

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS: ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS

PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO

SUMÁRIO — 1. Introdução; 2. Considerações gerais, 2.1 Aspectos positivos, 2.2 Aspectos negativos, 2.3 Alguns problemas decorrentes da aplicação da Lei 6.024; 3. A disciplina do inquérito administrativo, 3.1 Aperfeiçoamentos possíveis, 3.2 Atenção maior aos crimes detectados, 3.3 Outros; 4. A questão da responsabilidade civil, 4.1 A indisponibilidade dos bens, 4.1.1 Indisponibilidade formal e efetiva, 4.1.2 Pessoas atingidas pela indisponibilidade, 4.1.3 Os bens do controlador, 4.2 A medida cautelar de arresto, 4.2.1 O equívoco do *nomen juris*, 4.2.2 Os bens a serem arrestados, 4.2.3 A prevenção do Juízo, 4.3 A responsabilidade civil, 4.3.1 O art. 39 e o art. 40 da Lei 6.024, 4.3.2 A posição de Mauro Brandão Lopes, 4.3.3 A posição de Wilson do Egito Coelho sobre a responsabilidade solidária, 4.3.4 Outros pronunciamentos a respeito da responsabilidade solidária, 4.3.5 A posição do autor, 4.3.6 A prescrição vintenária e os fatos ocorridos há mais de cinco anos, 4.4 A ação ordinária de responsabilidade civil, 4.4.1 Prazo para a propositura, 4.4.2 A hipótese do art. 49, § 2.º, 4.4.3 O encerramento da intervenção ou da liquidação extrajudicial e a legitimação do Ministério Público; 5. Conclusões.

1. Introdução

Mal conhecida e pouco estudada, a Lei 6.024, apesar de já passados mais de 10 anos do início de sua vigência, ainda representa, para a grande maioria dos profissionais do Direito, uma incógnita. Mesmo para aqueles que, por força de suas atividades, tem um contato mais próximo com as liquidações extrajudiciais de instituições financeiras, o cotidiano reserva muitas indagações e perplexidades. Neste trabalho, alguns desses problemas serão abordados.

2. Considerações gerais

2.1 Aspectos positivos

Feita uma análise global da Lei 6.024, ressaltam, ao mesmo tempo, aspectos positivos e negativos.

Sob um ângulo positivo, o que acima de tudo impressiona o observador é o enfoque atualizado conferido ao diploma. Assim é que, embora timidamente, alguns passos firmes foram dados no sentido de, à semelhança do que ocorre no moderno Direito Concursal, estabelecer-se nítida distinção, quanto aos efeitos da medida de intervenção e liquidação extrajudicial, entre empresa e empresário, ou, mais particularmente, entre a empresa e seu administrador. Assim é que

se procura preservar a empresa (o que ocorre não apenas na intervenção, mas também na liquidação extrajudicial), afastando, no entanto, seu administrador. A solução, como se vê, é radicalmente diversa da existente para os casos de concordata preventiva. Nesta, o empresário, exatamente aquele a que estava afeta a empresa no momento em que as dificuldades financeiras desta exigiram a impetração do favor legal, persiste à testa dos negócios, acarretando as óbvias conseqüências por todos conhecidas.

2.2 Aspectos negativos

Os aspectos negativos são, no entanto, inegavelmente muitos. O próprio modo apressado com que, segundo consta, foi elaborada a Lei 6.024, é um primeiro sintoma de que o tratamento legislativo dado ao tema não poderia ser o mais adequado. Dessa circunstância é reflexo a atecnia revelada em algumas passagens do diploma legal. Mas, sob o ângulo de que ora se cuida, o que mais preocupa o observador atento é a circunstância de terem sido deixados de lado fenômenos atuais. Assim é que não há na Lei 6.024 qualquer referência às figuras do acionista controlador e do grupo de empresas.

2.3 Alguns problemas decorrentes da aplicação da Lei 6.024

Serão aqui particularizados tópicos referentes ao inquérito administrativo e à responsabilidade civil. É claro que a enumeração a ser feita não será taxativa: Outros problemas existem na aplicação da Lei 6.024, e não menos relevantes. É intuitiva, no entanto, a conveniência de se delimitar o objeto, para não superdimensionar o trabalho.

3. A disciplina do inquérito administrativo

3.1 Aperfeiçoamentos possíveis

O inquérito vem sendo conduzido, na generalidade das hipóteses, correta e eficientemente. Nem por isso, no entanto, poder-se-á dizer que não deva ser aperfeiçoado aqui e ali.

3.2 Atenção maior aos crimes detectados

Os chamados crimes do colarinho branco são dos que mais têm chamado a atenção da imprensa e da opinião pública. Ora, muitas vezes as irregularidades cometidas em empresas submetidas ao regime de liquidação extrajudicial atingem os limites do ilícito penal, classificando-se na categoria de crimes acima lembrada. Tais fatos são graves, repercutem bastante, e há, a respeito deles, a crença muito difundida de que, em nosso País, permanecem impunes. Sem entrar no mérito desta última questão, não se pode negar que tudo o que se puder fazer no sentido da apuração dessa espécie de delitos merecerá a aprovação de todos os que tem alguma responsabilidade no saneamento moral do mundo dos negócios. Diante deste quadro, uma contribuição possível parece ser a de encaminhar a Comissão de Inquérito ao órgão do Ministério Público comunicação da ocorrência de crime apurado no curso das diligências empreendidas no decorrer do inquérito administrativo. É claro que neste não se visa a apurar ilícitos

penais. Não menos certo, no entanto, que a Comissão de Inquérito, no desempenho normal de suas atribuições, muitas vezes irá se defrontar com indícios de crimes ou contravenções.

