



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, EM FACE DA LEI BANCÁRIA

LUIZ ALFREDO PAULIN

1. Sujeitos ativos: 1.1 Introdução; 1.2 Conceito de administrador; 1.3 Do conselho de administração; 1.4 Diretoria; 1.5 Sócios-gerentes; 1.6 Administrador de fato — 2. Condutas comissivas e omissivas: 2.1 Introdução; 2.2 Condutas comissivas; 2.3 Condutas omissivas; 2.4 Responsabilidade por omissões; 2.4.1 Lei ou regulamento; 2.4.2 Atribuição inerente ao cargo; 2.4.3 Estatutos ou contrato social; 2.4.4 Responsável perante o BACEN; 2.4.5 Administrador que recebeu intimação do BACEN — 3. Responsabilidade por fato de terceiro, objetiva e subjetiva: 3.1 Das diversas espécies de responsabilidade; 3.2 Responsabilidade por fato de terceiro; 3.3 Responsabilidade objetiva; 3.4 Responsabilidade subjetiva; 3.4.1 Dolo e culpa — 4. Conclusão.

1. O exercício das funções de administrador de instituição financeira cria uma série de responsabilidades para seus titulares. Grosso modo, pode-se afirmar que os dirigentes de Instituição financeira estão sujeitos a responder por seus atos na esfera civil, penal e administrativa.

A responsabilidade civil é aquela que tem atraído maior atenção da doutrina, sendo possível serem encontrados diversos trabalhos de natureza científica publicados, a este respeito. Com efeito, seja em função da responsabilidade do administrador frente à sociedade ou das regras da Lei 6.024/74, o assunto despertou muito interesse, sendo que, nesta área, a temática vem sendo convenientemente estudada.

A responsabilidade penal do administrador de instituição financeira, embora em grau menor que a responsabilidade civil, vem merecendo atenção de muitos estudiosos desta área. Em verdade, após o advento da Lei 7.492/76 também

conhecida como “Lei do Colarinho Branco”, muitos penalistas se entusiasmaram em escrever artigos a respeito, podendo se encontrar, na atualidade, inclusive, comentários ao texto de referida lei.

Por último, aponta-se a responsabilidade dos dirigentes de instituição financeira, por descumprimento das normas veiculadas pela Lei 4.595/64, pelas normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional ou pelo Banco Central do Brasil, que doravante será denominada responsabilidade administrativa. O estudo desta espécie de responsabilidade, a despeito de sua relevância, não vem despertando o interesse esperado por parte dos estudiosos do direito bancário. Tanto assim é, que não se encontrar literatura tão abundante como no campo da responsabilidade civil ou mesmo da penal. Deste modo, o escopo deste trabalho é justamente examinar aspectos da responsabilidade do administrador de instituição financeira ligados a infração aos objetivos da Lei 4.595/64.

Para este fim, pretende-se desenvolver o estudo em três partes distintas. Na primeira delas, procurar-se-á definir quais são as pessoas passíveis de se sujeitarem às sanções previstas no art. 44 da Lei 4.595/64 e as peculiaridades que cercam a responsabilidade dos administradores, em função do órgão que ocupam. Encerrada esta temática prosseguir-se-á delimitando quais as condutas capazes de ensejar punições. A última fase do estudo será dedicada a análise da culpabilidade enquanto elemento necessário para caracterização da infração.

1. SUJEITOS ATIVOS

1.1 Introdução

2. Como se sabe, por intermédio da Lei 4.595/64 foi implementada uma reforma bancária no Brasil, a qual alterou, de maneira bastante profunda, as regras que regiam o Sistema Financeiro Nacional. Inicia-se aí o que é qualificado como quarto período do Sistema Financeiro Nacional.¹ Muito embora se advogue a existência de um quinto período, o qual se iniciaria em 1968, e que teria como característica básica o movimento de fusões e incorporações de bancos, o fato é que do ponto de vista de estrutura normativa, o sistema vigente ainda hoje é o implantado em 1964, talvez com uma única diferença relevante, decorrente de que, a partir de final de 1976, parcela significativa do mercado de capitais brasileiro passar a ser fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

A reforma de 1964 teve como um de seus pontos principais a criação do Banco Central do Brasil. A este órgão

1. Manuel Henrique Garcia, "Sistema financeiro nacional", in Diva Benevides Pinho & Marco Antonio Sandoval de Vasconcelos, *Manual de economia*, 2.^a ed., S.Paulo, Ed. Saraiva, 1992, pp. 306-307.

foram atribuídas uma série de funções. Ao lado das funções clássicas e rotineiras de um banco central, ligadas a implementação da política monetária, controle de reservas, etc., ao novo órgão reservou-se também a tarefa de "exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas", nos termos do que estabelecia o art. 10, VIII da Lei 4.595/64. As penalidades a que se refere o art. 10, VIII retromencionado vem devidamente explicitadas no Capítulo V daquela lei, mais especificamente por intermédio do art. 44.

3. Encontram-se sujeitas a serem apenadas por parte do Banco Central do Brasil, uma série de pessoas físicas e jurídicas, cuja atividade regular ou irregular, interfira no mercado financeiro. Pode-se dividir as pessoas que se sujeitam as sanções do Banco Central do Brasil, em dois grupos: a) os que operam regularmente no mercado; b) os que atuam irregularmente.

No que tange aos primeiros, e que, se infratores, podem ser punidos pelo Banco Central do Brasil, a Lei 4.595/64 faz menção as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes. Pode-se dizer que, com base no art. 44 da Lei 4.595/64, são puníveis a instituição financeira, os membros do conselho fiscal e os administradores. Como o objetivo deste trabalho é analisar a responsabilidade dos administradores de instituição financeira, desde logo, excluir-se-á qualquer referência à própria instituição financeira e os membros do conselho fiscal. Portanto, a análise será centrada nos diretores, membros dos conselhos administrativos e gerentes, a que se refere o *caput* do art. 44 da Lei 4.595/64, que podem ser classificados genericamente como administradores.

Deve-se acrescentar ao rol das pessoas sujeitas as sanções aplicadas pelo Banco Central do Brasil, em razão da Lei

4.595/64, aqueles que agem irregularmente no mercado. Estes podem ser divididos em dois grupos: a) pessoas físicas e jurídicas que exercem o comércio bancário sem estarem autorizadas para tanto; e b) os administradores de fato de instituições financeiras. Pelos motivos já declinados acima, isto é, em função do escopo deste trabalho ser a análise da responsabilidade dos administradores, deixar-se-á de lado as pessoas físicas e jurídicas que exercem o comércio bancário, sem estarem autorizadas, analisando-se, somente, no que se refere às pessoas que agem irregularmente no mercado, os administradores de fato de instituições financeiras.

4. A despeito de haver consenso no sentido de que sujeitam-se as sanções aplicadas pelo Banco Central do Brasil os dirigentes de instituição financeira, força é reconhecer que a Lei 4.595/64, em seu art. 44, ao estabelecer as regras punitivas, jamais se utilizou do termo "administrador", como o faz uma série de diplomas legais que a ela se seguiram e regulam outros tipos de responsabilidades a que estão sujeitos os dirigentes de instituição financeira. Confira-se, por exemplo, a Lei 6.024, de 13.3.74, em seus arts. 36 e 39, ou ainda a Lei 7.492, de 16.6.86, art. 25. Realmente, a Lei 4.595/64 estabelece como sujeitos as sanções, além da pessoa jurídica os "diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes". Verifica-se, pois, que, o legislador, ao invés de optar por se utilizar dos termos "administradores e membros do conselho fiscal" preferiu relacionar os administradores capazes de serem responsabilizados. Ou seja, ao invés de simplesmente se referir a administradores optou por relacioná-los, enumerando-os exemplificativamente. A despeito de não ter sido a técnica mais apropriada, não subsiste dúvida, hoje em dia, que o objetivo da lei foi estabelecer um regime punitivo em relação a todos os

administradores, e aos membros do conselho fiscal. Verifique-se, a partir daí, qual o conceito de administrador de instituição financeira.

1.2 Conceito de administrador

5. O conceito de administrador de sociedade é conhecido pela doutrina. Giuseppe Ferri² genericamente delinea-o, nos seguintes termos: "Gli amministratori contituiscono l'organo al quale é commessa la gestione dell'impresa sociale e il potere di determinare la politica economica della stessa." O conceito acima é inatacável, adequando-se inteiramente ao administrador de instituição financeira. Portanto, pode-se assumir que são administradores de instituição financeira aquelas pessoas que se enquadram no conceito de administrador retrotranscrito, exercendo suas funções dentro de uma Pessoa Jurídica legalmente classificada como instituição financeira.

No Brasil, é desnecessário se proceder a uma discussão sobre quem são os administradores de sociedade, na medida em que o próprio direito positivo trata de enunciá-los expressamente. No caso de instituições financeiras, atendendo às disposições do art. 25 da Lei 4.595/64, estas se organizam quase que exclusivamente sob a forma de sociedades por ações. Permite-se, todavia, que algumas instituições financeiras não bancárias se organizem sob a forma de "sociedade por quotas de responsabilidade limitada".³

2. Giuseppe Ferri, *Le società*, Torino, Unione Tipografica, s/d, p. 488.

3. É certo que excepcionalmente permite-se que as instituições financeiras se organizem de forma diversa das "por ações" ou "por quotas". Todavia, como a maioria esmagadora das instituições financeiras se organizam ou como S/A. ou como "limitadas" resumiremos nossa análise a estes dois tipos de sociedades.

A administração das sociedades por ações, nos termos do art. 138 da Lei 6.404/76, “competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria”. Portanto, são considerados administradores da sociedade por ações os seus diretores e os membros do conselho de administração, na hipótese deste existir.

No caso de “sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, nos termos do art. 13 do Dec. 3.708, de 10.1.19, são seus administradores ordinariamente os sócios-gerentes. Faculta, entretanto, o próprio art. 13 retromencionado que, nas “por quotas” haja delegação de poderes, desde que não conste vedação expressa no contrato social.

Destarte, a princípio, são administradores de instituição financeira os diretores, membros do conselho de administração, sócios-gerentes e pessoas a quem estes últimos tenham delegado o uso da razão social. Conseqüentemente, passíveis de sofrerem sanções por força das disposições da Lei 4.595/64 seriam eles, na qualidade de administradores regulares.

Por derradeiro ter-se-ia a figura daqueles que irregularmente exercem as funções de administrador de instituição financeira, os quais também estão sujeitos ao regime criado pela Lei 4.595/64.

Cumpra, pois, verificar em que condições cada administrador pode ser punido e as peculiaridades que cercam a responsabilização de cada um, em virtude do órgão que ocupa. É o que se passa a fazer.

1.3 Do conselho de administração

6. A administração das sociedades anônimas, conforme já foi dito, é exercida somente pela diretoria ou pela diretoria e pelo conselho de administração, na hipótese desse último existir. O conselho de administração é órgão obri-

gatório em algumas sociedades por ações e facultativo nas demais.⁴ Atualmente, na administração de parte significativa das instituições financeiras, especialmente as de grande porte, tal órgão é encontrado.

