solidária dos administradores de sociedades em comandita não tem por fundamento atos ilícitos praticados nessa qualidade, mas é da essência da forma jurídica de sociedade. É instrumento para proteção dos credores da sociedade contra o risco de que seus principais sócios a tornem insolvente transferindo para os patrimônios particulares bens do patrimônio social. Nessa modalidade de responsabilidade, não há que indagar a causa pela qual o credor social deixou de ser pago. Os administradores são solidários nas obrigações sociais desde que nascem, e o credor social que não é pago pode exigir sua prestação dos sócios solidários.

A solução de impor a todas as instituições financeiras a forma jurídica de sociedade em comandita, com a consequente responsabilidade solidária dos administradores nas obrigações sociais, embora discutível do ponto de vista da conveniência, ou da eficácia como instrumento de proteção dos credores, é inobjetable do ponto de vista jurídico. Mas, na verdade, o legislador de 1946 não conhecia essa distinção entre responsabilidade de sócio solidário e responsabilidade civil por atos ilícitos, e o que pretendia, realmente, era usar a responsabilidade solidária como instrumento de sanção pela prática de atos ilícitos. Essa intenção pode ser

inferida da própria norma legal, ao tornar responsáveis todos os Diretores, ainda que não fossem sócios dos bancos e casas bancárias, e do surgimento, a partir daquela época, da teoria da responsabilidade objetiva e coletiva dos administradores de instituições financeiras.

Nas sociedades em comandita, os administradores são solidários pelas obrigações sociais, mas somente sócio podem ser administradores. O fundamento da responsabilidade é a qualidade de sócio com poderes de administração, e não a prática de atos ilícitos no exercício dessa administração. No Decreto-lei nº 9.328, a responsabilidade decorria do exercício do cargo de Diretor, mesmo nas sociedades anônimas, em que a qualidade de acionista não é requisito para o exercício de cargos de administração.

Essa confusão entre responsabilidade solidária de sócio e responsabilidade por ato ilícito de administrador de sociedade anônima está na origem da figura teratológica da responsabilidade objetiva dos administradores de instituições financeiras organizadas como sociedades anônimas que, desde 1946, de tempos em tempos volta a ser defendida entre nós, com desembaraço e convicção incompatíveis com o mais embotado sentimento de justiça, e que é responsável pela ineficácia da legislação bancária e pela impunidade de muitos empresários e administradores de instituições financeiras, que se locupletaram à custa da economia popular ou do patrimônio público.

4.2. O Regime da Lei nº 1.808/53 - O Decreto-lei nº 9.328/46 aplicou-se apenas aos bancos e casas bancárias que impetraram concordata ou tiveram sua falência decretada no período de um ano. E a natureza transitória das suas normas foi confirmada pelo Decreto nº 9.346, da mesma data, que aprovou o regulamento para a liquidação extrajudicial de bancos e casas bancárias, no qual se estabelecia que o inquérito promovido pelo liquidante devia apurar as causas da suspensão de atividades do estabelecimento, a existência de infração aos artigos 119 e 120 da Lei de Sociedades por ações, a prática de quaisquer atos capitulados como crimes, e quais os responsáveis. Nenhum preceito desse regulamento (com força de lei) dispunha sobre a responsabilidade solidária dos administradores.

Em 1953, foi transformado na Lei nº 1.808/53 substitutivo a projeto, proposto em 1947, regulando a responsabilidade de Diretores de bancos e casas bancárias. Os dois primeiros artigos definiam essa responsabilidade e os demais regulavam o inquérito, que devia ser procedido pela SUMOC no caso de liquidação extrajudicial, com o fim de apurar a responsabilidade de Diretores.

Os três primeiros artigos da Lei nº 1.808/53 tinham a seguinte redação:

“Artigo 1º - Os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais que se dedicaram ao comércio de bancos deverão empregar, no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.”

“Artigo 2º - Respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, durante a sua gestão e até que elas se cumpram, os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedade por ações, ou de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada.”

“Parágrafo Único. A responsabilidade se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados pela inobservância do disposto nesta lei, sempre que for possível fixá-la”.

“Artigo 3º - Nos casos de liquidação extrajudicial de banco e casas bancárias, nos termos do Decreto-lei nº 9.228, de 03.05.1946, e leis subseqüentes, e, também, nos casos de concordata ou falência desses estabelecimentos, a Superintendência da Moeda e do Crédito procederá a inquérito para o fim de apurar se foi observada, pelos diretores e gerentes, a norma de conduta estatuída no art. 1º”.

A leitura do artigo 2º e seu parágrafo único deixam evidente que a Lei nº 1.808/53 adotou orientação inteiramente diversa do Decreto-lei nº 9.328/46, pois:

a) a lei regulou a responsabilidade civil de Diretores por atos ilícitos (praticados com culpa ou dolo) no exercício dos cargos de administração;

b) a responsabilidade foi limitada ao montante dos prejuízos causados pela inobservância da norma de conduta enunciada no artigo 1º;

c) o Diretor era solidário nas obrigações assumidas pelo banco durante sua gestão, mas essa solidariedade tinha por limite o montante dos prejuízos causados pelos seus atos ilícitos.

A Lei nº 1.808/53 não modificou, portanto, o regime geral da responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas, definido pelo então vigente Decreto-lei nº 2.627/40. O artigo 1º na verdade reproduz a norma do § 7º do artigo 116 do decreto-lei nº 2.627/40. E a responsabilidade pressupunha prejuízos causados por atos praticados com culpa ou dolo.

A única inovação da Lei nº 1.808/53, em relação à lei geral de sociedades por ações, foi tornar o Diretor solidário nas obrigações do banco perante terceiros até o montante da sua responsabilidade por atos ilícitos. Na lei de sociedades por ações, a responsabilidade do diretor é para com a sociedade, e cada a esta cobrá-la. A inovação da Lei nº 1.808 resumiu-se a dar ação aos credores do banco para cobrar dos diretores essa responsabilidade. As disposições do artigo 5º da lei deixam expressa essa intenção, ao definir a ação de responsabilidade contra os Diretores.

No regime da Lei nº 1.808 a responsabilidade solidária do diretor nas obrigações da instituição financeira pressupunha, portanto, responsabilidade por ato ilícito no exercício do cargo de administração. Os bens dos diretores não respondiam, diretamente, pelas obrigações sociais, mas pelos prejuízos decorrentes dos seus atos ilícitos. Sem a prévia apuração dessa responsabilidade por ato ilícito não havia responsabilidade solidária nas obrigações da instituição financeira.

4.3. A Teoria da responsabilidade Objetiva e Coletiva - Não obstante a clareza do texto legal, os órgãos da SUMOC encarregados de aplicar a Lei nº 1.808 não tomaram conhecimento do novo regime legal e continuaram a pretender definir a responsabilidade de administradores de bancos segundo princípios de um regime que imaginavam ser o conveniente para o sistema financeiro, e que pode ser assim resumido:

a) os diretores seriam incondicionalmente solidários nas obrigações assumidas, durante sua gestão, pelos bancos perante terceiros. A solidariedade não seria apenas daqueles que “tivessem procedido com dolo ou culpa”, como dispunha expressamente o artigo 2º da Lei nº 1.808, mas de todos os diretores. Seria uma solidariedade *ex lege*, automática, independente de qualquer condição;

b) os diretores também seriam solidários em obrigações - para com os bancos - de indenizar prejuízos, nascidas de atos ilícitos praticados por qualquer um deles. Já aí a solidariedade não seria mais nas obrigações dos bancos para com seus depositantes, como previsto na lei, mas em obrigações de reparar prejuízos, cujos devedores seriam os diretores e cujo credor seria o banco prejudicado. A tese importava em afirmar que a responsabilidade por atos ilícitos dos diretores dos bancos seria coletiva, e não individual: se um dos diretores praticava ato ilícito causador de prejuízo ao patrimônio do banco, todos os administradores seriam solidários na obrigação de indenizar, ainda que não tivessem sido coautores dos atos causadores do prejuízo, nem de qualquer outro modo tivessem contribuído, por ação ou omissão, para causar o dano;

c) todos os administradores de bancos seriam, portanto, “solidários na culpa”, uns dos outros. Essa tese, apresentada como corolário da anterior, refletia, evidentemente, o desconhecimento do conceito jurídico de obrigações solidárias, o que explica a construção dessa figura de teratologia jurídica que é a “solidariedade na culpa”;

d) a responsabilidade dos administradores de bancos seria “objetiva”, e não “subjetiva”, ou seja, independeria da imputabilidade dos prejuízos a cada diretor, mediante apuração da sua culpa ou dolo.