Cumpra notar que a Comissão de Inquérito tem a obrigação legal de comunicar a ocorrência do crime constatado. Essa obrigação advém da circunstância do conhecimento ter-se dado no exercício de função pública, e resume-se, é evidente, às hipóteses de crime de ação pública, eis que nestas prevalece o interesse público na *persecutio criminis*. Nos casos de ação penal privada ou pública condicionada apenas o ofendido ou seu representante legal poderão provocar a instauração da ação penal. Desse modo, se o funcionário, no exercício da função, constatar a ocorrência de um delito só perseguível mediante ação privada, estará impedido de levar o fato ao conhecimento da autoridade, uma vez que a própria vítima (ou quem a represente) será a única que poderá decidir da conveniência de oferecer queixa. Tratando-se, no entanto, de crime de ação pública, a obrigação é inafastável, e seu descumprimento consubstanciará ilícito penal (omissão de comunicação de crime), previsto no art. 66 da Lei das Contravenções Penais. Conforme o caso, poderá configurar-se, até ou o crime de prevaricação ou o de condescendência criminosa (CP, arts. 319 e 320). A questão, como se vê, reveste-se de gravidade.

Cabe ainda acrescentar que, no que tange ao liquidante, a previsão legal da obrigatoriedade da comunicação é expressa (Lei 6.024, art. 32). Isto não significa, no entanto, que apenas ele, e não a Comissão de Inquérito, tenha a responsabilidade de que ora se trata.

3.3 Outros

No decorrer deste ensaio, serão apontados outros pontos que poderão conduzir, também, a um aperfeiçoamento do inquérito administrativo disciplinado na Lei 6.024.

4. A questão da responsabilidade civil

4.1 A indisponibilidade dos bens

A responsabilidade civil dos ex-administradores de instituições financeiras sob o regime de liquidação extrajudicial é apurada em ação própria, prevista no art. 46 da Lei 6.024. Em caráter preparatório, poderá ser proposta, contra essas mesmas pessoas, medida cautelar de arresto. Serão objeto de arresto os bens não atingidos pela indisponibilidade. E esta, por seu turno, é uma decorrência do decreto de intervenção, ou de liquidação extrajudicial, ou de falência. Assim, antes de se passar ao exame da responsabilidade civil, devem ser formuladas algumas considerações a propósito de questões que correspondem a antecedentes lógicos daquela.

A Lei 6.024 trata da matéria ora em foco no cap. IV, em duas seções, a primeira das quais versa a respeito da "indisponibilidade dos bens" e a segunda "da responsabilidade dos administradores e membros do Conselho Fiscal".

Dispõe o art. 36 da Lei 6.024 que "os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão

com todos os bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades". Esta indisponibilidade "decorre do ato que decretar a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência", operando a partir de então, *ex vi lege*, sem necessidade de qualquer formalidade complementar. Sua finalidade óbvia é a de resguardar os interesses dos credores, evitando a alienação do patrimônio particular dos ex-administradores dessas empresas.

4.1.1 Indisponibilidade formal e efetiva

A circunstância de ficarem os bens das pessoas mencionadas indisponíveis, não significa, no entanto, por si só, que o objetivo pretendido com essa medida seja atendido. Assim é que nenhuma proteção extra advirá para o credor da indisponibilidade de todos os bens não sujeitos a registro. Tais bens, embora formalmente indisponíveis, poderão, no entanto, ser facilmente alienados. Em termos concretos, nada impedirá a alienação desses bens que, deixando de integrar o patrimônio particular dos ex-administradores de instituições financeiras, perderão sua função de garantia das obrigações assumidas, acarretando um prejuízo potencial aos credores, que contam com a realização desse ativo para a satisfação de seus créditos.

Não se pode perder de vista que os bens não sujeitos a registro podem ter um elevado valor de mercado. É o caso, por exemplo, das jóias e das obras de arte, de valor muitas vezes superior a imóveis de bom padrão. Permitir que tais bens sejam facilmente alienáveis reduzirá em muito a relevância e a função do instituto da indisponibilidade. De pouco valerá dizer que os bens de certa pessoa estão indisponíveis se ela puder, com facilidade e sem superar obstáculos maiores, dispor desses bens como achar melhor.

Não se pode ignorar a realidade acima enunciada. Os fatos aí estão, a provocar uma atitude mais definida do profissional do Direito, que precisa apresentar, para esta situação, uma solução adequada. Como ponto de partida, é de se constatar que a indisponibilidade prevista na lei, embora decorra automaticamente de um dos atos enumerados no dispositivo mencionado, ora se concretiza, ora não. Daí a diferenciação que resulta, lógica, do exame feito: a indisponibilidade ora permanece no plano do formal, ora se efetiva. Para efetivar-se, é necessário que se faça a comunicação, prevista no art. 38 da Lei 6.024, "ao registro público competente e às bolsas de valores". A partir daí, não será possível, quanto a esses bens: a) a transcrição, inscrição ou averbação de documentos públicos ou particulares; b) o arquivamento de atos ou contratos que importem transferências de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias; c) a realização ou o registro de operações e títulos de qualquer natureza; d) a transferência de propriedade de veículos automotores (parágrafo único do art. 38, cit.).

4.1.2 Pessoas atingidas pela indisponibilidade

A indisponibilidade de que se trata não atinge indiscriminadamente todos os ex-administradores da empresa em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. A Lei 6.024 limita no tempo o âmbito de abrangência da indisponibilidade. O período fixado pelo legislador é o de um ano, dentro do qual

supõe-se tenham sido praticados a maioria dos atos que conduziram a empresa à situação em que se encontra. A fixação obedece, pois, a um critério de praticidade: no momento em que é decretada uma das medidas a que se fez referência, ainda não se sabe, em termos precisos, quais os ex-administradores que contribuíram para o ocorrido, sendo, no entanto, provável que aqueles que administraram a empresa nos últimos 12 meses soubessem do estado em que esta se encontrava, e tenham contribuído de alguma forma para a eclosão desse resultado.