O conselho de administração foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Lei 6.404/76. Antes dessa lei, o Dec.-lei 2.627, de 26.9.40 não previa a existência do conselho de administração, como órgão de direção da companhia, sendo certo que o art. 116 do citado diploma estabelecia que a companhia seria administrada por um ou mais diretores.

A despeito do Dec.-lei 2.627/40 não se referir ao conselho de administração, a Lei 4.595/64, editada sob a sua égide, fazia menção a ele de forma expressa. Em razão do fato do Dec.-lei 2.627/40 não ter feito referência ao C.A., poder-se-ia considerar desnecessária a menção que o legislador teria feito, aos membros do conselho de administração, como pessoas sujeitas as sanções estabelecidas pelo art. 44 da Lei 4.595/64. Tal conclusão seria incorreta, até porque, como é cediço, o legislador não se utiliza de palavras, inutilmente.

Dois são os motivos pelos quais o legislador referiu-se aos membros do conselho de administração. Primeiramente, não se deve esquecer que o *caput* do art. 44, antes de pretender estabelecer uma enumeração taxativa das pessoas sujeitas ao regime punitivo da Lei 4.595/64, pretendeu, através de uma enumeração exemplificativa, abranger os administradores das sociedades como um todo. Destarte, a menção ao conselho de administração deve ser entendida neste contexto. Por outro lado, embora o Dec.-lei 2.627/40 não previsse a existência do Conselho de Administração, como bem nota o Professor Modest-

4. Cf. art. 138, § 2.º da Lei 6.404/76.

to Carvalhosa,⁵ não havia impedimento “que o estatuto da companhia criasse um outro órgão, este coletivo ou colegiado, com funções sobrepostas à dos diretores: era o então chamado, mais comumente, conselho administrativo.” Em verdade, algumas sociedades, na vigência do Dec.-lei 2.627/40, adotavam este sistema, por meio de previsão estatutária. Comentando este assunto Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro⁶ ensinam:

“Essa bipartição de funções levou o direito comparado a estabelecer dualidade de órgãos administrativos, que a lei veio agasalhar, em seu art. 138. A inspiração desse modelo deriva basicamente das legislações alemã e francesa, que consagram a estrutura dual da administração. Segundo informa Alfredo Lamy Filho, o modelo alemão, seguido de perto (embora sob forma facultativa) pela lei francesa, difere do modelo americano, do *board* de um só colegiado, integrado por diretores com funções administrativas uns, e outros não, e poderes para escolher e destituir os *officers* — geralmente o Presidente, o Vice-Presidente, o Tesoureiro e o Secretário.

Entre nós, antes do advento da lei, não foram poucas as empresas cujos estatutos refletiam essa orientação, repartindo a administração entre órgãos com funções executivas e contornando mediante cuidadosos expedientes a proibição do decreto-lei de outorgar-se a outro órgão criado pelos estatutos as atribuições e poderes conferidos pela lei aos diretores (Dec.-lei 2.627, art. 116, § 4.º).”

5. Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1982, v. 5.º/3.

6. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, S. Paulo, Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky Ltda., 1979, 1/437.

Das companhias que adotavam este sistema, antes da edição da Lei 6.404/76, eram dignas de nota os grandes Bancos e algumas multinacionais.⁷ Conseqüentemente, explica-se a inclusão dos membros do conselho de administração, por parte do legislador de 1964, no rol dos administradores passíveis de serem penalizados, não só pelo fato do art. 44 ter pretendido criar uma enumeração exemplificativa bastante ampla, bem como pelo fato deste ter sido realista reconhecendo que os bancos, de há muito, vinham adotando, por meio de previsão estatutária, o órgão.

Com o advento da Lei 6.404/76, passou-se a exigir a adoção do sistema de duplicidade de órgãos de administração para as companhias abertas, levando muitas instituições financeiras a estabelecer este órgão.⁸ Muitas que já o haviam instituído, por meio de disposição estatutária, a despeito de não estarem obrigadas a mantê-lo, em função da regra constante do art. 138, § 2.º da Lei 6.404/76, optaram por permanecer com ele. Outras instituições financeiras encontraram no órgão criado pela Lei 6.404/76, uma forma de profissionalizar a função executiva, sem que os acionistas perdessem totalmente o contato com a administração da instituição. Para tanto, os acionistas passavam a ocupar o conselho de administração, enquanto os cargos da diretoria eram ocupados por profissionais.

Hoje em dia, significativo percentual de instituições financeiras, por razões várias, tem na sua administração este órgão.

7. Os membros do conselho de administração, administradores que são, podem vir a ser penalizados conforme estabelece o art. 44 da Lei 4.595/64. Destarte, o descumprimento dos objeti-

7. Modesto Carvalhosa, op. e loc. cit.

8. Lei 6.404/76, art. 138, § 2.º.

vos da lei bancária possibilita aos transgressores, membros do órgão supra-referido, sofrerem as sanções previstas no art. 44 da Lei 4.595/64. Porém, força é convir que, na prática, os membros do conselho de administração sofrem penalidades de forma muito mais esporádica que os membros da diretoria. Prende-se isto ao fato das transgressões à lei bancária e normas complementares desta, ou seja, as Resoluções e Circulares do Banco Central do Brasil, ocorrerem em função de operações ativas, passivas e acessórias realizadas no dia a dia da instituição financeira, operações estas que não são, via de regra, de responsabilidade dos membros do conselho de administração, mas sim dos diretores.

Não se quer dizer, todavia, que os membros do conselho de administração não possam, no exercício de suas atribuições, infringir as normas legais e regulamentares pertinentes. Apenas está se reconhecendo que suas funções ensejam menores possibilidades de transgressões às normas que a dos diretores.

8. Ao analisar a responsabilidade dos membros do conselho de administração, deve-se ter cuidado para não incorrer em um erro básico, qual seja analisá-la a partir de princípios próprios aplicáveis aos diretores. Ora, diretoria e conselho de administração são órgãos completamente distintos, sendo impossível a aplicação a um órgão de princípios próprios do outro. Relembre-se, por exemplo, que o conselho de administração, ao contrário da diretoria, é órgão de deliberação colegiada. Por outro lado, não tem o conselho de administração poderes de representar a companhia, como tem a diretoria. É, pois, dentro das peculiaridades que cercam as funções, atribuições e modo de funcionamento do conselho de administração que deve ser examinada a responsabilidade dos seus membros.

9. A questão crucial quando da análise da responsabilidade do conselho de

administração, é saber se a mesma é individual ou coletiva. A dúvida se alicerça no fato já informado que o conselho de administração é órgão que delibera de forma colegiada, podendo-se, a partir daí, se desenvolver raciocínio tendente a considerar a responsabilidade coletiva de seus membros. A doutrina quando analisa a responsabilidade civil dos administradores de instituição financeira parece apontar para este caminho. Porém, há de se atentar que, sob o aspecto aqui tratado, existem diferenças profundas entre responsabilidade civil e responsabilidade administrativa. No campo da responsabilidade civil abrem-se algumas exceções à regra geral de responsabilidade por fato próprio e com culpa, possibilitando a responsabilidade por fato de terceiro ou responsabilidade objetiva. Porém, no campo punitivo, seja ele criminal ou administrativo, tal não é permitido. A responsabilidade é sempre subjetiva e individual, ainda que se tratem de membros de um órgão colegiado.

10. Conquanto seja indiscutível que a responsabilidade dos conselheiros é individual no âmbito administrativo, e este ponto será devidamente tratado no Cap. III deste trabalho, crê-se que não há maiores razões para se prosseguir a polêmica, eis que: a) sob nenhuma hipótese, um membro do conselho de administração que deixasse de comparecer a uma reunião poderia ser responsabilizado pelas deliberações nesta tomada; b) aquele conselheiro que vota contra uma matéria, deixando seu voto consignado na ata da R.C.A., está coberto pela excludente de responsabilidade constante do § 1.º do art. 158 da Lei 6.404/76. Logo, ainda que se advogasse a existência de responsabilidade coletiva em relação aos membros do conselho de administração o resultado seria o mesmo, em relação à responsabilidade por atos individuais baseados na culpa. Vale dizer: um membro do Conselho de

Administração só será penalizado por deliberações tomadas em reuniões que esteve presente e não votou de forma contrária. Isto posto, absolutamente sem sentido discutir até que ponto a tese da responsabilidade coletiva é aceitável, na medida em que ambas as hipóteses, na situação ora tratada, as conseqüências serão as mesmas. É certo que se poderia questionar se os conselheiros, no que tange às atribuições de que trata o art. 142, III da Lei 6.404/76 estariam sujeitos a responsabilidade sem culpa. Entende-se que não. Todavia, este ponto estará melhor explorado quando se analisar a responsabilidade dos membros do conselho de administração pelo descumprimento ao referido art. 142, III, da Lei 6.404/76 (item 13 infra).

11. As funções do conselho de administração são aquelas estabelecidas em lei. São, para ser mais exato, as matérias listadas no art. 142 da Lei 6.404/76. Assim, todas as vezes que o C.A. deliberando sob a competência criada pelo art. 142 da Lei 6.404/76 descumprir os objetivos da Lei 4.595/64 estarão seus membros, nos limites de suas culpas, sujeitos às penalidades previstas naquele diploma legal.

Há casos onde a responsabilidade evidencia-se, à primeira vista. Assim, o conselho de administração poderá faltar com seus deveres, por exemplo, quando no exame prévio de contratos a ele submetido, por força do disposto no art. 142, VI, da Lei 6.404/76 e disposições estatutárias pertinentes aprovar atos contrários as disposições legais aplicáveis. Seria, também, o caso da aprovação de uma operação de crédito deferida a ente ligado contrariando os termos do art. 34 da Lei 4.595/64.

Esta responsabilidade pode advir, outrossim, no uso das atribuições estabelecidas pelo mesmo art. 142, V da Lei 6.404/76 ao aprovar contas da diretoria, as quais não se encontram corretamente elaboradas.

12. Se os exemplos acima declinados não despertam maiores polêmicas, o mesmo não se pode dizer, quando a responsabilização decorre do descumprimento das disposições constantes do art. 142, III da lei societária, disposição legal cuja exegese merece um certo cuidado. Para um entendimento exato do alcance do disposto no art. 142, III da Lei 6.404/76 deve-se ler com atenção o que diz a doutrina. Ora, uma leitura perfunctória de alguns textos poderia levar à falsa conclusão de que os conselheiros seriam totalmente irresponsáveis por atos praticados pelos diretores, que não tiverem chegado ao seu conhecimento. Tal não é verdade. Tome-se, por exemplo, Nelson Eizirik.⁹ Baseado em Modesto Carvalhosa, a questão é exposta nos seguintes termos: “do caráter coletivo da responsabilidade dos membros do Conselho de Administração, bem como da natureza de suas funções, que não compreendem a representação e a gestão dos negócios da companhia, decorre a irresponsabilidade dos conselheiros pelos atos praticados pelos diretores e que não chegam a seu conhecimento, de tal sorte que não são eles responsáveis por tais atos, salvo se com eles forem coniventes, se negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhecimento, deixarem de agir para impedir sua prática.” Depreende-se disto que os membros do conselho de administração não são totalmente irresponsáveis pelos atos praticados pelos diretores, que não tivessem chegado a seus conhecimentos. Estabelece a lei e confirma a doutrina, isto sim, a irresponsabilidade dos membros do conselho de administração por atos de terceiro, “salvo se com eles forem coniventes, se negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhe-

9. Nelson Eizirik, *Questões de direito societário e mercado de capitais*, Rio, Ed. Forensc, 1987, p. 100.

cimento, deixarem de agir para impedir sua prática”, conforme determina o art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76.