A conjugação dessas teses conduzia a conceito ao mesmo tempo nebuloso e caleidoscópico da responsabilidade dos diretores de bancos, que dispensava a própria verificação de nexo de causalidade entre os atos praticados por cada diretor e os prejuízos sofridos pelo banco. Os diretores seriam sempre solidários, tanto nas obrigações dos bancos para com os seus depositantes quanto na obrigação de qualquer outro diretor de reparar prejuízos causados por atos ilícitos; seriam “coletivamente responsáveis”, “solidários na culpa” uns dos outros; e como a responsabilidade seria

“objetiva”, não haveria que indagar da culpa de cada um, nem de nexo de causalidade entre os atos de cada um e os prejuízos verificados.

Para esse conceito de responsabilidade dos diretores de bancos, o objeto do inquérito previsto na lei se resumiria, portanto, à verificação da existência de prejuízos sofridos pelo banco: comprovada a existência desses prejuízos, todos os administradores seriam solidariamente responsáveis na obrigação de indenizá-los.

A incompatibilidade óbvia entre essas teses e o texto da Lei nº 1.808/53, acima transcrito, revela desde logo que elas não resultavam apenas de erros de interpretação legal, mas refletiam uma posição nitidamente ideológica que predominava no corpo técnico da antiga SUMOC: não obstante a definição legal da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, alguns dos aplicadores da nova lei continuaram a sustentar as mesmas teses de 1946 - já agora a título de interpretação da Lei nº 1.808/53.

A improcedência dessas teses como interpretação da nova lei foi logo a seguir demonstrada, no caso do Banco Nacional Interamericano, que abriu oportunidade para que eminentes juristas e o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestassem sobre o verdadeiro regime da Lei nº 1.808/53. Em pareceres que se acham publicados na Revista dos Tribunais, vol. 251, págs. 43 e seguintes, opinaram sobre a matéria TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, o Professor VICENTE RAO, cujo parecer foi subscrito pelo Ministro Costa Manso, e o Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA. E o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Acórdão unânime (nº 74.458, de 21.02.1956, publicado na revista dos tribunais, vol. 251, págs. 366 e segs.), apreciando Agravo de Instrumento ao pedido de arresto dos bens do Diretor-Presidente do Banco Nacional Interamericano, assim decidiu:

“No tocante ao mérito, merece o Agravo provimento porque nos Autos, mesmo independentemente das diligências que a bem de seu próprio interesse requereu o Agravante, não se demonstrou o fato de haver ele com qualquer culpa sua concorrido para que o Banco Nacional Interamericano S.A. precisasse recorrer à liquidação extrajudicial sob exame”.

.....

“Culpa é questão de fato que só por meio de fatos concretos comprovados se esclarece, e, no entanto, nenhum se apurou contra sua pessoa. Não se lhe imputou mesmo o descuido de ter assinado qualquer determinado papel onde existissem falsidades ou irregularidades que lhe fosse mister notar e não se lhe fez a acusação de ter realizado, dirigido ou facilitado pessoalmente qualquer negócio errado do estabelecimento bancário de que foi Diretor-Presidente”.

.....

A interpretação da Lei nº 1.808 foi posteriormente objeto de outro parecer, de SANTIAGO DANTAS, publicado na revista Forense, vol. 181, págs. 101 e seguintes, cuja conclusão é a seguinte:

“19. Não tenho, pois, à vista do exposto, a menor dúvida em afirmar que as conclusões do inquérito administrativo, levado a efeito pela SUMOC no Banco B., não induzem à responsabilidade, a título de culpa, do seu Diretor-Presidente, e que a interpretação correta do artigo 2º da Lei nº 1.808 não permite estender à pessoa e aos bens de um diretor isento de culpa o vínculo de solidariedade passiva, que o mesmo artigo instituiu entre o banco e os diretores culpados”.

4.4. A Invocação da Teoria do Risco em Matéria de Responsabilidade de Administradores de Instituições Financeiras - A partir dessa época, os defensores da responsabilidade sem culpa de administradores de instituições financeiras passaram a fundamentá-la na chamada teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva, construída a partir de uns poucos preceitos legais especiais que excepcionam o regime geral da responsabilidade civil por atos ilícitos.

Esse regime geral está definido no artigo 159 do Código Civil nos seguintes termos:

“Artigo 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

“A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

Esse regime geral prevê, portanto, como requisitos para o nascimento da obrigação de indenizar (a) uma conduta antijurídica, (b) imputável a alguém em razão de culpa ou dolo, (c) a ocorrência de um dano e a existência (d) de um nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O artigo 159 do Código Civil define a responsabilidade civil para as relações usuais da vida civil, de um modo geral. Nessa hipótese, a culpa própria do agente é elemento essencial. Onde não há culpa, não há responsabilidade. E a prova dessa culpa cabe ao prejudicado pelo ato ilícito, que pede a reparação do prejuízo sofrido.

Nem todas as hipóteses de responsabilidade civil reguladas na legislação em vigor reproduzem, entretanto, todos esses requisitos, ou têm os mesmos fundamentos do modelo geral do artigo 159 do Código Civil. A variedade das situações da vida social leva o Direito a construir - ao lado da geral - outras hipóteses especiais de responsabilidade civil, adaptadas às necessidades práticas de realização dos valores jurídicos. Assim, o próprio Código Civil prevê, nos seus artigos 1.521 e 1.527 a 1.529, casos de responsabilidade por fato de outrem ou de coisas, que a doutrina tradicional fundamenta na culpa in eligendo ou in vigilando. Nesses e em outros casos, a lei inverte o ônus da prova da culpa, presumindo-a em função do resultado da ação ou omissão, e por vezes limitando a prova da inexistência de culpa. Para outras situações, especialíssimas, a lei cria a obrigação de indenizar independentemente da verificação da existência de culpa: é a chamada responsabilidade por riscos criados, ou objetiva, a que a lei recorre pela necessidade de compor de modo mais equânime a distribuição de danos, e que somente é encontrada quando o agente, ainda que não seja culpado no ato que é causa próxima do dano, toma a iniciativa de desenvolver atividades que, apesar de lícitas, criam para terceiros riscos novos e excepcionais, como ocorre, por exemplo, na condução de veículos automóveis (em relação aos pedestres) e na navegação aérea (em relação às pessoas e coisas que se acham no solo).

A industrialização e a complexidade da vida social moderna obrigaram o Direito a definir umas poucas hipóteses especiais de responsabilidade sem culpa, o que justificou, no fim do século passado e no princípio deste, tentativas doutrinárias para encontrar novo fundamento unitário para todos os casos - geral e especiais - de responsabilidade civil,

que substituisse o fundamento tradicional da culpa. Daí as teorias denominadas do risco, da criação de perigo, da responsabilidade objetiva ou da garantia.