São, assim, declarados indisponíveis os bens daqueles que, nos 12 meses anteriores ao decreto de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, tenham: a) exercido as funções de administrador da empresa; b) sido seus gerentes, ou conselheiros fiscais; c) concorrido, embora sem exercer nenhuma das funções referidas, para que fosse decretada a intervenção ou a liquidação extrajudicial; d) adquirido bens, das pessoas acima mencionadas, sempre que se tratar de "simulada transferência com o fim de evitar os efeitos" da Lei 6.024. A matéria acha-se disciplinada nos §§ 1.º e 2.º do art. 36 da Lei 6.024.

4.1.3 Os bens do controlador

Como acima se disse (n. 2.2), inexistente qualquer menção na Lei 6.024 à figura do acionista controlador. A omissão, é claro, só pode ser sanada de vez por meio de uma revisão legislativa, cumprindo lembrar, a propósito, que foi nomeada Comissão de alto nível, integrada por ilustres Comercialistas, para o desempenho dessa tarefa. Enquanto essa reforma, no entanto, não sobrevier e entrar em vigor, há que se trabalhar com as normas atualmente existentes, e delas procurar extrair todo seu potencial.

Dentro da linha acima esboçada, a solução que se vislumbra na lei para a responsabilização do controlador que não seja administrador da sociedade é a de vê-lo entre aqueles que "tenham concorrido, nos últimos 12 meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial" (art. 36, § 2.º, "a", da Lei 6.024). É certo que o dispositivo invocado refere-se, diretamente, apenas à indisponibilidade dos bens dessas pessoas. Não menos certo, no entanto, que os bens são declarados indisponíveis em função de uma futura ação de responsabilidade civil. Esta, se procedente, dará ensejo, na execução da sentença, à penhora desses bens (art. 49 da Lei 6.024). Por outro lado, se a ação não for proposta, a indisponibilidade será levantada (art. 46, parágrafo único, da Lei 6.024).

Adotada a posição que ora se preconiza, poderá o controlador ser responsabilizado civilmente pelos atos que tiver praticado, e omissões em que houver incorrido (Lei 6.024, art. 39), desde que haja um nexo de causalidade entre estes e a situação a que chegou a empresa. A referência ao nexo causal é de rigor, eis que o fundamento legal o exige, dispondo que as pessoas nele compreendidas tenham *concorrido para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial* (art. 36, § 2.º, "a", da Lei 6.024).

4.2 A medida cautelar de arresto

Se o inquérito administrativo concluir pela existência de prejuízos, será remetido ao Poder Judiciário, abrindo-se vista ao órgão do Ministério Público.

Este promoverá medida cautelar de arresto, tendo por objeto os bens não atingidos pela indisponibilidade. Surgiu, a propósito, uma série de questionamentos, parte dos quais já equacionado pela jurisprudência, a nível estadual, em São Paulo.

4.2.1 O equívoco do "nomen juris"

O tratamento legal da medida cautelar a ser proposta inicia-se por um equívoco do legislador. Refere-se ele à propositura do *seqüestro* dos bens (Lei 6.024, art. 45, *caput*). Mais adiante, como que penitenciando-se pela impropriedade (que não é nova: a Lei 1.808, de 7.1.53, que dispunha sobre a responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias, também falava em seqüestro, cf. art. 4.º, §§ 1.º e 3.º; 5.º, §§ 1.º, 2.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º), o legislador passa a usar o termo *arresto* (art. 45, § 2.º; 46, parágrafo único; 47, 48 e 49).

Ora, *arresto* e *seqüestro* não se confundem. Aquele "é a apreensão e depósito judicial de bens indeterminados e suficientes pertencentes ao devedor, em garantia de futura execução por quantia certa", enquanto este "consiste na apreensão e depósito judicial de determinado bem litigioso, decretada a requerimento da parte interessada, como garantia da futura execução para entrega de coisa certa".¹ "A diferença, acentua Vicente Greco Filho, "está em que, no *arresto*, os bens apreendidos são quaisquer bens penhoráveis que vão ser convertidos em dinheiro para pagamento do credor", ao passo que no *seqüestro* "a apreensão é da coisa litigiosa, para garantir a sua total entrega ao vencedor".²

Na hipótese em exame não se cuida de bens litigiosos. Não se trata, por exemplo, de saber a quem pertencem os bens indisponíveis, mas simplesmente de apreendê-los para, por meio dessa constrição judicial, obter-se garantia para uma futura execução por quantia certa (que deverá seguir-se à ação ordinária de responsabilidade civil, se esta for julgada procedente). Além do mais, a medida não deve ter por objeto certos e determinados bens, a respeito dos quais se discute, mas sim um número indefinido de bens do réu, tantos "quantos bastem para a efetivação da responsabilidade" (Lei 6.024, art. 45, *caput*). Não há dúvidas, portanto, que a medida cautelar a ser proposta é a de *arresto* e não a de *seqüestro*.

4.2.2 Os bens a serem arrestados

Dispõe o art. 45, da Lei 6.024 que devem ser arrestados os "bens dos ex-administradores, que não tinham (*sic*) sido atingidos pela indisponibilidade prevista no art. 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade". Cabem a respeito duas observações.