Assim, os membros do conselho de administração não respondem por atos da diretoria dos quais não tiveram conhecimento, exceto se negligenciarem em descobri-los. Com isto, estabeleceu-se um regime não tão severo em relação aos membros do conselho de administração que estes ficassem responsáveis por qualquer ato praticado pela diretoria, tampouco foi criado um regime absolutamente ineficiente onde os membros do conselho de administração só se vissem responsabilizados quando os próprios fiscalizados lhes dessem conhecimento de atos delituosos que tivessem praticado. Com efeito, na segunda hipótese, sequer se poderia falar em fiscalização. Foge a qualquer princípio mais elementar de um processo fiscalizatório, resumir este ofício a análise de dados que são fornecidos ao fiscalizador pelo próprio fiscalizado. Por outro lado, na primeira hipótese, criar-se-ia uma atribuição quase impossível de ser cumprida pelo órgão. É notório que, especialmente em grandes companhias ou grandes bancos, por mais diligentes que fossem os membros do conselho de administração seria impossível se estabelecer um controle absoluto sobre todas as atividades da Diretoria.

Entende-se, pois, que o conselho de administração será sempre responsável pelos atos de que tiver tido conhecimento. Quanto aos demais atos, este órgão não será responsabilizado, exceto na hipótese de ter negligenciado em descobrir. Não se desconhece que, muitas vezes, será árduo se aquilatar até que ponto o conselho de administração teria negligenciado em tomar conhecimento de um ato. Vale dizer: tarefa bastante trabalhosa será estabelecer um critério para distinguir atos que o conselho de administração teria a obrigação de ter sabido.

Não há dúvida, entretanto, que para julgar se os membros do conselho de administração teriam negligenciado em seu dever de fiscalização, dever-se-á comparar o seu comportamento com o *standard* exigido de um administrador de instituição financeira. Este assunto, isto é, de que modo aferir o *standard* exigido de um administrador de instituição financeira será devidamente tratado nos itens 42 e ss.

Haverá, entretanto, sempre negligência do conselho de administração quando este não tomar conhecimento de atos praticados pela diretoria, que desrespeitarem os mais elementares princípios esperados de uma gestão bancária mediana. Assim, exemplificativamente, é indesculpável que o conselho de administração deixe de atentar para atos praticados pela diretoria, tais quais: saques contra reservas negativas; emissão de LCs sem lastro; contabilização elaborada em desacordo com o exigido; concessão contumaz de empréstimos sem atendimento aos princípios da boa técnica bancária etc. Ou seja, em todas aquelas hipóteses onde a transgressão às normas criar uma situação de risco para o futuro da instituição financeira e/ou para o mercado, por evidente não atendimento às mais elementares normas e princípios de boa gestão bancária, especialmente quando estes atos são praticados com habitualidade, salvo prova inequívoca em contrário, não tendo o conselho de administração tomado conhecimento dos fatos, fica evidenciada a negligência patente do órgão em fiscalizar a gestão da instituição financeira.

Conclui-se assim que o cometimento de falta, por parte da instituição financeira perpetrada pela diretoria, não induz automaticamente à responsabilidade de seu conselho de administração, por descumprimento do dever de vigilância estabelecido no art. 142, III da Lei 6.404/76.

3. Cumpre, neste momento, retornar à discussão quanto à existência de uma responsabilidade coletiva dos membros do conselho de administração. No item 10 retro rejeitou-se a possibilidade de haver a penalização coletiva, criando-se responsabilidade de pessoas não necessariamente envolvidas nos acontecimentos, mas enquadradas somente em virtude de pertencerem a um determinado órgão. Entretanto, não há dúvida que o descumprimento do dever de vigilância estabelecido no art. 142, III da Lei 6.404/76 implicaria, a princípio, na penalização de todos os componentes do conselho de administração. Em razão desta penalização erroneamente poder-se-ia acreditar que se estivesse adotando a tese da responsabilidade coletiva. Porém, tal não é verdade. Ao se informar que todos os membros do conselho de administração seriam culpabilizados não se está, de forma alguma, advogando a existência de uma responsabilidade sem culpa, tampouco havendo uma comunicação de responsabilidades entre os membros de um mesmo órgão. O que ocorre é que caberia a cada um dos componentes do conselho de administração o dever de exercer a fiscalização da instituição. Caberia, assim, o exercício do dever de diligência, o qual, neste caso, não foi empregado. Se é assim, cabe penalizar o administrador, não por outro fato, mas pela sua omissão individual. Repita-se: não está havendo penalização sem culpa ou por fato do qual o interessado não participou. Tampouco está o mesmo sendo penalizado simplesmente por pertencer a um órgão. Sua responsabilidade, sublinhe-se uma vez mais, decorre do fato de não ter exercido suas funções na forma legalmente exigida.

1.4 Diretoria

14. As sociedades anônimas poderão ter ou não um conselho de administra-

ção. Contudo, obrigatoriamente deverão ter uma diretoria. A maior parte das faltas observadas nas instituições financeiras, que se organizam sob a forma de sociedade por ações, se dá por conduta perpetrada por este órgão. Realmente, como um percentual muito elevado de ilícitos ocorrem no curso das operações ativas, passivas e acessórias é de se esperar que a responsabilidade pelas mesmas seja dos diretores da instituição. Em verdade, cabe aos diretores o que Arnold Wald¹⁰ denomina de "tarefas executivas". São nestas tarefas, repita-se onde normalmente ocorrem as condutas ilícitas.

As funções da diretoria são aquelas constantes do estatuto e da lei. Cabem-lhe as tarefas de representação e gestão da sociedade, respeitadas, neste último caso, as funções que a lei ou estatuto reservar ao conselho de administração, quando este existir.

No que tange à diretoria, a moderna gestão empresarial impõe que haja uma divisão de tarefas, entre seus membros. Dentre as instituições financeiras, especialmente as de grande porte, há uma natural divisão de atribuições. Com efeito, verifica-se nestas instituições uma especialização das diretorias, com delimitação bastante rígida da área de atuação de cada diretor.

O direito positivo não se opôs a esta realidade, tendo-a inclusive reconhecido. Como diz Modesto Carvalhosa¹¹ a "lei enfatiza o caráter não colegial da diretoria, determinando que o estatuto estabeleça as atribuições e poderes de cada diretor."

15. Seguindo a regra geral de responsabilidade adotada pelo direito brasileiro os diretores respondem pelas suas condutas individuais. Serão também respon-

10. Arnold Wald, "Da responsabilidade dos membros do conselho de administração no regime da Lei 6.024/74", *RDM* 70/6.

11. Modesto Carvalhosa, op. cit., p. 89.

sáveis por atos praticados por outros administradores, quando forem coniventes com eles, negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhecimento, deixarem de agir para impedir sua prática. É o que se depreende das disposições constantes do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76.

É importante que se diga que este dispositivo legal, em momento algum, estabelece uma exceção ao regime geral de responsabilidade baseada na culpa. Com efeito, não cria, de forma alguma, a lei, uma responsabilização automática por atos de terceiro. Em realidade, estabelece a norma positiva punição para o administrador que teve conhecimento de um ilícito cometido por outrem e não o comunicou, ou deixou de ter ciência quando tinha o dever de fiscalizar eficientemente. Ou seja: pune-se o administrador por ter deixado de comunicar ou por ter deixado de fiscalizar eficientemente (negligência). Em ambos os casos, está-se diante de condutas onde há culpa do administrador. Portanto, não destoa a regra do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76 do regime geral de responsabilidade dos administradores, até aqui exposto.

16. Se em função da especialização das tarefas impostas a cada diretor, se estabelece um regime de responsabilidade individual bem delimitada, a questão que se levanta é saber se, em determinada circunstância, um diretor poderia ser responsabilizado por fatos por ele não praticados, especialmente se ocorridos fora de sua esfera de atuação, e sem que, em tese, este diretor tivesse formalmente, tomado conhecimento do ato, tampouco existindo disposição estatutária clara determinando que este fiscalizasse a conduta dos outros diretores.

Esta questão não é abstrata e se justifica especialmente no caso de instituições financeiras, as quais, no passado, por razões várias, durante largo

período, tiveram uma administração que poderia ser qualificada como desastrosa situando-se abaixo dos mínimos parâmetros aceitáveis. Talvez melhor seria dizer que verifica-se, nestas instituições, um verdadeiro estado de anarquia administrativa. Haveria de se indagar sobre a possibilidade de se considerar um diretor ou parte significativa da diretoria irresponsável por aquele caos, na hipótese de não se conseguir comprovar a participação formal de cada diretor, individualmente, nos eventos. Tal não se afigura possível, tampouco correto, como se verá a seguir.

17. A Lei 6.404/76 estabeleceu um dever de diligência para todo o administrador. Esta obrigação vem inserta no art. 153 da Lei 6.404/76. O alcance deste dever de diligência nem sempre é possível de ser fixado, especialmente em se tratando de se saber até que ponto deve um administrador fiscalizar a gestão dos outros administradores, bem como a gestão da sociedade como um todo. A doutrina italiana¹² ao analisar este assunto é conclusiva:

“Da quanto si è ora rilevato, emerge la notevole difficoltà di determinare che cosa debba intendersi per “obbligo di amministrare con diligenza”.

La legge ha però cercato per talune ipotesi di agevolare l'opera del giudice o, piu in generale, dell'interprete, ed ha precisato che agli amministratori spetta “in ogni caso” (anche se si tratta di amministratori deleganti) un obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e, nel caso siano a conoscenza di atti pregiudizievoli, un obbligo di intervento, um obbligo cioè di fare quanto è loro possibile per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose” (art. 2.392 do CC).

12. Franco Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano. Dott. Giuffrè Ed., 1992, p. 51.

Por sua vez, o art. 2.392 do CC italiano, diz textualmente o seguinte:

“Responsabilità verso la società — Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissões degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.”

Entende-se claro, pois, que na Itália, a lei impõe a todo administrador de sociedade o dever de diligência. Tal dever implica, como se pode constatar dos textos acima transcritos, na obrigação de cada um dos administradores de zelar pelo andamento geral da gestão, velando pelo normal andamento da companhia. Na medida em que a administração da sociedade se afigure caótica, impedindo o normal andamento da sociedade, fica caracterizado que os administradores deixaram de exercer seu dever de diligência, o qual, repita-se, impõe a cada um dos diretores a obrigação de velarem para o normal andamento da companhia.

