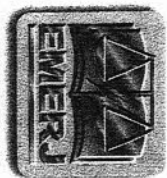
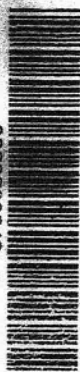


Revista da EMERJ



Revista da EMERJ - Escola da Universidade Federal Fluminense do Rio de Janeiro

Vol. 7 - Nº 25 - 2004



0000000542

PROPRIEDADE DE FATO

(Importante tema suscitado pelo Dr. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Desembargador do TJ/RJ e Prof. da Universidade Federal Fluminense)

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002

(Ligeiras anotações - Lei nº 10.352, de 26.12.01. Embargos Infringentes. Des. Wilson Marques - TJ/RJ - Prof. de Direito Processual)

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS RUMOS DO DIREITO

(Des. Felipe Augusto de Miranda Rosa - TJ/RJ - Sociólogo)

NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL: Os tipos Penais e a Internet

(Desembargadora Letícia de Faria Sardas - TJ/RJ)

A CONSTITUIÇÃO DE 1988. A Globalização e o Futuro

(Paulo Roberto Soares Mendonça - Procurador do Município do Rio de Janeiro e Doutor em Direito. Prof. Adjunto da PUC-Rio, da UNI-RIO e do Mestrado da UNI-Cândido Mendes)

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ENFRENTAMENTOS E A SUA REAL EFETIVIDADE COM A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

(Eduardo Oberg - Juiz de Direito Titular do IV Juizado Especial Cível do TJ/RJ, Professor da EMERJ e da PUC/RJ)

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: Solução?

(Wagner Cincelli de Paula Freitas - Juiz de Direito do TJ/RJ - Mestre em Política Criminal pela London School of Economics and Political Science)

ASPECTOS MODERNOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

DA PERSONALIDADE POLÍTICA

(Márcio Souza Guimarães - Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Prof. da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ)

© 2004, EMERJ
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro;
Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates
Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão
de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José
Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira
Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção: Gráfico - Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ
Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Editoração:** Wagner Alves e Valéria
Monteiro de Andrade; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima e
Rosa Xerfan.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 5.000 exemplares

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|
| Revista da EMERJ, v. 1, n. 1 - EMERJ, 1998. | Rio de Janeiro: |
| v. | |
| Trimestral - ISSN 1415-4951 | |
| V.1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana | |
| Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002. | |
| 1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. | CDD 340.05 CDU 34(05) |

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ
Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860
www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sergio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des.ª Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Secretário Geral

Paulo Roberto Carvalho Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Esta obra pertence à Biblioteca de

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

PROPRIEDADE DE FATO?

Luiz Roldão de Freitas Gomes - Desembargador do TJ/RJ - Presidente da Sétima Câmara Cível e Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense.

O critério econômico para a vida útil de um bem. O destriute econômico como fundamento para se proclamar a propriedade econômica. O contrato de "Leasing" pelo prazo daquela vida útil. Desse modo, teríamos duas propriedades: a jurídica do arrendador e a econômica do arrendatário. Seria cabível no Direito das Coisas, o conceito de domínio extravasar as relações econômico-financeiras? Clovis disse o que entendia como sendo a propriedade, mas preferiu não definir, na lei, aquele direito, como também não o fizeram o BGB e o Cód. Civ. Português. Contróversias resolvidas pelas cortes feudais, sobre a posse de terra e bens móveis, dentro do mesmo sistema. No Direito brasileiro foram enunciados os poderes de propriedade (art. 524 e 1.228 do antigo e do novo Cód. Civ.) tal como no BGB. A definição de Lafayette R. Pereira. O voto do Des. Renato Maneschy na AP nº 2.874/87. Não há base para invocar o destriute econômico do bem como fundamento, do direito de propriedade, cujos poderes são normativos no Direito brasileiro.

A CONSTRUÇÃO DE 1988, A GLOBALIZAÇÃO E O FUTURO

Paulo Roberto Soares Mendonça – Procurador do Município do Rio de Janeiro e Doutor em Direito – Prof. Adjunto da PUC–Rio, UNI-Rio e do Mestrado em Direito da UNI - Cândido Mendes.