O entusiasmo inicial pela novidade da busca de outro fundamento, que não a culpa, para a responsabilidade civil, esgotou-se, entretanto, depois de algum tempo, no reconhecimento de responsabilidade com culpa presumida, ou independente de culpa, que fogem ao esquema geral da responsabilidade civil, não é suficiente para invalidar a doutrina tradicional, fundada na culpa, que é resultado da experiência acumulada na longa evolução da sociedade humana, a partir da sociedade primitiva, pré-lógica, dominada pela magia, limitada à materialidade dos fatos e incapaz de identificar racionalmente nexos de causalidade entre os fatos. Daí as reações da melhor doutrina (contra a pretendida generalização desses casos excepcionais tentada pelos propugnadores da teoria do risco), como a de PLANIOL - MARCEL:

“Esta nova doutrina (do risco), antes de ser um progresso, constitui um recuo que nos leva de volta aos tempos bárbaros, anteriores à Lei Arquiliana, quando se tinha em conta apenas a materialidade dos fatos. A partir das regras formuladas por essa lei, a idéia de culpa foi lentamente posta em evidência pelos jurisconsultos, com o auxílio de uma longa atividade de análise que teria que ser recomeçada se a idéia simplista do risco a substituisse”. (“Traité Élémentaire de Droit Civil”, II, nº 863 ter).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, expondo os fundamentos da responsabilidade civil, assim aprecia a teoria do risco e resume o pensamento da doutrina jurídica contemporânea:

“A teoria, como se vê, peca pelo excesso. Ela não distingue, sob color de pretender maior equanimidade na distribuição dos encargos, o justo e o injusto, nem promove separação entre o indivíduo que age em obediência à norma legal e o que procede ao seu arrepio, admitindo que o agente indistintamente responda pela conduta culposa, como pelas consequências imprevisíveis do ato não culposos (conf. ENNECCERUS, “Tratado De Direito Civil”, I, § 199). Ora, o que é preciso é fixar a causa da responsabilidade, que deve residir em um fundamento ético de apuração direta ou indireta, ao passo que na teoria em discussão o fato danoso gera a responsabilidade pela simples razão de prender-se à atividade do seu causador. Mas, como o prejuízo do lesado está, a seu turno, ligado ao

exercício de uma atividade, o dano, em verdade, nasce do choque de duas atividades. Logo, não é bem que se escolha, em substituição ao critério da culpa, um outro que às cegas atribua sempre ao outro o dever de indenizar o prejudicado (conf. COLIN et CAPITANT, nº 185).”

“Por isso, a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, que chegou a gozar de prestígio entre escritores do começo do século, não logrou maior desenvolvimento, e na atualidade encontra a repulsa da doutrina, ao menos no tocante à sua aplicação ampla com que se defendeu o seu préstimo (conf. PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, II, nº 922; COLIN ET CAPITANT, II, nº 183; DEMOGUE, “Obligations” SAVATIER, “Responsabilité Civile”, II, nº 279; MAZEAUD et MAZEAUD, “Responsabilité Civile”, I, nº 336 e segs.; LALOU, “Traite pratique de la Responsabilité Civile, nº 123).

“A teoria da culpa, saindo vencedora no embate, continua a ser fundamental na definição da responsabilidade civil, com os alargamentos que a jurisprudência lhe tem trazido. (“Instituições de Direito Civil”, vol. I, pág. 463).”

A invocação da teoria da responsabilidade objetiva como fundamento para a responsabilidade sem culpa de administradores de instituição financeira é uma falácia, decorrente de erro de raciocínio.

O fundamento da responsabilidade objetiva, nos poucos casos em que é admitida em lei, é o risco excepcional criado, em benefício do agente, pelo exercício de atividade.

O risco do acidente do trabalho, por exemplo, é peculiar à empresa. E como esta é organizada pelo empresário, que aufera os benefícios da sua operação, não é justo que o empregado acidentado suporte, sem indenização, a incapacitação para o trabalho porque o empresário não teve culpa no acidente. Este deve indenizar porque, embora sem culpa no fato causador do prejuízo, criou, ao organizar a empresa, o risco da sua ocorrência.

O fundamento é o mesmo nos casos de atropelamento por automóvel ou queda de avião com danos a pessoas ou coisas que se encontram no solo. Ainda que o acidente tenha resultado de força maior, não é eqüitativo que o prejuízo seja suportado pelos terceiros, já que o acidente somente aconteceu

porque o motorista e a empresa de navegação aérea, ao usar o automóvel ou fazer voar a aeronave, no interesse próprio, criaram o risco da sua ocorrência.

Em todas as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas na legislação (que se contam nos dedos), a pessoa obrigada a indenizar desenvolve - em benefício próprio - atividade que cria riscos especiais, ou excepcionais, de prejuízos a terceiros. Além disso, a instituição da responsabilidade objetiva é sempre acompanhada de limitação legal do montante da indenização ou de seguro compulsório, o que revela a sua natureza de mecanismo de distribuição dos prejuízos decorrentes de riscos criados por determinadas atividades.

Se o risco criado é o fundamento da responsabilidade objetiva, é evidente que esse conceito é inaplicável a administradores de instituições financeiras.

Os serviços financeiros são organizados e explorados por pessoas jurídicas, cujo funcionamento requer a ação de pessoas naturais, ocupando cargos de sua estrutura administrativa. Em que sentido se poderá, então, falar de riscos excepcionais criados pelos administradores ao aceitarem o exercício desses cargos?

Difícilmente alguém sustentaria a tese de que organizar empresa cujo objeto é a prestação dos serviços financeiros é criar riscos excepcionais. Mas ainda que tal tese fosse aceita, a responsabilidade objetiva seria da sociedade empresária, e não dos administradores, individualmente. Quem organiza a atividade e auferir seus benefícios é a sociedade empresária, e não o administrador. Este apenas exerce, no interesse da pessoa jurídica, cargos da administração. O exercício regular desses cargos em nada modifica os “riscos da atividade” explorada pela sociedade empresária. Somente seria possível falar de riscos criados pelo administrador, diferentes dos criados pela pessoa jurídica, quando praticasse atos ilícitos. Mas, neste caso, estaríamos de volta à culpa, como fundamento da responsabilidade civil do administrador.

Vale acrescentar que, se a responsabilidade objetiva é mecanismo de distribuição socialmente mais equitativa dos prejuízos causados pela

ocorrência de riscos excepcionais criados por determinadas atividades, é óbvio que ela não se ajusta à hipótese, pois não há equidade, mas iniquidade, em fazer com que diretores inocentes contribuam para indenizar prejuízos decorrentes de riscos criados pela pessoa jurídica que explora a atividade.

4.5. O Princípio da Incomunicabilidade da Culpa - A outra característica do regime que os propugnadores da responsabilidade objetiva procuram, há 34 anos, implantar no setor bancário, é a responsabilidade coletiva dos administradores, no sentido de que todos são “solidários na culpa”.

A confusão entre solidariedade na obrigação de reparar os prejuízos de ato ilícito, fundada na coautoria ou cumplicidade de duas ou mais pessoas culpadas pelo mesmo ato, e solidariedade na culpa, no sentido de comunicação da culpa de uma pessoa a outra inocente, é mais um exemplo da pobreza dos conhecimentos jurídicos da tese da responsabilidade objetiva.

O Código Civil conhece, certamente, a solidariedade na indenização com fundamento na coautoria ou cumplicidade:

“Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

“Parágrafo Único. São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no artigo 1.521”.