O primeiro ponto a ser salientado é o de que a Lei 6.024 não estabelece, no dispositivo em análise, nenhuma limitação subjetiva. A menção feita a ex-administradores é meramente enunciativa, e explica-se pela circunstância de que são eles os destinatários naturais da norma. Melhor esclarecendo: pela remissão feita ao art. 36, percebe-se que não apenas os ex-administradores, e, mais particularmente, aqueles que o foram nos últimos 12 meses (cujos bens tornam-se automaticamente indisponíveis em razão do decreto de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, nos termos do art. 36, § 1.º, da Lei 6.024), podem ter seus bens arrestados. Também podem tê-los todos aqueles a que se

reporta o § 2.º do mesmo art. 36 (cf. n. 4.1.2 e 4.1.3, supra). Apenas, neste segundo caso, a indisponibilidade depende de aprovação pelo Conselho Monetário Nacional, mediante proposta do Banco Central do Brasil, não se configurando, pois, como efeito direto do decreto de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

Ainda segundo o prisma da legitimação subjetiva passiva convém explicitar que esta não se restringe às pessoas mencionadas no art. 36 da Lei 6.024. E isto pelo simples, mas concludente, motivo de que todas essas pessoas têm em comum o fato de que as funções exercidas ou as ações praticadas o foram dentro do período de um ano imediatamente anterior à intervenção, à liquidação extrajudicial, ou à falência. Pois bem: o inquérito administrativo, que se faz exatamente para “apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal” (art. 41 da Lei 6.024), e que serve de base para a medida cautelar de arresto e para a ação principal, de responsabilidade civil, tem por finalidade investigar o ocorrido num espaço de tempo muito superior. Assim é que, do relatório final constarão, como síntese do trabalho empreendido, entre outros dados, “o montante ou a estimativa dos prejuízos apurados em cada gestão”, nos últimos cinco exercícios (art. 43 da Lei 6.024). Além disso, nada impede que, no curso do inquérito sejam também apurados, com base no art. 39 da Lei 6.024, atos ou omissões ocorridos mesmo antes do quinquênio, desde que não atingidos pela prescrição (sobre este tópico serão tecidas, mais adiante — n. 4.3.6 — umas tantas considerações).

O segundo aspecto a ser ressaltado diz respeito especificamente aos bens a serem arrestados. São estes os que não foram atingidos pela indisponibilidade. Cabe agora aplicar a distinção acima traçada entre indisponibilidade formal e efetiva (n. 4.1.1). Ou seja: devem ser arrestados todos os bens que não tenham sido efetivamente atingidos pela indisponibilidade. Quanto a estes, o arresto é dispensável, eis que nenhuma garantia acrescenta. Assim, por exemplo, não há porque arrestar-se um imóvel que já tenha tido sua indisponibilidade comunicada ao registro respectivo, e devidamente averbada. O arresto, como qualquer outra pretensão deduzida em juízo, deve ser informado pelo critério do interesse processual. Este interesse, no entanto, está presente sempre que a indisponibilidade não chegou a efetivar-se. Devem, por isso, ser arrestadas, exemplificando, as obras de arte, pois a respeito destas não se pode dizer que tenham sido efetivamente atingidas pela indisponibilidade. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.³

4.2.3 A prevenção do juízo

De acordo com o art. 45, *caput*, da Lei 6.024, o inquérito será distribuído ao juízo da falência, ou ao que for competente para decretá-la. E acrescenta o § 1.º do mesmo dispositivo que essa distribuição, em caso de intervenção ou liquidação extrajudicial, previne a jurisdição do juízo, na hipótese de vir a ser declarada a falência.

A regra encontra raízes constitucionais. Com efeito, mesmo intervindo na causa, por exemplo, o Banco Central do Brasil ou o Banco Nacional da Habitação, ainda assim a competência não será da Justiça Federal, e sim da estadual. O art. 125, I, da CF, exclui expressamente os processos de falência da

competência dos juízes federais de 1.^a instância. Ora, o inquérito, como se viu, será distribuído ao juízo da falência, ou, nos casos de intervenção ou liquidação extrajudicial, ao que for competente para declará-la. Assim, nos termos do art. 7.^o da Lei de Falências (Dec.-lei 7.661, de 21.6.45), o inquérito deve ser distribuído ao “juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil”. Por outro lado, a distribuição do inquérito, nos casos de intervenção ou liquidação extrajudicial, previne a jurisdição para a hipótese de vir a ser decretada a falência. Em consequência, a Justiça estadual é sempre a competente para processar e julgar as medidas cautelares de arresto e ações de responsabilidade civil fundadas na Lei 6.024.

4.3 A responsabilidade civil

Este é, sem dúvida, um dos temas nucleares em matéria de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Boa parte das normas da Lei 6.024, giram, direta ou indiretamente, em torno da problemática da responsabilidade civil dos ex-administradores das instituições financeiras. Assim é que toda a disciplina do inquérito administrativo, da indisponibilidade dos bens, e do arresto estão voltadas para a questão da responsabilidade civil dos ex-administradores, além de serem várias as disposições específicas a respeito. A ênfase dada à matéria é um reflexo de sua alta relevância teórica e concreta. Cabe ainda enfatizar que, do êxito na aplicação dessas normas depende parcela ponderável do êxito do próprio instituto das intervenções e liquidações administrativas.

4.3.1 O art. 39 e o art. 40 da Lei 6024

A Lei 6.024 define a responsabilidade civil de ex-administradores e conselheiros fiscais em seus arts. 39 e 40. Não será demais ter em mente os exatos termos desses dispositivos.

Estabelece o art. 39 que “os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido”.

Dispõe o art. 40 que “os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram”, especificando o parágrafo único que “a responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados”.