18. Poder-se-ia alegar que a conclusão acima não teria validade perante o direito brasileiro, eis que na Itália a

obrigação decorre de previsão legal, previsão esta não repetida pelo legislador pátrio. Tal não se afigure correto. Ora, Franco Bonelli diz textualmente, no que se refere ao dever de diligência e a regra do art. 2.392 do CC que: “La legge ha però cercato per talune ipotesi di agevolare l’opera del giudice o, più in generale, dell’interprete...” Com isto, vê-se que a lei tem caráter interpretativo procurando simplesmente facilitar o trabalho do exegeta. Assim, o direito italiano antes de criar uma obrigação de vigilância ao lado do dever de diligência esclarece ao intérprete que dentro do conceito de diligência encontra-se o dever de vigilância. Logo, a existência de um dever de vigilância sobre a normal gestão da companhia é inerente ao dever de diligência. Com isto desnecessário que se declare a existência do dever de vigilância quando a lei impõe o dever de diligência.

O legislador brasileiro, ao contrário do italiano, não editou norma interpretativa sobre o que deve ser entendido por dever de diligência, provavelmente por ter julgado tal atitude desnecessária. E neste ponto não há como se negar que bem andou o legislador pátrio, posto que tão claro é o conceito de dever de diligência que se dispensa maiores explicações.

19. Tendo assim concluído, resta saber até que ponto vai este dever de vigilância sobre o normal andamento da companhia. Parece evidente que não se pode impor um dever de fiscalização ilimitado ao diretor de uma sociedade por ações. A própria doutrina é bem clara ao circunscrever o dever de vigilância não em relação a todo e qualquer ato, mas em relação ao normal funcionamento da companhia. O normal funcionamento da companhia se dá quando, através de uma análise pouco profunda de sua administração, nada se constata de modo a indicar que referida administração não está cumprindo com os deve-

res que lhes são impostos pela lei ou pelos estatutos.

Poder-se-ia dizer que todas as vezes que uma dada instituição financeira habitualmente pratica atos como saque contra reservas negativas, defere empréstimos às pessoas com restrições cadastrais ou impedidas de operar, possibilita ganhos injustificados em favor de terceiros através de operações "incomuns", enfim, pratica com habitualidade operações passíveis de serem consideradas como atentatórias às regras da boa técnica bancária, ou ainda operações que possam ser tidas como gestão temerária, está-se diante de uma instituição que não se encontra dentro de um funcionamento normal. Neste caso, ainda que não se prove a participação direta de um dado diretor, este deve ser responsabilizado, posto que deixou de empregar o dever de diligência na administração da sociedade, permitindo que os demais diretores administrassem de forma caótica a sociedade.

Ressalte-se neste passo, evitando-se mal entendidos futuros, que não se está defendendo a imposição de penalidade ao administrador, em virtude de fato de terceiro. Está-se, isto sim, responsabilizando o administrador, por ter este deixado de empregar diligência na administração da sociedade, tendo, pois, falhado em exercer a vigilância que lhe era requerida, por força de lei.

1.5 Sócios-gerentes

20. Como já foi dito, algumas instituições financeiras se organizam sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Estas, ao contrário das sociedades por ações, não têm conselho de administração nem diretoria. Sua administração é normalmente exercida pelos seus sócios-gerentes. São estes os dirigentes capazes de serem responsabilizados pelo Banco Central do

Brasil, em função do poder de polícia exercido por esta autarquia federal.

Note-se que a Lei 4.595/64 refere-se a gerentes. É importante que se diga que a lei jamais pretendeu um regime punitivo para os ocupantes de gerências médias das instituições financeiras, isto é, aqueles funcionários que ocupam cargos denominados de "gerência" na empresa, porém que não são seus administradores. Procura a lei, isto sim, atingir a administração de instituições financeiras que excepcionalmente não se organizam como sociedades por ações, e cujos titulares são denominados "gerentes". No caso das por quotas são os denominados "sócios-gerentes".

Os sócios-gerentes têm um regime punitivo bastante assemelhado aos dos diretores, existindo similitude entre atribuições exercidas entre um e outro órgão bem mais patentes do que as encontradas entre os sócios-gerentes e os membros do conselho de administração. Seguindo o regime geral de responsabilidade adotado pelo direito brasileiro, os gerentes devem ser responsabilizados em razão da conduta por cada qual perpetrada.

Sempre oportuno, alerta Egberto Lacerda Teixeira¹³ que a lei permite a subdivisão de tarefas administrativas nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. No caso de se atribuir funções no contrato social, fica-se claramente estabelecido o limite da responsabilidade de cada dirigente, devendo aqui, *mutatis mutandis* se tomar em conta as observações que foram feitas em relação à diretoria.

Deve-se lembrar, outrossim, que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada são normalmente sociedades de menor porte, com um menor

13. Egberto Lacerda Teixeira, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, S. Paulo, Max Limonad, 1956, p. 118.

número de dirigentes, bem como, na maior parte das vezes, sem delimitação exata das funções de cada sócio-gerente. Ao se analisar a responsabilidade individual de cada dirigente, tal circunstância deve ser levada em conta, tanto no que aproveite, como no que prejudique, a posição de eventual infrator.

Por último, nunca é demais lembrar que, nos termos do que estipula o art. 13 do Dec. 3.708 é permitido a delegação da gerência nas "por quota".¹⁴ Neste caso, deve-se recordar a lição de Eunápio Borges¹⁵ para quem: "o gerente-delegado que substitui o delegante em todas as suas funções, atribuições e encargos, não é um mandatário nem do delegante nem da sociedade, mas, através da delegação, assume, com o lugar do delegante, as funções de órgão da sociedade no uso de cuja firma ou gerência foi delegado." Nestes termos, administrador que é encontra-se sujeito às normas da Lei 4.595/64, inclusive àquelas constantes no art. 44.

1.6 Administrador de fato

21. Ao lado daqueles que regularmente exercem as funções de administrador, existem outros que, de forma não autorizada, o fazem. Tratam-se dos denominados administradores de fato, também passíveis de serem punidos pelo Banco Central do Brasil, em função do exercício de seu poder de polícia. Segundo nos conta Martorell¹⁶ há tempo o direito falimentar e o direito falimentar

14. Cf. João Eunápio Borges, *Curso de direito comercial terrestre*, 5.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1975, p. 361; Fran Martins, *Sociedade por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*, Rio, Cia. Editora Forense, 1960, v. II/713.

15. Op. cit., p. 362.

16. Ernesto Eduardo Martorell, *Los directores de sociedades anónimas*, 2.ª ed., B. Aires, Ed. Depalma, 1994, p. 192.

penal vêm se ocupando da figura do administrador de fato. Segundo este mesmo autor, no Direito Francês, o Dec. de 8.8.35 que reformou o Código Comercial daquele país, regulou o instituto, objetivando estender a eles a responsabilidade, especialmente no caso de quebras. Como se vê, a legislação francesa pretendeu evitar que aqueles que exerceram as funções de administradores de sociedade, ainda que formalmente não estivessem titulados para tanto, se esquivassem de responder pelos atos que praticaram. No caso da lei bancária brasileira, tem se estendido aos administradores de fato a responsabilidade pelos atos que praticaram em desrespeito aos objetivos da Lei 4.595/64. Realmente, mais e mais o direito brasileiro procura afastar-se do formal em contraposição ao material, em especial quando a opção pelo formal implica em proteger uma fraude deliberada. Isto se torna mais evidente quando se sabe que há aqueles que exercendo administração de fato, recusam-se a tornarem-se administradores estatutários, tencionando justamente fugir à responsabilidade que a lei impõe aos dirigentes de instituições financeiras. Na medida em que o direito não se presta a encobrir fraudes, esta situação não será aceita, devendo, pois, o administrador de fato ser responsabilizado pelos eventos que der causa, devendo-se, ainda, ter em conta que a figura delituosa específica deve ser combinada com o desrespeito com às normas do art. 33 da Lei 4.595/64.

22. O conceito de administrador de fato não desperta maiores discussões. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁷ tratando do conceito de administrador de instituição financeira, para fins da Lei 6.024/74, define os administradores de fato como aquelas "pessoas que por

17. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "A reformulação da Lei 6.024, de 13.3.74", in *RDM* 41/30.

força de procurações com plenos poderes de gestão ou por outro título, estivessem à frente de instituição financeira." Ao lado desta boa definição pode-se acrescentar outra conceituando o administrador de fato como aquele que não estando formalmente titulado para ocupar órgão de direção de uma dada sociedade, pratica, na maior parte das vezes com habitualidade, atos que a lei, o estatuto ou o contrato social reservam aos administradores, comandando, ainda que em conjunto com outros, a gestão da sociedade.

A primeira característica do administrador de fato é que este não ocupa formalmente nenhum cargo de administração da sociedade. Isto não quer dizer que ele não possa estar ligado à sociedade. Muito pelo contrário. Na maior parte das vezes está. São funcionários, prepostos, mandatários ou equivalentes. Todos ligados à sociedade, tendo em comum o fato de extrapolar, em muito, as funções para as quais foram contratados.

A segunda característica da administração de fato é a habitualidade, com a qual normalmente o administrador exerce irregularmente suas funções. Com efeito, a administração em si, não é composta de fatos isolados. Portanto, a administração de fato, exige para sua caracterização, a habitualidade. Excepcionalmente, há de se considerar que a realização de atos isolados é capaz de evidenciar o agente como administrador de fato. Tal se dá somente em situações limites em que, devido à importância do ato, valores envolvidos, etc., só se aceitará que um administrador realizasse o ato, ou ainda, quando, em flagrante, incontroverso e facilmente detectável desrespeito ao estatuto, contrato ou à lei, alguém pratique ato de gestão isolado.

Ainda que exerçam alguns atos de gestão, até providos de habitualidade, certas pessoas, em certas circunstâncias, não podem ser tidas, como administra-

doras de fato. Assim, é comum que funcionários que exerçam cargos de gerência média, com certa frequência, pratiquem atos de gestão. Ora, enquanto esta prática se limitar a realização de alguns atos compatíveis com uma natural delegação do poder de gestão da sociedade que é normalmente concedida a seu corpo funcional, como também, se tratar de atos de gestão de importância relativa para a vida da sociedade, não se está diante de um administrador de fato.

O terceiro ponto a ser considerado é que os atos praticados pelo administrador de fato devem ser atos próprios e exclusivos de administração. Note-se que a lei, os estatutos ou o contrato delimitam quais os atos privativos de serem praticados por administradores.

23. Como já se disse, na maior parte das vezes, a administração de fato traz em si a característica da habitualidade. Nos casos de administração de fato caracterizada pela habitualidade, duas situações podem ser encontradas, e que devem ser tratadas de maneira distinta. Assim, no que tange ao administrador de fato, muitas vezes, esta situação advém de uma posição de mando, que naturalmente passa a ser ocupada, por um funcionário, à quem há muito tempo, são atribuídas funções de gerência média de uma dada organização. É claro que esta pessoa, devido a experiência e a confiança que desperta junto aos controladores, passa em um dado momento a praticar atos incompatíveis de serem executados por simples gerente, por serem próprios de administração, não podendo, outrossim, tais atos serem classificados como simples delegação de poderes de gestão, normalmente atribuídos a gerência média da sociedade.