Mas solidariedade na culpa, no sentido de que uma pessoa inocente responde pela culpa de outra, é, no nosso Direito, conceito impossível (Const. Federal, art. 153, § 3º), como no de qualquer outro país civilizado.

SANTIAGO DANTAS (parecer citado, Revista dos Tribunais, vol. 251/105), depois de mostrar que o artigo 2º da Lei nº 1.808/53 não criava solidariedade entre os diretores culpados e inocentes, assim aprecia a ideia da comunicação de culpa entre diretores de sociedade anônima bancária:

“É de notar que a solidariedade entre os diretores, independentemente da boa ou má conduta de cada um, feriria um dos princípios básicos da ordem jurídica, que é o da incomunicabilidade da culpa. Cada um responde pela

própria culpa, e ninguém pode ser atingido, por força de disposição de lei, pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem”.

4.6. Alterações da Lei nº 4.595/64 e do DI nº 48/64 - Os propugnados da teoria da responsabilidade objetiva e coletiva não conseguiram fazê-la vingar, a título de interpretação da Lei nº 1.808/53. Nem por isto, entretanto, desistiram da política de “terra arrasada” ou se convenceram da inépcia da solução como instrumento para aperfeiçoar a gestão das instituições financeiras e proteger seus credores. Na oportunidade da elaboração da Lei nº 4.595/64, que disciplinou o sistema financeiro nacional e criou o Banco Central, voltaram a influir na redação da lei, a fim de eliminar o requisito de culpa ou dolo expressamente previsto no artigo 2º da Lei nº 1.808/53.

A Lei nº 4.595, ao mesmo tempo que, no artigo 25, impunha a forma de sociedade anônima a todas as instituições financeiras, dispunha, no seu artigo 42:

“Art. 42. O artigo 2º da Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, terá a seguinte redação:

“Art. 2º. Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante sua gestão, até que elas se cumpram.

Parágrafo Único. Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante”.

O redator do dispositivo baseou-se, evidentemente, no texto da Lei nº 1.808, mas não chegou a enunciar, pura e simplesmente, a responsabilidade objetiva e coletiva, que resultaria do caput do artigo, pois, no parágrafo único qualifica o enunciado geral do caput, subordinando a responsabilidade à existência de prejuízos. É inútil, entretanto, analisar o dispositivo, pois, como observa com acuidade o ilustre chefe do Departamento de Consultoria do Banco Central, Dr. Wilson do Egito Coelho, em ensaio sobre “A responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei e da Lei nº 6.024, de 1974”, se os redatores da Lei nº 4.595 tiveram a intenção de adotar as responsabilidade objetiva e coletiva, não atingiram seu objetivo, pois a nova redação do

artigo 2º da Lei nº 1.808/53, quando inserida no restante da legislação em vigor, não produziu esse efeito:

“Com o advento da Lei nº 4.595, de 1964, e por expressa disposição do seu artigo 42, o artigo 2º da Lei nº 1.808 foi alterado. Substituíram-se as denominações bancos e casas bancárias por instituições financeiras, harmonizando-se dessa forma o texto da lei de responsabilidade com a terminologia da nova lei bancária. Eliminou-se do texto alterado a expressão - que procederem com culpa ou dolo - além de se ter dado maior compactação ao artigo, ...

Há quem sustente que, com essa nova redação, o legislador pretendeu instituir para os administradores de instituições financeiras o princípio da responsabilidade objetiva, por adoração da teoria do risco criado, pois teria, propositadamente, excluído do novo texto a menção ao elemento subjetivo - culpa ou dolo. Mas, se o tiver pretendido, fê-lo mal, de modo ineficaz, eis que deixou intocados os artigos 1º e 4º da lei, que tratam da norma de conduta e da verificação de sua inobservância, elementos cuja apuração era preponderante antecedência na composição da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras”. (S.A. Para Empresários, coordenado por THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, pág. 71).

A aplicação da Lei nº 4.595 não chegou, todavia, a ensejar dúvidas de interpretação, pois pouco depois o Decreto-lei nº 48, de 18.11.1966, ao regular novamente a intervenção e liquidação extrajudicial, repudiou claramente a tese da responsabilidade objetiva e coletiva, ao dispor, no § 1º do seu artigo 1º:

“§ 1º. A intervenção e a liquidação judicial determinam à perda de mandato dos administradores e dos membros do Conselho Fiscal de entidade, os quais responderão, em qualquer tempo, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que tiverem incorrido”.

Se alguma dúvida ainda pudesse haver sobre a interpretação da nova redação do artigo 2º da Lei nº 1.808/53, ela foi definitivamente dissipada por esse dispositivo, que reafirma como elemento essencial da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, o nexo de causalidade entre a conduta de cada agente e determinado resultado, o que, por si só, exclui a idéia de responsabilidade coletiva e objetiva.

4.7. A Lei nº 6.024/74 - A Lei nº 6.024 consolidou a legislação anterior, revogando expressamente a Lei nº 1.808/53 e o Decreto-lei nº 48/66, e dispôs sobre a responsabilidade dos administradores e membros do Conselho Fiscal em dois artigos:

“Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiveram 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.

Parágrafo Único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados”.

Com base na leitura do caput do artigo 40, os defensores da tese da responsabilidade objetiva e coletiva passaram a afirmar que, afinal, depois de tantos anos, ela teria sido adotada pela legislação.

O Poder Judiciário ainda não teve oportunidade de apreciar a matéria e fixar a verdadeira interpretação da lei. Estamos convictos, todavia, que repudiará a interpretação que pretendem atribuir a esse dispositivo legal, porque:

a) a responsabilidade coletiva e sem culpa, pelo fato do exercício de cargo de administração de uma sociedade anônima, é solução iníqua, incompatível com a ordem jurídica e com o sentimento de justiça de nossos juízes;

b) a própria lei, no parágrafo único do artigo 40, limita a responsabilidade “ao montante dos prejuízos causados”; a responsabilidade pressupõe, portanto, nexos de causalidade entre a ação do diretor e o prejuízo, isto é dano que lhe seja imputável;

c) a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras não está regulada exclusivamente pelo artigo 40 da Lei nº 6.024, mas, simultaneamente, pelo regime da lei de sociedade por ações e pelos preceitos gerais do Código Civil; e como o ordenamento jurídico é um sistema, e não um agregado de normas, a interpretação sistemática da

legislação em vigor, sem a qual não há interpretação jurídica, conduz, necessariamente, à conclusão de que a responsabilidade de cada administrador é pessoal, e que ele só é solidário nas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até o montante dos prejuízos que tenha causado, por ato seu, próprio, praticado com culpa ou dolo.

4.8. A Comprovada Ineficácia da Responsabilidade Objetiva e Coletiva

- Os defensores da teoria da responsabilidade objetiva e coletiva continuaram, mesmo depois da curta vigência do Decreto-lei nº 9.326/46, a tentar fazê-la prevalecer, (a) influenciando na redação da legislação bancária posterior e (b) invocando-a, a título de interpretação dessa legislação, sempre que chamados a aplicá-la a casos concretos de liquidação extrajudicial.

A influência na redação dos textos legislativos não se traduziu, todavia, na adoção expressa da teoria, talvez porque nenhum legislador tivesse ousado editar norma afirmando de modo claro, inequívoco e convicto, que a responsabilidade por atos ilícitos dos administradores de instituições financeiras independe da culpa de cada um. O máximo que conseguiram foram dispositivos legais truncados ou imprecisos, que facilitam a tentativa de fazer prevalecer a teoria pela via da interpretação da lei.