4.3.2 A posição de Mauro Brandão Lopes

O ilustre Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, após considerar que, no art. 39, a Lei 6.024 estabeleceu norma especial sobre responsabilidade civil por atos ou omissões, que apenas modifica a regra geral, prevista no art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas, no que tange ao lapso prescricional, passa a examinar o disposto no art. 40 da Lei 6.024, e conclui o tópico evidenciando as distinções entre os dois dispositivos.⁴ Assim preleciona o douto Professor, a respeito do preceituado no

art. 40: “Aqui já não mais se trata de os administradores ressarcirem prejuízos decorrentes de seus atos e omissões; trata-se de diferente responsabilidade. Entendo na verdade, que esses administradores estão em posição muito semelhante àquela em que está o sócio de responsabilidade solidária na falência da sociedade (Dec.-lei 7.661/45, art. 5.º e §). Parece-me realmente, que a amplitude e a força da responsabilidade, que o art. 40 atribui aos administradores de instituições financeiras pelas obrigações que estas assumiram durante as suas gestões, se podem considerar como equivalente à criação de novo tipo societário. A mais objetiva das classificações das sociedades, apesar do seu óbvio defeito estrutural, foi sempre a que as separa segundo a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, ou, sob outro ângulo de visão, segundo a existência ou não de outro patrimônio, além do patrimônio da sociedade, que pelas obrigações desta responde total ou parcialmente. No caso das instituições financeiras, outros patrimônios existem, embora não necessariamente de acionistas, que também respondem pelas obrigações sociais, ou seja, os patrimônios de seus administradores, de modo que as sociedades anônimas do Brasil são hoje de dois tipos — as que respondem por suas obrigações só com o próprio patrimônio, e as que têm outros patrimônios que por elas respondem”.

Prosseguindo, demonstra Mauro Brandão Lopes a diferença entre a norma do art. 39 e a do art. 40 da Lei 6.024: “Observe-se que “responsabilidade” tem diferentes sentidos no art. 39 e no art. 40. No primeiro, essa responsabilidade é por real prejuízo causado, que deve ser indenizado, sem se indagar da solvência ou insolvência da companhia lesada, e a indenização paga virá sempre integrar o patrimônio desta, sejam quais forem as suas circunstâncias econômicas ou financeiras; no segundo artigo, a responsabilidade independe de prejuízo causado por administrador, ou mesmo da existência de ato seu, porque decorre da própria lei. Os administradores, em virtude de sua investidura no cargo, e por força de mandamento legal, passam a ter os seus patrimônios sujeitos à solução das obrigações assumidas pela companhia durante a sua gestão, tornando-se com isso co-devedores desta, embora com benefício de ordem, isto é, subsidiariamente. Esta última característica da responsabilidade dos administradores está também no art. 40, ao estabelecer que eles respondem por aquelas obrigações “até que se cumpram”; vale dizer, a sua responsabilidade de um lado desaparece com o cumprimento delas, e de outro só é exigível quando se torna patente que a companhia não as pode cumprir, isto é, só na liquidação extrajudicial ou na falência. E o disposto no parágrafo único do art. 40 não enfraquece a interpretação dada ao *caput*, antes a reforça. Ao dizer o parágrafo que a responsabilidade solidária dos administradores se circunscreve “ao montante dos prejuízos causados”, não se refere a atos e omissões de que tenham resultado prejuízos, porque se assim fosse os dois artigos, o 39 e o 40, teriam o mesmo alcance, isto é, preveriam ambos responsabilidade por atos ilícitos, e não se deve supor na lei dispositivos reiterativos. A alternativa é que o parágrafo se refere a prejuízos causados por obrigações assumidas pela instituição financeira no curso regular de sua atividade, isto é, decorrentes do risco normal de toda atividade econômica. Os administradores, que tiverem servido em cada mandato, responderão assim solidariamente com os seus patrimônios, na liquidação extrajudicial ou na falência, pelo saldo não pago das obrigações que a instituição financeira tiver assumido durante a sua gestão”.

4.3.3 A posição de Wilson do Egito Coelho sobre a responsabilidade solidária

Este reconhecido especialista na matéria, referindo-se à responsabilidade solidária, prevista no art. 40 da Lei 6.024, admite que “não importa aí, a nosso ver, verificar se o administrador agiu com culpa ou dolo. É irrelevante o elemento subjetivo na definição dessa responsabilidade civil. A posição do administrador é a de verdadeiro garante da obrigação; um *fiador*. É uma solidariedade *passiva*, permitindo que o credor exija e receba da sociedade, ou do administrador, aquilo a que se julgar com direito por haver aquela inadimplido no cumprimento de uma obrigação, que poderá ser contratual ou extracontratual”.⁵

4.3.4 Outros pronunciamentos a respeito da responsabilidade solidária

Feita uma pesquisa na doutrina existente a respeito da matéria, constata-se que a imensa maioria dos autores admite que o art. 40 da Lei 6.024 prevê a responsabilidade solidária dos ex-administradores de instituições financeiras, sem qualquer indagação a respeito da culpa com que tenham agido. Em sentido contrário sobressai Arnaldo Wald.⁶ Entende o ilustre Jurista que a Lei 6.024 “criou uma presunção *juris tantum* de culpa por parte do administrador”. Assim, sendo relativa, esta presunção pode ser afastada pela prova da inocorrência da conduta culposa.