Ao lado destes casos, existem outros de gravidade maior. Tratam-se daquelas situações onde alguém, ao ser contratado para exercer função de direção perante instituição financeira, com o ob-

jetivo de fugir das responsabilidades que a lei cria, especialmente as Leis 4.595/64, 6.024/74 e 7.492/86, assume cargo formal de simples assalariado ou equivalente (consultor, p. ex.), mas na prática exerce a gestão da sociedade. Para concluir que a pessoa ocupa esta posição alguns dados podem ser levados em conta. O mais conclusivo sinal é a posição ocupada no organograma da instituição, por parte do interessado. Por óbvio, se o organograma aponta que um determinado cidadão é responsável por tomar todas as decisões importantes da sociedade, se os diretores eleitos se reportam a ele, se ele tem vantagens somente usufruídas por administradores, etc., esta pessoa estará de fato exercendo as funções de administrador.

Deve-se ter em conta que em ambos os casos existe a irregularidade. Todavia, sem sombra de dúvida, a segunda situação é mais grave do que a primeira. Tanto em uma como em outra, na hipótese do administrador de fato desrespeitar os objetivos da lei bancária deve ser punido, como se administrador fosse, com a agravante de haver desrespeito ao art. 33 da Lei 4.595/64. É certo que na análise da situação individual dos apenados, deverá o julgador tomar em conta que o primeiro, ao exercer as funções de administrador de fato, não teve o intuito de fugir aos rigores da lei, enquanto o segundo teve o *animus* de fraudar.

Entretanto, se a autoridade fiscalizadora tiver interesse em proceder à instauração do P.A., somente em virtude do exercício irregular das funções de administrador, no primeiro caso, dependendo das circunstâncias, poderá se utilizar da faculdade que lhe é concedida pela alínea *a* do item 4, Seção I, Capítulo I do Regulamento Anexo à Res. 1.065/85, ou seja, poderá o Banco Central do Brasil ao invés de instaurar um processo administrativo, simplesmente conceder um prazo aos interessados para que

sanem a falta. Assim, poderá o Banco Central do Brasil solicitar que o administrador de fato deixe de praticar determinados atos ou a sociedade o eleja como administrador.

Já no segundo, onde a má-fé está caracterizada, o mesmo tratamento não deverá ser dispensado.

24. Conclui-se, pois, que o administrador de fato responde sempre pela infração ao art. 33 da Lei 4.595/64, sendo certo que na hipótese de não haver intuito de fraude, dependendo das circunstâncias poderá a autoridade se utilizar da faculdade que lhe é concedida pela alínea *a* do item 4, Seção I, Capítulo I do Regulamento Anexo à Res. 1.065/85. Caso, no exercício da administração de fato, houver o cometimento de outros ilícitos, o administrador de fato responde por esses, agravado por estar havendo desrespeito ao art. 33 da Lei 4.595/64.

2. CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS

2.1 Introdução

25. É princípio geral aplicável a todos os ramos do direito, que a responsabilização decorre de condutas positivas e negativas. Vale dizer: são puníveis tanto as ações como as omissões. Ao tratar desta temática, necessário que se faça, inicialmente, um alerta de caráter conceitual. É que, ao se referir à ação, em tese, e dentro de seu sentido lato, já estaria implícita a idéia de omissão. Como bem nota Paulo José da Costa Júnior,¹⁸ estudando a questão emprega-se “também o termo ação, em sentido lato, para abranger a ação propriamente dita (*stricto sensu*) e a omissão”. Conseqüentemente, poder-se-ia utilizar ex-

18. Paulo José da Costa Jr., *Curso de direito penal*, 2.^a ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 1/46.

clusivamente da palavra ação, a qual abarcaria tanto as condutas positivas como as negativas. Entretanto, optou-se, para maior clareza, por se utilizar do termo ação exclusivamente para alcançar os atos comissivos. Quando se estiver referindo conjuntamente a ação e a omissão utilizar-se-á do termo conduta. Como se sabe, conduta, segundo o mesmo autor,¹⁹ é gênero, “de que são espécies a ação e a omissão”.²⁰

26. Voltando a questão da responsabilização, já foi dito que se pode ser responsabilizado por ações e omissões. Este princípio não tem sua aplicação circunscrita ao Direito bancário. Assim é que, no direito penal, ação e omissão “constituem as formas básicas do fato punível”.²¹ No direito privado, também se entende que a responsabilidade advém da ação ou omissão do agente. A própria regra genérica a respeito de responsabilidade civil, mais especificamente o art. 159 do CC, expressamente faz referência à ação e à omissão, como condutas ensejadoras de responsabilidade civil. No âmbito disciplinar, os servidores podem ser punidos em razão de transgressões disciplinares omissivas e comissivas.²²

27. Da mesma forma que nos outros ramos do direito, também as punições com base na Lei 4.595/64 decorrem de ações ou omissões. Destarte, os administradores de instituição financeira podem vir a ser apenados, pelo Banco Central do Brasil, em razão de atos que praticem ou atos que deixem de praticar.

19. Op. e loc. cit.

20. Obviamente, o conceito de ação no texto reproduzido é o conceito *stricto*.

21. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: parte geral*, 13.^a ed., Rio, Ed. Forense, 1991, p. 150.

22. José Armando da Costa, *Teoria e prática do direito disciplinar*, Rio, Ed. Forense, 1981, p. 238.

Porém, neste passo, mister que se faça um alerta. Não é o descumprimento de qualquer lei ou de qualquer regulamento que enseja a possibilidade do Banco Central do Brasil vir a aplicar pena ao administrador de instituição financeira. O texto legal que estabelece o sistema de penalidades, mais especificamente o art. 44 da Lei 4.595/64, é conclusivo ao circunscrever a aplicação de penas por parte do Banco Central do Brasil ao descumprimento dos objetivos da lei bancária. Entende-se já se ter assentado o entendimento que os objetivos da lei bancária são aqueles nela diretamente expressos ou por intermédio de outras normas ordinárias materialmente assemelhadas a ela que a seguiram (Lei 4.728/65, por exemplo) ou regulamentos vinculadas a lei bancária. Até porque, este é o limite da atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil. Não cabe a ele alargar sua competência. E nem se diga que com isto se está advogando que certos atos irregulares cometidos dentro do sistema financeiro nacional fiquem impunes. Para tanto, o Regulamento anexo à Res. 1.065, Cap. I, Seção I, item 5 determina que o Banco Central do Brasil “ao tomar conhecimento de ilícito que ocorra em área sujeita à fiscalização de outro órgão de administração pública, ou que, por qualquer forma, ocasione lesão ao patrimônio, bens ou direitos de entidade diversa, fará as devidas comunicações, para as providências que, eventualmente, se façam necessárias.” Resta, pois, concluir que haverá conduta delituosa, para os fins de que trata o art. 44 da Lei 4.595/64, se e somente se a ação ou omissão desrespeitarem os objetivos da lei bancária.

2.2 Condutas comissivas

28. A maior parte das infrações aos objetivos da Lei 4.595/64 se dá em função de atos comissivos. Ou seja, a

infração em razão de ação é a regra, enquanto a infração ocasionada por omissão é a exceção.

A ação se manifesta “por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade”.²³

No caso das questões relacionadas a Lei 4.595/64, parte significativa das ações decorre: a) de operações ativas, passivas ou acessórias praticadas pela instituição financeira com seus clientes; b) ou de atos de administração interna de uma dada instituição financeira.

2.3 Condutas omissivas

29. Podem, entretanto, as omissões induzirem à responsabilidade daqueles que administram as instituições financeiras. Omissão é a “abstenção de atividade, ou seja, de atividade que o agente devia e podia realizar”.²⁴ Destarte, a omissão é sempre um não fazer, um deixar de fazer. Entretanto, não é um simples não fazer. E isto sim, deixar de fazer algo que se estava obrigado a fazer. Como bem informa Heleno Cláudio Fragoso²⁵ a omissão seria a “abstenção de uma atividade que o agente podia e devia realizar” ou ainda nas palavras deste mesmo autor,²⁶ a omissão “consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar”.

Conquanto a conduta punível em razão de omissão seja exceção, onde a regra é a punição em virtude de condutas comissivas, existem uma série de situações onde o administrador é punido em função de omissão. Vários exemplos poderiam ser dados. Um dos mais sig-

nificativos seria a falta relacionada a não entrega de demonstrações financeiras, no tempo oportuno.

2.4 Responsabilidade por omissões

30. Após ter-se concluído que a conduta omissiva punível decorre de não cumprir um dever imposto, deve-se perquirir quais os instrumentos que podem indicar o responsável direto por dar cumprimento à uma obrigação. Pode-se dizer que o responsável por dar cumprimento a um dever pode ser apontado como tal: a) pela lei ou regulamento; b) pelo exercício das atribuições inerentes ao cargo que ocupa; c) pelos estatutos ou pelo contrato social; d) pela indicação do administrador como responsável perante o Banco Central do Brasil; e e) pelo recebimento pessoal, por parte do administrador de uma determinação do agente público.

Examine-se, pois, cada um destes itens, detalhadamente.

2.4.1 Lei ou regulamento

31. O primeiro item refere-se à situação onde a lei ou o regulamento fixam qual a pessoa que deve dar cumprimento à uma determinada obrigação. Normalmente, a própria norma que cria a obrigação já esclarece quem é responsável por seu cumprimento. Nada impede, todavia, que não esclarecendo a norma original o responsável pelo seu atendimento, complementarmente seja expedida outra, onde tal fique declarado.

2.4.2 Atribuição inerente ao cargo

32. Pode, entretanto, a responsabilidade advir das atribuições inerentes ao cargo. Ressalte-se que esta situação é excepcional posto que as normas que impõem as obrigações normalmente já estabelecem o responsável pelo seu cumprimento. Todavia, ainda que não

23. Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 10.ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1985, 1/205.

24. Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 150.

25. Idem, op. cit., p. 146.

26. Op. cit., p. 228.

haja delimitação expressa na norma, é inerente que os destinatários de certas normas são os responsáveis por uma dada área na administração da sociedade. Sublinhe-se, mais uma vez, que na análise da ocorrência desta hipótese, há de se ter um cuidado absoluto para só se atribuir responsabilidade naqueles casos onde a vinculação do cumprimento de determinada norma à determinada pessoa seja inconteste, sob pena de se estar criando um sistema injusto, pelo qual se responsabiliza pessoas que não tinham o dever legal de praticar determinado ato.