O resultado prático da tentativa de aplicar a legislação em vigor como se essa estabelecesse a responsabilidade objetiva e coletiva foi a não responsabilização, nos últimos 25 anos, dos administradores de instituições financeiras entendem que não devem apurar a responsabilidade individual com base em culpa e dolo, porque a responsabilidade seria coletiva, criam as condições para que ninguém seja responsabilizado, por falta de provas.

Os objetivos dos defensores dessa teoria podem ser respeitáveis, mas a solução que propõem é inviável como regra de organização de uma economia moderna, porque disfuncional e iníqua.

Com ela jamais teremos no País a efetiva da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras falidas.

Embora propugnada como sanção para maus administradores, a responsabilidade solidária dos Diretores é ostensivamente justificada como proteção dos credores. Mas, com essa função, o preceito legal seria inócuo e significaria tentar voltar três séculos no relógio da história das economias ocidentais.

A responsabilidade limitada dos acionistas e a não responsabilidade dos diretores de sociedade anônima pelas obrigações sociais são princípios que se impuseram por necessidades prática, ao cabo de vários séculos de evolução das economias de mercado.

As sociedades comerciais nasceram como associações de pequeno número de sócios, todos participando ativamente da administração dos negócios comuns. O crédito era baseado exclusivamente na pessoa dos sócios, e o Direito não distinguia entre os patrimônios da sociedade e dos sócios, todos solidariamente obrigados.

A necessidade de reunir maior volume de capital criou novas formas de associação, nas quais alguns dos sócios eram administradores enquanto outros contribuíam apenas com capital, sem vincularem todo o patrimônio aos riscos da empresa. E foram necessários alguns séculos para que se chegasse ao modelo da sociedade anônima (com o conceito de capital social fixo e intangível, que constitui a garantia dos credores, em substituição à responsabilidade solidária dos sócios) para que pudesse reunir o volume de capital necessário à criação de empresas de maior porte.

A última etapa dessa evolução é a crescente dissociação entre a propriedade do capital, pertencente a acionistas que são meros aplicadores de capital de risco, e a administração das grandes companhias, que requer especialização profissional e divisão de trabalho.

A solidariedade dos sócios nas obrigações sociais somente é possível em pequenas empresas, com dois ou três sócios, que administram juntos os negócios sociais, tomando decisões em comum. E na comandita por ações, que pode atingir maior porte, a solidariedade dos gerentes impõe que sejam nomeados no estatuto por prazo indeterminado, com poder de veto sobre deliberações da Assembléia Geral em diversas matérias. De qualquer modo, a forma da comandita por ações já de há muito caiu em desuso.

O efeito prático de uma legislação que adotasse essa política seria a concentração exagerada das empresas financeiras, que conduziria, certamente, à estatização total do setor. Porque somente as grandes empresas financeiras estão livres do risco da falência, quer pela diversificação de suas operações, quer pelo interesse do próprio Estado em evitar as repercussões da falência de um grande banco. Nenhum empresário ou administrador profissional responsável, ou que tenha algum patrimônio pessoal em jogo, aceitará criar ou dirigir uma pequena ou média empresa financeira. Porque, ao contrário do que acreditam os defensores da responsabilidade objetiva, a estrita observância da regulamentação bancária não garante, por si só, o sucesso das pequenas e médias empresas financeiras, que estão sujeitas ao risco de falência, mesmo que seus empresários sejam tecnicamente capazes e idôneos.

A responsabilidade objetiva seria, portanto, mecanismo de seleção negativa: contribuiria para entregar as pequenas e médias empresas a empresários e administradores que não tivessem nada a perder, ou que não pautassem sua conduta pelo padrão que a lei fixa para os administradores das sociedades anônimas, do “homem ativo e probo”.

A verdade é que, salvo no Decreto-lei nº 9.328/46, a responsabilidade solidária independente de culpa jamais foi adotada. Mesmo na Lei nº 6.024 só há responsabilidade até o montante dos prejuízos causados pelos administradores. Não se trata, portanto, de solidariedade incondicional nas obrigações sociais, como instrumento de garantia de credores. Todas as leis a partir da nº 1.808/53, e inclusive a nº 6.024, declaram os administradores solidários, mas subordinam essa solidariedade a que sejam devedores em obrigação de reparar prejuízos causados à instituição e a limitam ao montante desses prejuízos. O preceito não importa, portanto, em modificar o direito comum, mas apenas em atribuir efeito adicional à responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas: o responsável por prejuízos decorrentes de atos ilícitos deve a reparação tanto à instituição quanto aos credores desta.

Esse efeito adicional é, na verdade, praticamente inócuo, e se algum dia fosse efetivamente aplicado conduziria a tratamento desigual dos credores da instituição financeira falida, em conflito com os princípios mais fundamentais da responsabilidade patrimonial e do direito falimentar.

É inócuo, porque nada acrescenta à garantia dos credores da instituição financeira, que é o ativo patrimonial desta. Se os administradores devem reparação ao patrimônio da instituição, o pagamento da indenização destina-se, preferencialmente, a pagar seus credores.

Ao assegurar, todavia, ação direta dos credores contra os administradores responsabilizados por atos ilícitos, a lei estaria admitindo que os credores mais ativos pudesse haver seus créditos diretamente do patrimônio dos administradores, fugindo à regra do rateio da liquidação falimentar.

Esse regime esdrúxulo e injusto que perdura desde 1953 resulta da confusão de conceitos e da obsessão punitiva que caracterizam a legislação comentada. Seus autores, ao redigi-la, não estavam preocupados em proteger os credores, mas em punir administradores de instituições falidas sem apurar a culpa de cada um, porque imbuídos de crença que todo insucesso de empresa financeira é resultado de incompetência ou má-fé. O que pretenderam foi responsabilizar, coletivamente, todos os administradores, obrigando-os a pagar os prejuízos causados por qualquer deles às instituições. O que defendem é a solidariedade na culpa, a comunicação da culpa de um a todos os demais. Mas essa idéia é repudiada pela consciência jurídica e pelo senso comum.

O erro da teoria da responsabilidade objetiva fica ainda mais patente quando a apreciamos do ponto de vista da eficiência. Há 3 décadas que as Comissões de Inquérito da SUMOC e do Banco Central a aplicam em casos concretos, e o resultado é que são raros (ou não existem) os casos em que administradores de instituições financeiras tenham reparado os danos por eles causados: a experiência mostra que essa teoria, ao invés de aumentar o rigor na apuração da responsabilidade de administradores, vem causando a não apuração dessa responsabilidade.

De acordo com a lei geral de falências, uma das atribuições do síndico é promover inquérito para verificar a existência de atos ilícitos do falido, e é esse inquérito que serve de base para os procedimentos civis e criminais. No caso das instituições financeiras, como as atribuições do síndico foram transferidas para a SUMOC e o BANCO CENTRAL, a lei cometeu a esses órgãos a função de promover o inquérito que serviria de

base para apurar, em juízo, a responsabilidade dos administradores. O que ocorre, na prática, é que os funcionários encarregados das Comissões de Inquérito, porque defensores da tese da responsabilidade objetiva deixaram e deixam de apurar a responsabilidade individual de cada administrador. O que o relatório do inquérito faz, depois de afirmar a responsabilidade objetiva e coletiva dos administradores, é definir o período de gestão de cada diretoria, relacionar as operações (contratadas em cada um desses períodos) que deram prejuízos, e concluir que todos os diretores de cada período são solidariamente responsáveis pelos prejuízos dessas operações.