Para que se torne mais nítida essa visão panorâmica da matéria deste tópico, serão, a seguir, citados alguns nomes. Assim, Rubens Requião observa que “os administradores, sejam sócios ou estranhos à sociedade, respondem solidariamente e ilimitadamente pelas obrigações sociais assumidas em sua gestão. Assim a lei pretende resguardar integralmente o direito dos terceiros que operarem com as instituições financeiras”.⁷

Na mesma linha o pensamento de Modesto Carvalhosa, para quem “a responsabilidade solidária dos administradores de instituições financeiras e também daqueles integrantes do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários resulta unicamente da imposição da lei, desconsiderando a apuração de conduta subjetiva do agente e do caráter psicológico da culpa ou dolo, para fundamentá-la no risco criado pelo próprio desempenho das funções e poderes inerentes aos seus cargos”.⁸

Cabe ainda lembrar que a tese acima é igualmente defendida por Nelson Abrão,⁹ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa,^{10 e 11} Liane Maia Simoni¹² e Gian Maria Tosetti.¹³

Por outro lado, após a entrada em vigor da Lei 6.024, nossos Tribunais, ao que se constata pelos repertórios de jurisprudência, pouco tem sido chamados a decidir sobre questões referentes a instituições financeiras em liquidação extrajudicial. Não há, por isso, jurisprudência firmada sobre a interpretação do art. 40 da Lei 6.024. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 4.^a Câmara Civil, na Ap. cível 284.791, de que foi relator o eminente Des. Alves Barbosa, confirmou, por votação unânime, em 27.11.79, sentença fundada no entendimento doutrinário prevaletente. O aresto deu ensejo a recurso extraordinário,¹⁴ não conhecido pelo Supremo STF.

4.3.5 A posição do autor

A própria disposição da matéria, na Lei 6.024, em dois artigos (39 e 40), já conduz à inferência de que são duas as espécies de responsabilidade civil previstas nesse diploma legal. Caso contrário, não haveria porque tratar do tema em dois diferentes dispositivos: um repetiria o outro, embora com outros termos. Um deles, portanto, seria inegavelmente inútil, e palavras inúteis é de se presumir (ainda que se entenda que a presunção é *juris tantum*) que a lei não contenha.

Assim, no art. 39 a Lei 6.024 trata de responsabilidade civil por ações (atos ou omissões) ilícitos. Há, nesse caso, plena indagação do elemento subjetivo, exigindo-se, pois, que o agente se tenha conduzido com dolo ou culpa. Por outro lado, e como uma decorrência do exposto, deve existir um nexo de causalidade entre o ato ou omissão (que deve ser bem especificado) e o resultado lesivo (que deve ser quantificável).

Cumprido notar que, com fundamento no art. 39 da Lei 6.024, podem ser civilmente responsabilizados os controladores de instituições financeiras (cf. n. 4.1.3, supra), as pessoas mencionadas no art. 36, § 2.º (cf. n. 4.1.2), entre os quais destacam-se aqueles que concorreram para a intervenção ou a limitação extrajudicial nos últimos 12 meses, e, inclusive, os ex-administradores. Quanto a estes últimos, há que se ressaltar que, sob este fundamento, apenas poderão eles ser responsabilizados pelas ações anteriores ao quinquênio legal, desde que não tenha ocorrido a prescrição (cf. n. 4.3.6, infra), como a seguir se verá.

Já no art. 40, a Lei 6.024 estabelece a responsabilidade solidária dos administradores de instituições financeiras pelas obrigações assumidas durante suas gestões. A responsabilidade é solidária, como diz a própria lei, ou seja, cada administrador é coobrigado pelas dívidas contraídas pela sociedade, tenham ou não participado pessoalmente da contração. Não é, no entanto, absoluta essa responsabilidade, ou melhor esclarecendo, não diz respeito a todo o passivo da financeira, mas sim apenas àquele apurado durante sua gestão. Além do mais, estabelece a lei uma limitação no tempo para a existência da responsabilidade solidária. Este limite encontra-se no art. 43 e é de cinco anos. E, finalmente, essa responsabilidade é de natureza subsidiária, uma vez que, pelas obrigações assumidas responde, primeiramente, a própria sociedade devedora, com o seu patrimônio. Na insuficiência deste, portanto, é que se deve recorrer ao patrimônio particular dos administradores, “até que se cumpram” as obrigações assumidas.

A distinção entre o disposto no art. 39 e o que estabelece o art. 40 está tanto no conteúdo como na função de ambas as normas. Assim é que a primeira é inspirada na teoria da culpa, enquanto a segunda é fundada na teoria do risco. Em consequência, indaga-se da culpa com que se houve o agente no primeiro caso, o que não ocorre na segunda hipótese. A função é também diversa: enquanto na segunda espécie tem-se em mira atingir os ex-administradores da empresa nos últimos cinco anos, na primeira alternativa o objetivo é mais amplo, alargando-se a legitimação passiva de modo a abranger todas as pessoas a que acima se fez menção. Essa diversidade de funções justifica, também, a circunstância de, proposta a ação de responsabilidade civil com fundamento no art. 40, tornar-se totalmente dispensável a responsabilização das mes-

mas pessoas, com base no art. 39, por atos ou omissões ocorridos no período de cinco anos anterior à quebra, à liquidação extrajudicial, ou à intervenção. Haveria aí um conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da especialidade. A norma do art. 39 segue a regra geral em matéria de responsabilidade civil, como bem demonstra Mauro Brandão Lopes (cf. n. 4.3.2, supra), enquanto a do art. 40 estabelece disciplina especial, exclusiva para os administradores de instituições financeiras. Desse modo, se a ação causadora de prejuízo foi praticada pelo administrador nos cinco anos anteriores à intervenção, à liquidação extrajudicial, ou à falência, a hipótese adequa-se à previsão legal do art. 40, e não à do art. 39. E mais: sob uma visão eminentemente pragmática, deve-se convir que não há sentido em perquirir-se acerca da culpa com que se houve o agente em certo ato, dando causa a determinado prejuízo, se as indagações sobre a culpabilidade e a especificidade da conduta podem ser deixadas de lado, aplicando-se a norma do art. 40.