2.4.3 Estatutos ou contrato social

33. A terceira hipótese refere à situações onde os estatutos ou o contrato social delimitam atribuições ou funções. No que se refere às sociedades por ações, a lei societária, em seu art. 143, IV, determina que as atribuições e poderes de cada diretor devem ser estabelecidas nos estatutos. Na verdade, embora a lei determine esta obrigação, muitas vezes os Estatutos não a fixam, ou fixam de maneira vaga. Como já se notou,²⁷ na hipótese de não se discriminar as atribuições de cada diretor, “há de se concluir que todos os diretores terão todas as atribuições e poderão praticar qualquer ato inerente à gestão.” Não se deve inferir a partir disto que, quando o estatuto não define funções, no caso de descumprimento de um dever legal todos os diretores seriam passíveis de serem penalizados. Tal conclusão afrontaria todos os princípios que informam a responsabilidade no direito pátrio, es-

pecialmente porque, no Brasil, a responsabilidade é individual e subjetiva. Por outro lado, entende-se que ao se dizer que todos os diretores terão todas as atribuições está querendo se dizer que todos tem a faculdade de praticar o ato. O dicionário define o termo “atribuição” como: “direito, prerrogativa, poderes”. Assim, por “atribuição”, neste caso, não deve ser entendido dever e sim poder para prática de determinado ato. O fato de se partilhar com uma série de outras pessoas a possibilidade de praticar determinado ato significa tão-somente que esta pessoa tem competência para fazê-lo. Isto não quer dizer que no caso da não realização de um ato devido, todos aqueles que, em tese, tivessem a possibilidade de praticá-lo poderiam ser chamados a responder por omissão de um dever. Tome-se um exemplo bastante comum, para ilustrar esta situação. Certas instituições financeiras não estabelecem em seus estatutos quem é o responsável pela área contábil. Em tese, qualquer diretor está habilitado a remeter os demonstrativos financeiros periódicos ao Banco Central do Brasil. Ora, se houver atraso na remessa de demonstrativos ao Banco Central, este certamente não poderá responsabilizar todos os diretores, baseado no fato de que estatutariamente todos estavam autorizados a remeter ditos demonstrativos. Caso se possibilitasse a aplicação de penalidade, estar-se-ia adotando a tese da responsabilidade coletiva, que como se verá na terceira parte deste trabalho não é permitida no direito brasileiro.

Situação, entretanto, absolutamente diferente é aquela onde a lei ou o estatuto (ou contrato social) impõe a cada um dos administradores o dever de praticar determinados atos. É o caso do dever imposto aos membros do conselho de administração de fiscalizar a sociedade ou o dever de diligência imposto

27. Gil Costa Carvalho, “Conselho de administração e diretoria”, in Geraldo de Camargo Vidigal & Ives Gandra da Silva Martins (org.) *Comentário à lei das sociedades por ações*, S. Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1982, IV/76.

aos administradores das sociedades de um modo geral. Nesta hipótese, conforme já foi explicado anteriormente, cada um dos administradores pode sofrer sanções, não sendo lícito a qualquer deles argumentar que a tarefa poderia ter sido implementada por outro.

34. No que tange às instituições financeiras organizadas sob a forma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, segundo estabelece um estudioso²⁸ é comum “subdividir as tarefas administrativas de acordo com a natureza precípua das operações sociais”. Segundo este mesmo autor, este fato produz efeitos internos e externos. No que toca a estes últimos, diz o autor²⁹ que estes efeitos existem “porque se o contrato lhe conferir o uso exclusivo da firma social em certos e determinados negócios, a sociedade, em princípio, só se vinculará, perante terceiros, se observada a prescrição estatutária.” Ora, na medida que contratualmente atribui-se a um determinado sócio-gerente a tarefa exclusiva de praticar certos atos, a culpabilidade pela omissão na prática deste ato é consequentemente deste. Até porque, ao se atribuir exclusivamente a determinado sócio-gerente poderes para prática de determinados atos, os demais ver-se-iam impedidos de exercer referidos poderes.

2.4.4 Responsável perante o BACEN

35. Há certos casos onde o Banco Central do Brasil exige que a sociedade indique um de seus administradores como responsável por determinada área, setor ou operações. É o caso, por exemplo, da área de câmbio, onde se exige que a instituição financeira indique um diretor responsável por esta área.³⁰ Ou o caso das operações compromissadas,

onde também se exige que as corretoras e as DTVMs que pretendam operar nesta espécie de modalidade, indiquem um administrador responsável.³¹ Eventuais irregularidades havidas em operações desta espécie devem ser atribuídas aos administradores responsáveis.

36. Para finalizar este assunto, há de serem feitas algumas observações. Não há dúvida que nos quatro casos acima explorados havendo alguma irregularidade o administrador responde por eventual ocorrência em áreas de sua responsabilidade. Contudo, não há de se perder de vista jamais que a regra no direito brasileiro é a da responsabilização com culpa. Assim sendo, o fato de haver administrador responsável por determinada área não implica em automática responsabilização do mesmo, sem a possibilidade dele apresentar prova da ausência de culpa de sua parte. Não há dúvida que, ocorrendo uma irregularidade em área de responsabilidade de um administrador, há presunção de que este tenha falhado em suas atribuições. Porém, nada impede que este comprove sua não culpa, ou mesmo a autoridade julgadora reconheça de ofício esta circunstância. Entretanto, a princípio, vigora a presunção de responsabilidade do administrador designado como responsável pela área.

2.4.5 Administrador que recebeu intimação do BACEN

37. Apresenta-se, por fim, a hipótese da autoridade ter encaminhado à instituição financeira determinada solicitação, a qual deixou de ser cumprida, no tempo oportuno. Neste caso, pode ser responsabilizado o dirigente que recebeu a intimação encaminhada pelo Banco Central do Brasil. Com efeito, cumpre

28. Egberto Lacerda Teixeira, op. e loc. cit.

29. Op. e loc. cit.

30. Res. 1.620/89 I-d.

31. Res. 1.088 RA-art. 8.º, II ou MNI 2-14-2-4.

ao administrador de instituição financeira que recebe solicitação encaminhada pelo Banco Central do Brasil dar cumprimento, de imediato, às determinações feitas pela autarquia federal.

A regra geral supra-relatada, entretanto, é inaplicável, naquelas situações em que o administrador que recebeu a intimação, estava proibido, em razão da lei, do regulamento, do Estatuto ou do contrato social de praticar o ato requerido. Nesta hipótese, e desde que o administrador tenha diligentemente encaminhado a intimação a outro administrador capaz de praticar o ato, para fins de cumprimento, comunicando ao Banco Central do Brasil de imediato tal fato, não poderá incorrer em qualquer sanção. Os motivos pelos quais este administrador não pode ser punido são evidentes. Com efeito, a autoridade, ainda que por meio de ato administrativo regular, não pode exigir que determinado administrador pratique ato para o qual não se encontra habilitado, descumprindo a lei, os regulamentos, o estatuto ou o contrato social.

38. Para finalizar a questão das condutas omissivas, deve-se tomar em conta que somente pode ser punido pelo Banco Central do Brasil aquela pessoa que inequivocamente estava obrigada a agir de determinada maneira e que assim não o fez. Conseqüentemente, a culpabilidade de determinada pessoa exige a demonstração que esta tinha o dever de agir e não cumpriu com este dever. Não cabe pois, à autoridade julgadora, nesta tarefa, procurar tirar conclusões a respeito de quem seria o responsável pelo cumprimento dos atos, por meio de digressões, inferências, suposições, etc. A obrigação de dar cumprimento a determinado dever, só pode ser constatada através de uma análise lógica, racional e direta do instrumento pertinente, onde fique inequivocamente demonstrado quem seria o responsável.

3. RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO, OBJETIVA E SUBJETIVA

3.1 Das diversas espécies de responsabilidade

39. Segundo Antonio Fiorella³² “Le tre possibili forme della responsabilità penale comunemente individuate sono quella per fatto altrui, quella oggettiva e quella soggettiva.” Prosseguindo sua exposição, explica o autor: “La prima significa ascrivibilità del fatto (evento) a prescindere dall'accertamento del nesso causale tra il fatto medesimo ed il soggetto sanzionato, essendo il fatto cagionato da altri; quella cosiddetta oggettiva significa ascrivibilità del fatto, sul presupposto della sua dipendenza causale dal soggetto sanzionato, ma a prescindere dalla colpevolezza del medesimo (senza dolo né colpa); quella soggettiva significa ascrivibilità del fatto sul presupposto che sia stata accertata anche la sua colpevolezza.”

3.2 Responsabilidade por fato de terceiro

40. Em nosso sistema jurídico, regra geral, não é possível se punir alguém por fato de terceiro. É bem verdade que no campo da responsabilidade civil, abre o legislador uma pequena exceção a esta regra. É o caso do art. 1.521 do CC pátrio. Deve-se alertar entretanto, que, como bem reconhece Caio Mário da Silva Pereira,³³ baseado na lição de Mazeaud, a “responsabilidade indireta tem caráter excepcional”. Além disto, as hipóteses são aquelas expressamente previstas em lei, sendo certo, outrossim, que pelos termos do art. 1.523 do CC,

32. Verbete “Responsabilità Penale” in *Enciclopedia del diritto*.

33. Op. cit., p. 85.

a mesma não dispensa prova de culpa do responsável.

Se no campo civil, excepcionalmente, permite-se responsabilizar alguém por fato de terceiro, no Direito Punitivo (Penal e Administrativo), esta hipótese é inaplicável. Com efeito, o Direito Penal moderno acha-se fundamentado na imputabilidade do fato típico à pessoa de seu autor. Neste sentido, a sempre oportuna lição de Wessels:³⁴ Toda a investigação jurídico-penal parte da questão de se um determinado acontecimento preenche os elementos de um fato punível e isto deve ser imputado a uma pessoa determinada como sua "obra de livre vontade".

Destarte, para o Direito Penal só é possível a imputação de um fato a uma determinada na medida que esta possa ser classificada como obra sua. Logo, só é punível a pessoa que praticou o fato típico. Este posicionamento é melhor elaborado pelos penalistas, no estudo da culpabilidade. O mesmo Wessels³⁵ ensina: Objeto da censura de culpabilidade é a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta de ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico.

Alguns países, entenderam a necessidade de esculpir o princípio segundo o qual só é responsabilizável o autor da conduta na própria Constituição. Desta maneira, a Constituição da Itália, em seu art. 27 estabelece que: "La responsabilità penale è personale". Comentando este aspecto, o Prof. Carlos Frederico Grosso³⁶ é conclusivo ao dizer: "Perchè si ponga un problema di responsabilità penale à ovviamente necessario, *in primis*, che venga realizzato un illecito

completo di tutti gli elementi oggettivi che ne compongono la struttura. Ed il problema nasce nel momento in cui ci si domanda a chi, ed a quali condizioni, tale fattispecie può essere addebitata; e ci si chiede, di conseguenza, chi dovrà subire il carico della sanzione predisposta a garanzia dell'osservanza della norma che tale illecito prevede.

Il primo punto che occorre mettere in chiaro, e si tratta di punto assolutamente fermo, è che il diritto penale respinge lo schema della responsabilità per fatto altrui. La stessa disciplina del Codice Penale, ed ora inequivocabilmente la Costituzione (art. 27, comma 1.), chiariscono infatti che autore della condotta antiggiuridica che ha prodotto il risultato penalmente rilevante, soggetto cui si imputa l'evento lesivo, e persona che subisce la conseguente sanzione criminale, nello schema della responsabilità devono coincidere".

No Brasil, também é este o princípio seguido. Na própria E.M. à Lei da Nova Parte Geral do Código Penal deixa-se claro que o destinatário da norma penal é autor da conduta. Diz referido texto: Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar do ato ou abster de fazê-lo.