Os relatórios de inquéritos, salvo raras exceções, não fornecem, portanto, os elementos de fato indispensáveis para a apuração, em juízo, da responsabilidade civil e criminal dos administradores. O resultado é que todos os administradores, inclusive aqueles que são culpados por atos ilícitos evidentes, deixam de ser responsabilizados.

A experiência mostra que a sociedade rejeita como corpo estranho, a lei profundamente iníqua. Ainda agora estamos assistindo à redução das penas de Lei de Segurança Nacional porque o próprio Superior Tribunal Militar era frequentemente levado a absolver réus para evitar a aplicação de pena mínima evidentemente excessiva.

A norma injusta nem sempre é identificável por todos, com base apenas no seu enunciado geral. Mas quando ela é aplicada a casos concretos, a injustiça torna-se evidente para qualquer um. Diante das situações concretas da vida, a autoridade ou o juiz encarregado da sua aplicação verifica que para observá-la deve praticar pessoalmente um ato que sua consciência jurídica e moral qualifica como iníquo. E quando ocorre tal conflito, os valores fundamentais da organização social acabam por prevalecer.

A história da tese da responsabilidade objetiva dos administradores de bancos comprova essa experiência: os arquivos da antiga SUMOC e do BANCO CENTRAL guardam muitos exemplos de casos em que ela foi claramente repudiada, para que a solidariedade em obrigações ou a indisponibilidade de bens não fosse injustamente estendida a técnicos ou administradores profissionais comprovadamente isentos de culpa, alguns deles pertencentes aos próprios órgãos federais (aposentados, em licença

ou, por vezes, a pedido das autoridades, como interventores de fato), que exerceram cargos em instituições financeiras submetidas a regime de intervenção ou de liquidação judicial.

4.9. Objetivos e Princípios de um Regime Justo e Eficaz - É inadmissível, portanto, que a nova lei sobre responsabilidade dos administradores de instituições financeiras volte a insistir em solução errada e iníqua, cuja ineficácia está demonstrada por experiência de várias décadas.

Um regime legal que declara todos os administradores igualmente responsáveis, independentemente da apuração da culpa de cada um na ocorrência dos prejuízos sofridos pela instituição, não contribui para melhorar o nível técnico e o comportamento ético na gestão das instituições financeiras, mas constitui empecilho à profissionalização da administração dessas empresas, especialmente das pequenas e médias, que são exatamente as que precisam ser estimuladas a promover essa profissionalização.

A dissociação entre a propriedade do capital e a administração da empresa, característica da economia moderna, é imposição da escala das empresas e dos conhecimentos especializados necessários à sua gestão. Esse fenômeno, que ocorre tanto nas instituições financeiras como em todas as demais empresas, deve ser estimulado pelas autoridades responsáveis pelo sistema financeiro nacional, porque a predominância do administrador profissional nas instituições, além de contribuir para a melhoria do nível de gestão, diminui o poder discricionário dos acionistas controladores que, de acordo com a nossa experiência, em geral está na origem da gestão temerária ou fraudulenta de instituições financeiras.

Um regime legal de responsabilidade que trata igualmente todos os administradores, proprietários ou profissionais, competentes ou incompetentes, diligentes ou omissos, honestos ou desonestos, há de ser fator afastar os administradores profissionais competentes e responsáveis do setor financeiro, especialmente das pequenas e médias empresas.

É evidente que uma sanção aplicada, indiscriminadamente, a todos os administradores, independentemente da ação de cada um, não constitui estímulo eficiente ao seu comportamento. A administração de instituição

financeira, como de qualquer outra empresa de porte, requer, necessariamente, divisão ou especialização de atribuições. Não há administração comum, no sentido de que os administradores participem, em conjunto, de todas as deliberações ou atos de gestão. E se cada administrador puder ser responsabilizado pelos atos dos demais, de que não participou nem tomou conhecimento, torna-se, na verdade, indiferente o comportamento individual: ainda que o administrador tenha comportamento impecável dos pontos de vista legal, técnico e ético poderá vir a ser responsabilizado por atos de terceiros para os quais não contribuiu nem por ação nem por omissão.

O princípio justo e eficiente e o constante do § 1º do artigo 158 da nova Lei de Sociedades por ações, que dispõe:

“§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedi-los a sua prática. Exime-se da responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à Assembléia Geral.”

A definição da responsabilidade dos administradores nestes termos cria estímulos eficientes à fiscalização mútua e à manifestação formal da dissidência de atos ilegais ou imprudentes. E a experiência da gestão de grandes empresas revela que a dissidência, expressa formalmente por um dos administradores, preocupado em excluir sua responsabilidade individual, é suficiente, por si só, para evitar a implementação das decisões que não resistam à crítica. O regime de responsabilidade objetiva, ao contrário, desestimula o funcionamento desse mecanismo interno de fiscalização, pois nega qualquer efeito prático à oposição do administrador ao ato da maioria ou de outro Diretor.

A responsabilidade de administradores de instituições financeiras não requer regime diferente do previsto, na lei de sociedade por ações, para todas as companhias. É o que mostra a experiência dos demais países do mundo ocidental, que não precisaram recorrer a regimes excepcionais para assegurar o funcionamento dos seus sistemas financeiros. Tudo o que a lei

bancária deve fazer é exigir que os estatutos e regulamentos internos das instituições financeiras definam com precisão a distribuição de competências entre órgãos de administração, Diretores e gerentes, para que cada administrador, ao praticar qualquer ato, possa avaliar sua responsabilidade, e para que essa responsabilidade possa ser efetivamente cobrada em caso de liquidação extrajudicial.

A experiência ensina que três causas principais estão na origem do insucesso das empresas financeiras:

a) operações ativas temerárias, sem garantias ou diversificação suficiente, ou feitas no interesse do empresário ou dos administradores, e que são fonte de imobilização ou de prejuízos;

b) má administração, no sentido de organização deficiente quanto a controles e auditorias, ou volume excessivo de despesas operacionais;

c) políticas tecnicamente erradas ou temerárias em matéria de captação de recursos ou aplicações.

Basta que a nova lei a definição precisa das atribuições dos órgãos e administradores nessas matérias para que raramente volte a observar-se, no futuro, o tipo de administração das instituições financeiras que os defensores da tese da responsabilidade objetiva e coletiva procuram há 30 anos, sem sucesso, evitar.

5.0 - INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

5.1. Origem - O Decreto-lei nº 9.328/46, ao estabelecer, em caráter provisório, a solidariedade de Diretores nas obrigações de bancos e casas bancárias, continha o seguinte artigo 2º.

“Em caso da liquidação extrajudicial compete à Superintendência da Moeda e do Crédito determinar a arrecadação dos bens referidos no artigo anterior, ou requerer o seu seqüestro em juízo”.

O Decreto-lei nº 9.346, da mesma data, que aprovou o regulamento para a liquidação extrajudicial, previu, entretanto, que “apurados, no curso

da liquidação, seguros elementos de prova, mesmo indiciária, da prática das irregularidades e crimes referidos nos artigos 5º e 12, letra d, por parte de Diretores, administradores, gerentes ou fiscais do estabelecimento liquidando, o liquidante os encaminhará ao Ministério Público a fim de que os culpados sejam processados e punidos e feito, quando seja o caso, o sequestro dos seus bens”.

A Lei nº 1.808/53 previa procedimento semelhante: concluído o inquérito e verificada, pela SUMOC, a inobservância da norma de conduta estabelecida no artigo 1º da lei, o inquérito devia ser enviado ao juiz da falência, que daria vista ao representante do Ministério Público, e este, se concluísse pela responsabilidade dos Diretores, ou Gerentes, devia promover “o sequestro dos bens dos mesmos, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade”.