Ainda a propósito da responsabilidade solidária, não se pode deixar de consignar que esta justifica-se, concretamente, em virtude das possibilidades que oferece de efetiva atuação. Em outros termos: a responsabilidade por atos ou omissões específicos, prevista no art. 39, encontra, para ser demonstrada em Juízo, óbices de difícil transposição. Para citar dois: a complexidade e o vulto das questões. Estes fatores acabariam por levar à improcedência de boa parte das ações, e, via de consequência, ao descrédito das instituições envolvidas (Banco Central, Ministério Público, Poder Judiciário) e, reflexamente, do próprio sistema financeiro. Diante desse quadro, muito mais razoável parece ser a adoção da teoria do risco, no que tange aos administradores das instituições financeiras, sem prejuízo da norma do art. 39, para as hipóteses por esta abrangidas.

4.3.6 A prescrição vintenária e os fatos ocorridos há mais de cinco anos

Observa-se, por vezes, no exame de situações concretas, que o verdadeiro responsável pela condução da empresa à intervenção, à liquidação extrajudicial, ou à falência, fica imune às sanções previstas na Lei 6.024, ou, mais particularmente, não chega a ser civilmente responsabilizado. Isto ocorrerá sempre que esta pessoa não tiver exercido função administrativa na empresa nos últimos cinco anos, ou não tiver, nos últimos 12 meses, concorrido para a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, ou adquirido fraudulentamente bens de administradores, conselheiros fiscais, gerentes etc., da instituição financeira.

A situação acima descrita encontra, no entanto, soluções jurídicas possíveis. Estas, se não são as ideais (eis que, para tanto, seria preciso alterar-se a Lei), pelo menos podem contribuir para atenuar o problema. Assim, de um lado, é viável a responsabilização civil do controlador da instituição financeira, como acima se demonstrou (n. 4.1.3, supra). Por outro lado, deve-se também ter em conta que os atos ou omissões que podem dar ensejo à responsabilidade civil fundada no art. 39 da Lei 6.024 prescrevem, em regra, no prazo de 20 anos. Aplica-se à hipótese a norma geral, estabelecida no art. 177 do CC. E isto porque: I — a espécie não é regulada pela Lei das Sociedades Anônimas, e portanto não cabe a prescrição trienal nela estabelecida (art. 287, II, "b"); II — também não se trata de caso enquadrável no art. 40, que tem por norte

os prejuízos ocorridos nos últimos cinco anos. Assim sendo, aqueles cujos atos ou omissões forem alcançados pela regra do art. 39 da Lei 6.024, por estes “responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva”, a qual, à falta de disposição legal específica, será a vintenária.

No sentido do acima exposto a lição de Mauro Brandão Lopes, o qual assinala que “a modificação que a regra especial da Lei 6.024/74 (art. 39) introduziu na regra geral do Dec.-lei 2.627/40, mantida pela Lei 6.404/76 tem que ver com o prazo de prescrição, que é de três anos no Dec.-lei revogado e na Lei 6.404/76 (arts. 157 e 287 respectivamente), e de 20 anos na Lei 6.024/74 (art. 39). Nem é possível interpretar de modo diferente o art. 39; a estrutura de seu enunciado, em que a cláusula referente à prescrição se prende diretamente a “atos” e “omissões” leva a essa conclusão, e confirma-a o art. 43 da lei, no se referir, aos que, “nos últimos cinco anos geriram a sociedade”, já que se tivesse de ser aplicada a regra geral da prescrição trienal, a sua responsabilidade por muitos de seus atos e omissões não mais seria exigível”.¹⁵

4.4 A ação ordinária de responsabilidade civil

Após vistos, sob um ângulo substancial, alguns aspectos da responsabilidade civil, cabe acrescentar à tela uns tantos traços, agora sob um prisma formal.

4.4.1 Prazo para a propositura

A ação de responsabilidade civil será obrigatoriamente proposta pelo Órgão do Ministério Público, dentro em 30 dias, a contar da realização do arresto. É o que dispõe o art. 46, parágrafo único, da Lei 6.024. A questão que se põe é aparentemente simples: como deve ser computado esse prazo?

Para responder à indagação acima há, primeiramente, que se saber o que deve ser entendido por “realização do arresto”. A expressão utilizada pela Lei guarda semelhança com a constante da regra geral, prevista no art. 806 do CPC. Neste dispositivo o prazo para a propositura da ação principal conta-se “da data da efetivação da medida cautelar”. Quando deve, pois, ter-se por efetivado o arresto? Cabe lembrar, a respeito, que o arresto tem por objeto todo o patrimônio de algumas pessoas, ou, pelo menos, tantos bens “quantos bastem para a efetivação da responsabilidade”. Tivesse o arresto por objeto um bem, ou alguns determinados bens, e a solução seria mais fácil. Mas o arresto tem por objeto um número indeterminado de bens. Em considerando esta circunstância, o arresto deve ter-se por efetivado ao efetuar-se o primeiro ato de constrição de um bem, ou só depois de arrestados todos os bens de que se tem notícia? A Jurisprudência, em São Paulo, fixou-se na segunda alternativa¹⁶, porque, na primeira, nem bem iniciado, não se pode dizer efetivado o arresto, que, ademais, não terá cumprido o papel assecuratório que lhe é destinado. Em São Paulo, para evitar o problema e conseguir-se maior celeridade, têm os Curadores Fiscais de Massas Falidas proposto a ação principal antes de arrestado o último bem, ou seja, antes do termo inicial do prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação ordinária de responsabilidade civil.

4.4.2 A hipótese do art. 49, § 2.º

Prevê o art. 49, § 2.º, da Lei 6.024, que, encerrando-se a intervenção ou a liquidação extrajudicial, no curso da ação de responsabilidade civil ou do processo de execução, o interventor ou o liquidante comunicará a ocorrência ao Juiz, será substituído da função de depositário, “e fornecerá a relação nominal e respectivos saldos dos credores a serem, nesta hipótese, diretamente contemplados com o rateio previsto no parágrafo anterior”.