Isto posto, no âmbito penal, dúvida não pode subsistir quanto ao fato de que só é punível o autor da conduta. Também assim é, no âmbito Administrativo. Até porque, como ficará demonstrado quando da análise da responsabilidade subjetiva, não há distinções ontológicas entre ilícito penal e ilícito administrativo. Neste sentido, não é passível alguém ser responsabilizado, por fato de outrem.

41. Neste passo, importante que se diga que seguindo o princípio segundo o qual só é passível de ser responsabi-

34. Johannes Wessels, *Direito penal*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1976, p. 16.

35. Op. cit., p. 84.

36. Verbecqz "Responsabilità Penale" in *Novissimo digesto italiano*.

lizado o autor da conduta, de há muito o direito pátrio consagra o “Princípio da Personalização da Pena”, segundo o qual somente o responsável deve sofrer as conseqüências de seu ato.

Este princípio, ressalte-se, é positivo não por outro instrumento, mas pela própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLV. Aliás, este dispositivo repete um princípio já constante em diversas cartas anteriores. Segundo se comenta,³⁷ no direito brasileiro, desde a “Carta de 1824 (art. 179, n. 20) firmou-se este princípio” sendo certo que tal disposição inserta na Carta de 24 “importava em derrogação de normas das Ordenações Filipinas”. Destarte, trata-se de princípio tradicionalmente reconhecido pelo Direito Constitucional pátrio, derogatório da legislação do Reino.

Neste ponto, poderão surgir aqueles que pretendam argumentar que o dispositivo constitucional em comento aplica-se exclusivamente à área criminal. Com efeito, mais de uma vez já se constatou a existência de determinadas correntes que tentam vincular a aplicação de princípios constitucionais que envolvam disposições relacionadas a pena e/ou matéria punitiva exclusivamente à esfera criminal. Ignora-se o fundamento jurídico a suportar tal conclusão. Isto porque o texto constitucional, de forma alguma, restringe a aplicação do princípio. Com efeito, a norma se utiliza da palavra “pena”, sem qualquer qualificativo. Se assim é, ou seja, se não se qualifica o termo, este está sendo usado como gênero. Caso tivesse sido intenção do legislador restringir sua utilização, bastaria tê-lo qualificado, o que não foi feito. Neste passo, nunca é demais lembrar que, onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir.

37. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1990, 1/60.

42. Isto posto, só se pode concluir que em função de regras de caráter constitucional e infraconstitucionais, não se permite responsabilizar e penalizar nenhum administrador por fato de terceiro, no âmbito da Lei 4.595/64. Ressalte-se, por oportuno e para se evitar malentendidos, que as regras do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76 não impõem responsabilidade por fato de terceiros, nos moldes aqui tratados. Lá se pune o administrador em virtude deste tomando conhecimento de fato ilícito cometido por outro administrador, deixar de tomar medidas que lhe cabiam. Ou ainda, pune-se o administrador que negligenciou em descobrir ato ilícito praticado por outro. Vê-se, pois, que nestas hipóteses o administrador não está sendo responsabilizado ou passível de ser penalizado por fato de terceiros, mas por seu próprio, na medida em que deixou de tomar certas atitudes quando teve ciência de fato ilícito cometido por outro ou deixou de exercer vigilância. Portanto, não se pode falar em punição em razão de fato de terceiro.

43. Para finalizar este tópico, imprescindível que se diga que, na medida em que só é responsabilizável e punível o autor da conduta, não é possível se adotar a tese da responsabilidade coletiva. No passado tal foi possível. Entretanto, nos dias de hoje, a adoção desta tese seria contrária a qualquer princípio mais elementar de direito. Pontes de Miranda³⁸ lembra que a responsabilidade individual “não foi sempre o processo do homem; apenas é o processo atual das sociedades.” Portanto, a responsabilidade individual assim deve ser compreendida, isto é, como um estágio que foi alcançado dentro de um processo evolutivo, sendo certo que, qualquer esforço em contrário deve ser tomado

38. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, 2.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1971, t. V, p. 229.

como flagrante retrocesso do ordenamento jurídico.

3.3 Responsabilidade objetiva

44. A segunda forma possível de responsabilização é a dita responsabilidade objetiva. Muitas vezes se confunde a responsabilidade por fato de terceiro com a responsabilidade objetiva. Procura-se englobar dentro do conceito de responsabilidade objetiva tanto a própria responsabilidade objetiva, como também a responsabilidade por fato de terceiro. Necessário, pois, que se deixe claro a existência de diferença bastante significativa entre estes dois conceitos. No segundo caso alguém é responsabilizado independentemente de sua participação no evento. Já no primeiro caso (responsabilidade objetiva) a responsabilidade prescinde da comprovação da culpa.

Define-se responsabilidade objetiva como aquela que emerge, prescindindo de comprovação da culpa do agente causador do dano. Para Arnold Wald³⁹ a responsabilidade objetiva existe “quando independe de qualquer falha humana (culpa) ou desejo de causar o dano (dolo) e decorre de uma simples relação de causalidade”.

No Brasil, questão da responsabilidade objetiva vem causando alguma polêmica, sendo que, regra geral, esta não é aceita. De fato, o direito brasileiro, no que se refere à responsabilização se baseia na idéia de culpa. A regra geral comporta algumas exceções.

No Direito Administrativo, por exemplo, em razão de disposição constitucional, mais especificamente o art. 37, § 7.º da CF, adotou-se para o Estado um regime diferente daquele reservado ao restante da sociedade. Como diz Hely

Lopes Meirelles,⁴⁰ em razão do retro-mencionado dispositivo constitucional, firmou-se “assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.”

No Direito Privado, a regra geral é a não aceitação da responsabilidade objetiva. É bem verdade que através “da elaboração doutrinária, ingressou em nosso direito a teoria do risco”.⁴¹ Porém, tal doutrina “não penetrou em nosso direito positivo senão em incidências específicas.”⁴² Ou seja, somente em casos bastante excepcionais se admite a responsabilidade sem culpa.

Os penalistas são absolutamente conclusivos ao rejeitarem a tese da responsabilidade objetiva. Tal tese lhes parece ser tão repugnante que muitos deles dedicam umas poucas linhas para se referirem à responsabilidade objetiva, simplesmente para rejeitar sua adoção. Damásio E. de Jesus,⁴³ por exemplo, perde algumas poucas linhas neste assunto, somente para concluir que a tese é “combatida pela doutrina moderna”. A clássica literatura também assim entendia. Veja que Nelson Hungria⁴⁴ dizia textualmente o seguinte: Sem culpabilidade não é admissível irrogação de pena. *Nulla poena sine culpa*. É este um princípio central do direito penal moderno, a que nosso Código vigente se ajustou, repelindo irrestritamente a chamada responsabilidade objetiva ou sem culpa.

40. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 17.ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed., 1992, p. 558.

41. Caio Mario da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 3.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1992, p. 20.

42. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit., p. 23.

43. Op. cit., p. 397.

44. Nélson Hungria, *Comentários ao código penal*, Rio, Ed. Forense, 1958, v. I/113, t. II.

39. Arnold Wald, *Obrigações e contratos*, 7.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 369.

E, prossegue o então Ministro do STF para concluir seu raciocínio, nos seguintes termos: A responsabilidade objetiva, que ainda persiste, embora como anomalia, em alguns Códigos Penais contemporâneos, representa, como observa Seuffert, um traço de primitivismo.

Note-se que a própria Exposição de Motivos 211, de 9.5.83 do Sr. Ministro da Justiça ao Sr. Presidente da República, por ocasião do envio do projeto de lei, o qual iria posteriormente se converter na Lei 7.209, de 11.7.84, o qual reformulou inteiramente a Parte Geral do Código Penal, em seu item 18 é claro ao dizer que “Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.” Destarte, fica evidente a total rejeição do sistema punitivo brasileiro à tese da responsabilidade objetiva.

45. Parece claro que, no Brasil, princípio geral é rejeitar a responsabilidade objetiva. Não há razão para que, no regime jurídico da Lei 4.595/64, seja diferente. Vale dizer, não haveria porque se entender que o regime jurídico da Lei 4.595/64 destoaria do sistema jurídico como um todo.

É de se notar que as razões que levaram a se permitir que, excepcionalmente, em alguns ramos jurídicos se abrisse a possibilidade de se aplicar a responsabilidade objetiva, não se adequam às questões tratadas pela Lei 4.595/64. No caso da responsabilidade civil do Estado, esta “governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica”.⁴⁵ Tal peculiaridade não é compartilhada, por óbvio, pelo administrador de instituição financeira.

Relativamente à teoria do risco, esta tem sua fundamentação na necessidade

do direito dar uma resposta a um processo de industrialização, e os problemas que este processo causava no que tange a comprovação da culpa. Tanto assim é, que foi no domínio dos acidentes de trabalho que primeiro se chegou à conclusão da necessidade de se adotar a teoria da responsabilidade objetiva.⁴⁶ Por outro lado, explica-se a adoção desta teoria como risco de alguém que passa a explorar um negócio, lucrativo porém perigoso. Neste sentido, a lição do Professor de Coimbra.⁴⁷ “Quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commodum ibi incommodum*)”. Pelo que se vê, não há qualquer possibilidade de se aplicar a teoria do risco no Direito Bancário. Não se trata, sabidamente, de atividade perigosa capaz de causar dano a outrem, no modo e forma estabelecida pela teoria do risco. Por outro lado, a teoria do risco está intimamente ligada a noção de prejuízo patrimonial, o que não é aqui o caso. Como se sabe, o descumprimento das normas constantes da Lei 4.595/64 não se vincula a ocorrência de prejuízos materiais. Tampouco as penas visam recompor eventuais prejuízos desta espécie. Logo, não haveria o mínimo cabimento se utilizar a teoria do risco em situações como a presente.

Alerte-se, ainda, que nas hipóteses de responsabilidade objetiva esta sempre decorre de norma positiva específica. Vale dizer: para alterar a regra geral é necessária norma específica. Não é o

45. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 5.ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed., 1994, p. 475.

46. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 6.ª ed., Coimbra, Liv. Almedina, 1989, 1/602.

47. Op. cit., p. 603.

caso da Lei 4.595/64 que não estabelece em seu texto nenhum dispositivo de sorte a embasar a tese da responsabilidade objetiva.

3.4 Responsabilidade subjetiva

46. A terceira forma possível de responsabilização é a subjetiva. Trata-se da responsabilidade adotada pelo direito brasileiro em geral. O direito bancário, especialmente no que se refere a responsabilidade administrativa não teria motivos para fugir da regra geral. Assim, neste ramo do direito a responsabilização se funda no conceito da existência de culpa. Neste ponto, os penalistas proclamam a regra do *nullum crimen sine culpa*,⁴⁸ preceito este que deve ser seguido também no que tange a ilícitos como os aqui tratados.