A figura jurídica da “indisponibilidade de bens”, como efeito automático dos atos de intervenção ou liquidação extrajudicial, foi criada pela Lei nº 6.024, que em seu artigo 36 dispôs:

“Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades”.

“§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos 12 meses anteriores ao mesmo ato.”

.....

5.2. Significado e Consequências - É difícil escolher, dentre os absurdos da legislação comentada, o que pode ser apontado como o maior; mas certamente a indisponibilidade de bens da Lei nº 6.024 está entre os que merecem o título.

A análise da significação jurídica e das consequências da indisponibilidade já foi feita, em excelente monografia, pelo Dr. Nelson

Candido Motta. Contentamo-nos, aqui, em destacar alguns dos seus aspetos.

A indisponibilidade é invenção do legislador da Lei nº 6.024. O Direito brasileiro - assim como o das demais economias de mercado do mundo ocidental - não a conhecia. E o legislador que a inventou não sabia, obviamente, o que estava fazendo, pois nenhum legislador consciente e responsável cria um instituto inteiramente novo sem fazer um mínimo de esforço para regular as consequências da sua inserção no ordenamento jurídico em vigor. A Lei nº 6.024 apenas cria a indisponibilidade, como efeito automático da decretação da intervenção ou liquidação, regula sua extensão aos bens de outras pessoas além dos administradores, e prevê seu “levantamento”, se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízos, ou sua “convolação em penhora”, passada em julgado a sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores.

Para avaliar a significação da indisponibilidade é preciso conhecer algumas noções sobre os direitos patrimoniais.

Os direitos subjetivos e os deveres jurídicos classificam-se em duas grandes categorias, conforme possam, ou não ser apreciados em termos econômicos. Os que têm valor econômico são ditos patrimoniais, e os que não podem ser avaliados economicamente são os não patrimoniais.

Os direitos e deveres não patrimoniais (da personalidade, de família, políticos e civis) são intransmissíveis.

Os direitos e deveres patrimoniais são os instrumentos com que o sistema jurídico organiza a atividade econômica social; e em regra são transmissíveis porque o sistema econômico é, basicamente, um mecanismo de trocas.

A disponibilidade é, portanto, inerente à titularidade dos direitos patrimoniais, e é conceito mais amplo do que alienabilidade, porque compreende o poder do titular de renunciar ao direito ou de consumir seu objeto.

A lei admite e regula, em alguns casos, a inalienabilidade de bens ou a intransmissibilidade de direitos patrimoniais, definido seus efeitos. O

mesmo não acontece com a indisponibilidade porque o legislador da Lei nº 6.024 não imaginou suas consequências, ou com elas não se preocupou.

Algumas das consequências em matéria de direito das sucessões e direito de família exemplificam a imprevidência do legislador. Por exemplo: o que ocorre no caso de morte do titular do bem indisponível? Se não há sucessão no momento da morte, os bens ficam sem titular? Tem algum valor jurídico o testamento feito pelo titular de bens indisponíveis?

Mas é em matéria de responsabilidade patrimoniais que a figura da “indisponibilidade de todos os bens” de uma pessoa revela, em toda a extensão, o despropósito de ideia, incompatível com princípios fundamentais do ordenamento jurídico da atividade econômica.

Essa incompatibilidade somente é percebida quando se tem uma noção do que é responsabilidade patrimonial e do seu papel na organização da atividade econômica social.

5.3. Responsabilidade Patrimonial - Os direitos patrimoniais podem ser classificados segundo diversos critérios, mas o que interessa aqui destacar é a distinção básica entre direitos reais (ou de exclusão) e direitos de crédito (ou de cooperação).

Os direitos reais asseguram ao titular poder sobre determinados bens, com exclusão de todas as demais pessoas. O dever dessas pessoas consiste em abster-se de atos que possam turbar o exercício do direito. O objeto do direito é o bem, e o direito exerce-se contra todos em geral.

Os direitos de crédito têm estrutura inteiramente diversa. Asseguram ao titular poder de exigir determinada ação do sujeito passivo. Seu objeto é a prestação de um ato que pode ser de dar, fazer ou não fazer. O poder que assegura exerce-se, portanto, apenas contra o sujeito passivo.

Essas características dos direitos reais e de crédito põem em evidência que os primeiros conferem ao titular poder autônomo, de exercício mais seguro porque não requer ação de terceiros. Como têm por objeto coisas, pressupõem - para serem exercidos - apenas a abstenção das demais pessoas. Os direitos de crédito, diferentemente, dependem da cooperação do devedor, pois seu objeto é um ato do sujeito passivo.

O titular do direito de crédito tem o poder jurídico de exigir do devedor a prática do ato quer é a prestação, mas esse poder é limitado porque o ato do devedor é movimento próprio, dependente da vontade do agente e impossível de realizar-se sem a sua cooperação.

O direito de crédito, não obstante essa desvantagem, é fundamental na organização da economia de trocas. O aumento de produtividade requer especialização e esta implica intensificação das trocas, que são organizadas com os direitos de crédito. Daí o interesse da sociedade em preservar a eficácia desses direitos, como instrumentos da cooperação econômica social.

A relação obrigacional era concebida, na sua origem, como vínculo que ligava a própria pessoa do devedor. Por isso, a princípio, se a obrigação não era cumprida o credor podia dispor da vida, do corpo ou da liberdade do devedor.

A grande revolução no direito das obrigações foi a mudança do objeto da execução - da pessoa para os bens do devedor. A garantia do direito de crédito deixou de ser a ameaça de morte ou esquiteamento, ou o poder do credor de escravizar o devedor, e passou a ser os bens deste. A partir daí, toda obrigação precisa - para que possa ser executada - estar ligada a um ativo patrimonial. Os direitos que formam esse ativo são a garantia das obrigações a ele vinculadas, porque são os únicos sobre os quais o estado promete a execução da obrigação.

Essa é a razão pela qual o plano dos direitos e obrigações patrimoniais tem estrutura peculiar, diferente dos não patrimoniais: os direitos e obrigações estão sempre dispostos em patrimônios, ou conjuntos de direitos e obrigações conexos entre si; não existem direitos e obrigações fora de patrimônios, ou localizados em espaços interpatrimoniais; a estrutura é celular, e o patrimônio desempenha papel análogo ao da célula no organismo.

A função do patrimônio é, portanto, garantir os direitos de crédito. E grande número de preceitos da lei explicam-se pela necessidade de assegurar a eficácia dessa garantia.

O princípio fundamental do Direito Civil Moderno, introduzido pelo Código de Napoleão, é o da igualdade de tratamento de todos os credores de cada pessoa. Ele traduz a reação contra o Direito antigo, que conhecia diversos patrimônios da pessoa natural conforme os bens imóveis ou móveis, adquiridos ou herdados, do pai ou da mãe. E reflete ideal de igualdade, fundamental na organização social moderna. Em muitos casos a lei reconhece a conveniência, utilidade social ou justiça da instituição de preferência entre credores, ou da formação de patrimônios especiais. Mas a regra fundamental da responsabilidade patrimonial é que cada pessoa tem um único patrimônio geral e todos seus bens, presentes ou futuros, garantem suas obrigações.

Essa garantia é do tipo flutuante, no sentido de que não impede o titular do patrimônio de dispor dos bens que, em cada momento integram o ativo, desde que o faça sem fraude aos credores; e somente em caso de execução a obrigação é vinculada, através da penhora, a determinados bens.