O dispositivo em foco revela duas falhas que prejudicam sensivelmente sua aplicação. A primeira é a de que não estabelece por quem será o interventor ou o liquidante substituído nas funções de depositário. Ora, alguém precisará ficar como depositário. Não será o Depositário Público em regra, pois normalmente este não tem condições de assumir o encargo. Será o próprio devedor? Ou o autor ou exequente? A lei não responde. Assim, a solução deve ser encontrada em cada caso, respeitadas as peculiaridades da hipótese *sub judice*.

Uma segunda observação diz respeito à circunstância de que o rateio será feito diretamente aos credores. Também não diz a lei quem ficará incumbido desta tarefa que, nos processos falimentares, é do síndico, e, nos casos de intervenção ou liquidação extrajudicial, do exercente da função assemelhada, ou seja, do interventor ou do liquidante. Pois vem: encerrando-se a intervenção ou liquidação extrajudicial, e existindo ainda credores a serem satisfeitos, quem se encarregará de providenciar o pagamento? E, por outro lado, deverão ser citados todos os credores, para passar a integrar a relação processual? E se forem centenas, não ficará tumultuado o processo?

4.4.3 O encerramento da intervenção ou da liquidação extrajudicial e a legitimação do Ministério Público

Ao tempo em que vigorava a Lei 1.808/53, firmou-se a Jurisprudência no sentido de que, encerrada a intervenção ou a liquidação extrajudicial, cessava, *ipso facto*, a legitimação ativa do Ministério Público para propor, ou continuar movendo, tanto a medida cautelar de arresto como a ação de responsabilidade civil¹⁷.

Ora, a Lei 6.024, no que tange à legitimação ativa do Ministério Público, dispõe do mesmo modo. A inovação a respeito (ou seja, a regra do art. 49, § 2.º, que estabelece o prosseguimento do processo, mesmo cessada a intervenção ou a liquidação extrajudicial) não atinge a questão da legitimidade do Ministério Público. Pode-se, pois, concluir que a posição jurisprudencial deverá ser mantida. Aliás, ao menos em primeira instância, esse entendimento já voltou a ser sufragado¹⁸. Nesse sentido, também a posição da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, acolhendo parecer do Procurador Cláudio Ferraz de Alvarenga¹⁹.

A legitimação ativa é matéria de ordem pública, não podendo, pois, ficar ao alvedrio das partes. Ou se tem legitimidade, ou não se tem. No caso do Ministério Público, este apenas exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei (CPC, art. 81). Assim, previsto na Lei 6.024 que o Ministério Público promoverá o arresto e a ação de responsabilidade civil nela disciplinados,

estará para tanto, *ex vi lege*, legitimado. Esta legitimidade, no entanto, cessará se cessar a intervenção ou a liquidação extrajudicial.

Finalmente, cumpre notar que tanto a ação como a medida cautelar poderão prosseguir com os credores, que estão legitimados para tal, segundo se depreende do disposto no art. 46, parágrafo único, da Lei 6.024. Poderá assim ser aplicada, com as ressalvas já feitas (n. 4.4.2, supra), a regra de prosseguimento do processo, estabelecida no art. 49, § 2.º, da Lei 6.024.

5. Conclusões

Concluindo, pode-se afirmar que:

I. Convém dar-se uma atenção maior aos crimes detetados no curso das intervenções ou liquidações extrajudiciais;

II. A Lei 6.024, no art. 39, trata de responsabilidade civil por atos ou omissões ilícitos;

III. No art. 40, a Lei 6.024 estabelece a responsabilidade solidária dos administradores de instituições financeiras pelas obrigações assumidas durante suas gestões.

NOTAS

1. Luiz Carlos Macedo Naconecy, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 236 e 238. Ed. RT, São Paulo, 1984.
2. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 3.º/176, Ed. Saraiva, São Paulo, 1985.
3. Como exemplo: AI 278.983 — São Paulo. 3.ª Câm. Cív. TJSP, v.u. 26.4.79; rel. Des. Barros Monteiro Filho.
4. *A responsabilidade dos administradores nas sociedades anônimas*, in *Diário Comércio e Indústria*, São Paulo, 20.12.77.
5. *Da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei e da Lei 6.024/74*, in RDM 40/39 ss, esp. p. 44.
6. *A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do Banco*, in RDM 24/29 e ss. n. 24.
7. *Curso de Direito Falimentar*, 2.º/222, 7.ª ed. Saraiva, São Paulo, 1985.
8. *Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas*, in RDM 49/14 e ss., esp. p. 20.
9. *Curso de Direito Falimentar*, p. 272, ed. Saraiva, São Paulo, 1978.
10. *Instituições Financeiras — Administradores — Liquidação extrajudicial*, in RDM 45/61 e ss.
11. *A reformulação da Lei 6.024, de 13.3.74*, in RDM 41/29 e ss.
12. *O regime jurídico da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras*, in RDM 44/28 e ss.
13. *Da intervenção nas Instituições financeiras sob a égide da Lei 6.024/74*, in RDM 41/74 e ss.
14. In RDM 45/59 e ss.
15. Ob. cit.
16. Como exemplo: Ap. Cív. 11.856-1, 5.ª Câm. Cív., TJSP, j. 10.9.81, rel. Des. Felizardo Calil; AI 283.381, 1.ª Câm. Cív., TJSP, v.u., j. 6.11.79, rel. Des. Rafael Granato.
17. Como exemplo: 2.ª T. do STF, v. u., 11.6.74, rel. Min. Xavier de Albuquerque, in *RTJ* 71/549; 4.ª Câm. Cív. TJSP, v. u., 31.5.73, rel. Des. Tomaz Rodrigues.
18. Cf. *Justitia*, n. 124/253 e ss.
19. Id.