Faz-se mister, pois, proceder à uma análise criteriosa sobre a culpabilidade. Para isto, será necessário se tomar em conta algumas conclusões e estudos feitos pelos penalistas a respeito do assunto, em vez que o tema ora tratado encontrasse melhor trabalho por aquele ramo do direito. Esta situação, todavia, não cria qualquer risco para as conclusões a que se alcançarem na medida que o ilícito administrativo não apresenta diferença substancial com o ilícito penal. A esta conclusão já havia chegado Néelson Hungria⁴⁹ que diz: "Tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à variável medida de interesse da sociedade e do Estado. Conforme acentuava Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de

ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor intensidade lesiva de uma em cotejo com outra." Nestas conclusões, o jurista é seguido unanimemente pela doutrina. É o caso, por exemplo, de Heleno Fragoso,⁵⁰ Damásio E. Jesus,⁵¹ Julio F. Mirabete,⁵² entre outros.

No campo penal são elementos que formam o conceito de crime além da tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade. Como bem nota Francisco de Assis Toledo⁵³ o crime é "ação típica, ilícita e culpável". Também assim é no ilícito decorrente do descumprimento dos objetivos da Lei 4.595/64. Vale dizer, é necessário que a conduta do administrador, além de ser típica e antijurídica, seja culpável.

O direito privado brasileiro, por sua vez, não destoa da orientação que o direito penal dá ao assunto. Segundo diz a melhor doutrina a "responsabilidade civil assenta no princípio da culpa, sem embargo de algumas disposições isoladas abrigarem a doutrina do risco."⁵⁴ Inexiste, conseqüentemente, qualquer tipo de contrariedade que, no direito brasileiro, regra geral, a responsabilização esteja sempre ligada à idéia de culpa.

47. Culpabilidade "é o nexó subjetivo que liga o delito ao seu autor. Reveste, no Direito brasileiro, as formas de dolo e culpa."⁵⁵ Dolo é "a violação intencional de um dever jurídico".⁵⁶ Culpa, por sua vez, é "a violação por negligência, imprudência ou imperícia".⁵⁷ É punível,

50. Op. cit., p. 143.

51. Op. cit., p. 143.

52. Op. cit., p. 95.

53. Op. cit., p. 80.

54. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit., p. 32.

55. Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 4.ª ed., S. Paulo, Max Limonad, 1977, 1/247, t. 1.

56. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 6.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1979, p. 541.

57. Idem, op. e loc. cit.

48. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 4.ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 217.

49. Op. cit., p. 35.

pois, a conduta perpetrada pelo administrador de instituição financeira, desde que este tenha agido com dolo ou culpa (*stricto sensu*), isto é, a conduta deve ser culpável. Esta constatação já havia sido feita por Nelson Abrão.⁵⁸ É certo que o Prof. Nelson Abrão restringe suas conclusões aos diretores de banco, posto que o escopo da obra era tratar exclusivamente de direito bancário. Todavia, neste caso, não há diferença significativa entre o regime que se adota para administrador de banco e administrador de instituição financeira de modo geral.

3.4.1 Dolo e culpa

48. As condutas dolosas não despertam grandes questionamentos. Aqueles que deliberadamente descumprem normas legais são passíveis de responsabilização.

Quanto às condutas culposas levadas a cabo pelos administradores de instituição financeira, há de se perquirir qual o comportamento do administrador de instituição financeira que caracterizaria o não cumprimento do dever de diligência exigível. Isto porque, a tipicidade dos delitos culposos “determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários”.⁵⁹ Necessário, pois, se analisar qual o *standard* para o administrador de instituição financeira. O comportamento segundo os parâmetros do *bonus pater familiae* seriam suficientes? É o que se passa a analisar.

49. Primeiramente, necessário que se diga que a instituição financeira é organizada sob a forma de sociedade. Portanto, como parâmetro mínimo do

comportamento, caberá a seus administradores observar a regra geral estabelecida para os administradores da sociedade. Examine-se, pois, qual será o padrão exigido para os administradores de sociedade em geral. A lei societária atual a Lei 6.404/76, em seu art. 153, exige que o administrador empregue no exercício de suas funções “o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seu próprio negócio”. Para alguns, em vista do disposto no art. 153 da Lei 6.404/76 os membros da administração da sociedade, deveriam ter o comportamento do *bonus pater familiae*. Outros, como por exemplo, Fran Martins,⁶⁰ preferem já vislumbrar a necessidade de se exigir do administrador uma conduta mais diligente, do que a do simples pai de família “dado o caráter institucional da sociedade que, requerendo qualidades profissionais de administrador, nele vê, em princípio, um técnico a dirigir uma instituição”. Waldirio Bulgarelli,⁶¹ informa que modernamente determinada idéia se acresceu de que se se imponha “um padrão, de um *standard*, de um modelo de atuação, não de simples pai de família, *vir diligens ac probus, bonus pater familias, vir optimus et purus*, do Digesto, mas de administrador eficiente, ou seja, com a exigência da *peritia artis*, portanto de capacidade profissional”. Este mesmo autor,⁶² comenta que o “modelo adotado pela Lei 6.404/76, no art. 153, do *vir bonus vir optimus et purus*, conquanto possa ser alargado para albergar as exigências de uma gestão empresarial, não se apresenta ainda perfeito,

60. Fran Martins, *Comentário à lei das sociedades anônimas*, Rio, Ed. Forense, 1978, 2/363, t. I.

61. Waldirio Bulgarelli, “Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias”, in *RDM* 50/75.

* 62. Op. cit., p. 77.

58. Nelson Abrão, *Curso de direito bancário*, S. Paulo, Ed. RT, 1982, p. 145.

59. Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 220.

deixando de evidenciar o aspecto da *peritia artis*, só se completando com outros dispositivos, como o já citado da referência à empresa com objeto social (art. 2.º) o da adoção de critérios para remuneração (art. 152) etc., mas, de qualquer forma a idéia de que a gestão da empresa impõe certos predicados técnicos já está na consciência geral, sobretudo no que tange à macroempresa." Vê-se, pois, que através de uma interpretação sistemática dos dispositivos da lei societária, poder-se-ia desde logo se concluir que o administrador de uma sociedade estaria sujeito a um dever de diligência superior ao *bonus pater familiae*.

50. Entretanto, ainda que se tivesse concluído que o administrador de uma sociedade qualquer estivesse sujeito a um dever de diligência de um *bonus pater familiae*, o banqueiro, de um modo geral, estaria sujeito a um dever de diligência superior a este. Ora, desprezando-se a questão de estar ou não organizada como sociedade, a instituição financeira, em razão de sua estrutura, responsabilidades e relacionamento com o público, exige ser encarada como um ente administrado com total profissionalismo. Vale dizer: é da essência da atividade financeira o profissionalismo. Não deve ser esquecido que o próprio Código Comercial, de 1850, destacava esta característica, quando, em seu art. 119 considerava "banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco".

Neste ponto, tratando-se de exercício profissional de uma atividade, deve-se tomar em conta a lição de Heleno Cláudio Fragoso⁶³ para quem quando "se trata de ofício ou profissão, pode dizer-se que não viola o cuidado objetivo o agente que atende as regras da arte (*legis artis*)".

63. Op. cit., p. 222.

51. Já se chegou a conclusão acima, que seja em função das disposições da lei societária, seja em decorrência do fato do banqueiro ser um profissional, exigir-se-ia do administrador de instituição financeira, um cuidado maior do que aquele esperado do *bonus pater familiae*. Todavia, há de se ter em conta que, exige-se do administrador de instituição financeira um padrão de comportamento ainda superior ao administrador de sociedade ordinário ou um profissional qualquer. Isto decorre da particularidade que cerca o comércio bancário. Com efeito, a instituição financeira é uma atividade diferenciada das demais e sujeita à regulamentação própria. Michel Vasseur⁶⁴ reconhece a existência de um regime diferenciado dizendo: "Cette réglementation spécifique découle de cette vérité d'évidence que l'entreprise bancaire n'est pas une entreprise commerciale comme les autres et qu'il importe par-dessus tout d'assurer sa solvabilité et sa liquidité et aussi de la protéger contre l'imprudence, voire le manque de totale honnêteté de ses dirigeants."

Realmente, o banqueiro é um comerciante que recebe uma autorização especial do Estado, estando sua atividade rigidamente regulada e fiscalizada pelo mesmo. Este controle estatal da atividade financeira prende-se principalmente a dois fatos: a) o banqueiro é capaz de criar moeda escritural. Como já ensinou Galbraith:⁶⁵ "O dinheiro tem três progenitores: casas da moeda, secretários de tesouro ou ministros da fazenda, sendo estes a fonte do papel-moeda; e bancos, de um tipo ou outro"; b) o banqueiro está autorizado a captar poupança popu-

64. Michel Vasseur, *Droit et économie bancaires*, 3.ª ed., Paris, Les Cours de Droit, 1982-1983, p. 83.

65. John Kenneth Galbraith, *Moeda: de onde veio, para onde foi*, 2.ª ed., S. Paulo, Livraria Pioneira Ed., 1983.

lar. Em função disto, é natural que o Estado exija que os administradores de instituição financeira sejam profissionais absolutamente preparados. Deste modo, ao contrário da quase totalidade das sociedades comerciais comuns, os administradores da instituição financeira devem ter seus nomes previamente submetidos ao Estado (por intermédio do Banco Central do Brasil), para que possam exercer estas atividades. É o que determina o art. 33 da Lei 4.595/64.

Por estes motivos, não é difícil se concluir que o administrador de instituição financeira está sujeito a um tipo de *standard* superior ao *bonus pater familiae* e até dos demais administradores de outras sociedades mercantis ou profissionais em geral. Logo, o administrador de instituição financeira deve ser alguém absolutamente cauteloso, no exercício de suas atividades. Isto posto, ao se eximir a ocorrência de culpa *stricto sensu* dever-se-á tomar em conta estas observações.

4. CONCLUSÃO

52. De todo exposto, algumas conclusões podem ser tiradas.

Primeiramente, deve-se concluir que as penalidades por descumprimento aos objetivos da Lei 4.595/64 podem ser aplicadas às instituições financeiras (regulares e irregulares), membros do

conselho fiscal, e seus administradores regulares e irregulares. No que tange aos administradores, estes ao descumprirem as normas poderão ser penalizados, sendo certo que há certas peculiaridades nas responsabilidades dos administradores, em função do órgão que ocupam.

Em segundo lugar, não há como se negar que as infrações aos objetivos da Lei 4.595/64 podem se dar em função de condutas comissivas e omissivas. Na prática, a maior parte das infrações se dá por atos e não omissões. No caso das condutas omissivas, tem se entendido que esta só se caracteriza quando o administrador tinha o dever de praticar certo ato e não o fez, dever este estabelecido na lei ou no regulamento; no estatuto ou contrato social; podendo ainda decorrer de ser atribuição inerente ao cargo ou de ser o mesmo responsável pela área perante o BACEN ou, ainda, ter o interessado recebido comunicação encaminhada pelo Banco Central do Brasil determinando a realização de um dado ato.

Por último, deve-se ter em mente que no Brasil, para fins da Lei 4.595/64 não se aceita a tese da responsabilidade por fato de terceiro ou a responsabilidade objetiva, sendo só aceitável a tese da responsabilidade subjetiva. Em função disto, a responsabilização pode se dar por atos dolosos ou culposos perpetrado pelo administrador de instituição financeira.