Se no vencimento da obrigação pecuniária o devedor não a paga voluntariamente e o credor pede a tutela do estado para executá-la, o juiz ordena a expropriação de bens do ativo do devedor em valor suficiente para o pagamento, promove a realização em dinheiro desse valor, e se substitui ao devedor na ação (que este deixou de praticar voluntariamente) de dar dinheiro ao credor. Se o devedor é insolvente, ou o comerciante que tem sua falência declarada, instala-se concurso, a fim de preservar o princípio da igualdade de tratamento de todos os credores.

O regime legal da responsabilidade patrimonial é, portanto, a base sobre a qual é construído todo o direito das obrigações, do qual, por sua vez, depende a organização de todas as modalidades de cooperação social que dizem respeito à circulação econômica e à distribuição de renda. Esse regime foi construído com base na experiência de séculos e permeia todos os ramos do Direito. E inúmeras são as normas com que a lei procura assegurar sua eficácia, dentre as quais basta lembrar, para os nossos fins, a fraude contra credores (como fundamento da anulação de atos praticados pelo titular do patrimônio) e as medidas cautelares de arresto e sequestro de bens (a que o credor pode recorrer quando há fundadas razões para o receio de que o regime da responsabilidade patrimonial venha a ser fraudado). Esse regime tem razoável grau de eficiência, o que é demonstrado pelo fato

de que assegura o funcionamento regular da economia e a eficácia das mais diferentes modalidades de obrigações.

5.4. Efeitos da Indisponibilidade Sobre a Responsabilidade Patrimonial

- Essas noções são suficientes para que mesmo o leigo possa avaliar a contradição em termos que significa a existência, no mesmo ordenamento jurídico que instituiu esse regime, de dispositivo legal que, em determinada hipótese, destrói, nos seus fundamentos, o mecanismo da responsabilidade patrimonial de alguns devedores, deixando seus credores inteiramente ao desamparo de qualquer tutela do Estado.

Quem se coloca do ponto de vista desses credores percebe, com facilidade, toda a extensão da monstruosidade criada pela Lei nº 6.024.

Para tornar viável a circulação e a repartição da renda, e a própria vida social, a ordem jurídica constrói um mecanismo cuja função é estimular as pessoas a confiarem umas nas outras. O Estado promete formalmente aos credores sua tutela, sob a forma de execução dos bens do devedor, se este não pagar a obrigação no vencimento; e, se o ativo do devedor comum for insuficiente para pagar as obrigações, promete tratar igualmente a todos os credores, ressalvadas as preferências expressamente previstas na lei, que somente são admitidos por motivos socialmente importantes. Mas, simultaneamente, em dispositivo perdido na legislação bancária, o mesmo estado cria hipótese de indisponibilidade de todos os bens de determinados devedores. Ocorrendo a causa da indisponibilidade, nem o devedor pode, voluntariamente, usar bens do seu ativo para pagar suas obrigações, nem os credores dessas obrigações podem executar os bens do devedor.

Qualquer um pode sentir os absurdos que são criados por essa providência. O portador de boa-fé de um título cambiário, inclusive cheque, de emissão do administrador da instituição financeira, fica na posse de papel sem nenhuma substância econômica porque não pode ser cobrado. O credor por hipoteca regularmente inscrita no registro de Imóveis não pode mais executar os bens gravados. O filho, a ex-mulher, ou os ascendentes, credores de prestações de pensão alimentícia, podem morrer de fome porque não têm mais a quem recorrer. E os próprios órgãos públicos ficam impedidos de cobrar créditos tributários.

Essa perversidade do estado ainda se afigura mais clamorosa quando se considera que os administradores de instituições financeiras são devedores que, em tese, são mais confiáveis do que quaisquer outros, pois têm sua credibilidade atestada formalmente pelo próprio estado, ao aprovar, através do Banco Central, sua indicação para o exercício do cargo.

A monstruosidade da Lei nº 6.024 resulta do fato de que ela destrói, nos seus fundamentos, o mecanismo da responsabilidade patrimonial de que dependem todas as demais obrigações reguladas no ordenamento jurídico.

Se o legislador julgasse socialmente tão importante a obrigação de indenizar a massa falida de instituições financeiras e tivesse noção do que estava fazendo, criaria para essas obrigações uma “superpreferência”, na frente dos créditos trabalhistas, fiscais ou previdenciários, dos direitos reais e de todos os demais privilégios, gerais ou especiais, previstos na lei. Poder-se-ia discutir a escala de valores desse legislador, ao julgar que os credores de instituições financeiras são os mais importantes no País. Mas, ao menos, o legislador não teria anulado os direitos de todos os demais credores do administrador da instituição financeira, que continuariam a ter a possibilidade de realizar seus créditos. Mas o legislador da Lei nº 6.024 não se contentou com essa preferência: destruiu o próprio mecanismo da responsabilidade patrimonial. Esse mecanismo é aplicado em todo o País e assegura a funcionalidade de todos os tipos de relações obrigacionais imagináveis. Mas talvez porque o legislador do setor bancário o considere mais importante do que todo o resto do País, não teve nenhum constrangimento em destruir os fundamentos da ordem jurídica privada para alcançar seus objetivos.

É possível que o legislador não tenha querido, nem mesmo imaginado, essas consequências. Talvez tenha pensado na indisponibilidade como modo de punir administradores de instituições falidas, já que em vários outros dispositivos revela sua obsessão por “supersanções”. Como é partidário da política de “terra arrasada”, ao invés de usar arma de fogo que atinja apenas o administrador visado, joga uma bomba no local onde ele se encontra, destruindo todos e tudo nas circunvizinhanças. E, a comprovar sua irresponsabilidade, nem sequer espera para verificar se os administradores causaram prejuízos à instituição financeira: joga a bomba

desde logo, antes mesmo do início do procedimento para apurar se houve prejuízo e se esse prejuízo é imputável a alguém.

O intérprete que pressupõe a racionalidade do legislador tentará explicar a indisponibilidade dizendo que ele ficou com receio de que no meio tempo, enquanto se apuram as responsabilidades, os bens do administrador desapareçam. Se essa é a explicação da norma, a conclusão é de que o legislador, embora racional, desconhecia a legislação em vigor ou não sabia como usar os instrumentos legais. Talvez ignorasse os mecanismos da legislação em vigor para proteger credores contra essa eventualidade. Esses mecanismos são suficientes para garantir todas as demais espécies de obrigações reguladas pelo ordenamento jurídico, que existem, são cumpridas, protegidas ou cobradas, sem necessidade de “supersanções”. É possível, todavia, que embora conhecedor desses mecanismos, não soubesse como usá-los, e daí ter preferido construir a figura da indisponibilidade.

5.5. Solução Demagógica e Ilusória - É evidente que a obrigação do administrador de instituição financeira de reparar prejuízos causados por atos ilícitos nada tem de tão diferente de todas as demais obrigações que justifique a preocupação do legislador de instituir providências adicionais para sua proteção e realização. Se os mais importantes créditos da vida social e econômica existem, são protegidos e cobrados sem medidas excepcionais, por que o crédito contra administradores de instituições financeiras não pode ser protegido e cobrado segundo o regime geral?

A verdade é que a indisponibilidade é uma solução demagógica e ilusória.

Demagógica porque o objetivo do legislador é apenas dar a impressão ao público de que é extremamente severo com os administradores de instituição financeira, ainda que essa imagem seja criada à custa de providências que anulam direitos de terceiros de boa fé.

Ilusória, porque o legislador sabe que a indisponibilidade somente atinge os administradores honestos e inocentes: por isso mesmo que a lei anuncia a indisponibilidade como efeito automático da intervenção ou liquidação, aqueles que merecem ser responsabilizados, civil e

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

criminalmente, têm tempo para tomar as precauções necessárias a fim de evitar que a medida, no seu caso, tenha quaisquer consequências práticas.