Introdução. 1) A Carta de 1988: um a promessa de democracia. 1.1. O Processo Constituinte. 1.2. Os embates ideológicos 1.3. A "Constituição cidadã" e os seus contrastes. 2) De 1988 a 2003: As mudanças no Mundo, no Brasil e a Constituição. 2.1 O impacto da "queda do muro" sobre a Constituição brasileira. 2.2. A Globalização e a estagnação econômica. 2.2.1 As Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8, 9, de 1995 e a mudança dos parâmetros econômicos de 1988. 2.2.2. As privatizações e a mudança do papel do Estado na economia. 2.2.3. O Brasil no cenário internacional. 2.3. Afirmção da democracia. 2.4. A outra face da moeda: as promessas não cumpridas. 2.4.1. O 65º IDH do Mundo. 2.4.2. A crise na segurança pública e o crime organizado: cidadania pela metade. 3) A Constituição de 1988 e o futuro quarenta Emendas depois. 3.1. A Globalização da ética e do "bem-estar". 3.2. Inclusão social: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. 3.3. Desenvolvimento sustentável: a saída para a crise. 3.4. Efeivação dos direitos fundamentais. 4. Conclusão.

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002 – LIGEIRAS ANOTAÇÕES – LEI Nº 10.352, DE 26.12.2001. EMBARGOS INFRINGENTES.

Wilson Marques - Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

Embargos Infringentes – Art. 530 - Cabimento. Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Apelação. Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Ação Rescisória. Embargos Infringentes. Art. 531. Procedimento. Julzo de admissibilidade. Art. 533 e 534. Embargos Infringentes. Procedimento. Continuação.

INTERNET E RESPONSABILIDADE CIVIL

Serry Glanz Desembargador do TJ/RJ e Professor de Direito Civil

1. Conceitos. 2. Fundamentos. 2.1. Fundamentos da indicação do responsável. 3. Responsabilidade contratual e extracontratual. 4. A responsabilidade pelo fato das coisas. 5. A responsabilidade decorrente da Internet. 6. Dano Moral na Internet. 7. A nova proteção – o Código de Defesa do Consumidor. 7.1. Conceito legal de consumidor. 7.2. Conceito legal de fornecedor. 8. O Código do Consumidor abrange os negócios pela Internet.

A PROPRIEDADE, AS INVASÕES DE TERRAS E O PODER JUDICIÁRIO

Asclepiades Eudócio Rodrigues – Desembargador do TJ/RJ

1. Notícias da propriedade no Brasil. 2. As invasões de terras, o MST e o PT. 3. Positividade e alternatividade do direito – ganimpagem do direito justo.

Novos Rumos do Direito Penal: Os Tipos Penais e a INTERNET

Leticia de Faria Sardas – Desembargadora do TJ/RJ

I – Introdução. A sociedade formadora dos tipos penais. II - A ordem penal no século XXI. Fragmentariedade do direito penal. Descriminalização e neocriminalização. Fundamento para uma nova reflexão. III - A Internet. Notícias históricas. Importância no mundo moderno. Repercussão no campo jurídico. IV - Neocriminalização? Estudo de *cases*. Interpretação dos Tribunais. V - Conclusão.

O RENASCER DA NEUROCRIMINOLOGIA

Libórní Siqueira – Desembargador do TJ/RJ e Professor de Sociologia

Henrique Ferrí, o criador da Sociologia Criminal e a trilogia do delito: a sua divisão dos criminosos em cinco categorias: nato, louco, habitual, ocasional e passional. Rui Barbosa ("Oração aos Moços") e a proflixia atual do crime. O Art. 12 da Exposição de Motivos do Cód. Penal e o Art. 13 do mesmo Código. As deformações genéticas e a

Escola Positiva. Os avanços da Neurologia e da Engenharia genética. Aplicação da neurocristinologia na anulação do testamento do banqueiro Amador Aguiar. A patologia genética dos irmãos necrófilos de Friburgo. Não se pode negar a existência do criminoso no contexto da biogênese, psicogênese e sociogênese e condená-lo com base no método jurídico apenas.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS FUMOS DO DIREITO

Felipe Augusto de Miranda Rosa – Desembargador do TJ/RJ e Sociólogo

I) A vigência efetiva dos chamados “Direitos do Homem”, como diversos documentos internacionais rotulam o quadro dos Direitos Humanos. Tema importante que surgiu após a 2ª Guerra Mundial. Afirmções de princípios e projetos como base da nova convivência entre os povos. Conferências internacionais sobre violação e desrespeito aos princípios garantidores dos direitos básicos adotados de que resultou um verdadeiro ideário mundial que se quis transformar em espécie de declaração universal. II) As divergências e dúvidas sobre a eficácia da norma tem como exemplo a discriminação de pessoas ou grupos. Qual é o grau de confiabilidade dos Direitos Humanos no tocante à discriminação racial? O conteúdo ideológico e o encontro em que se afirmam liberdades e direitos individuais. Ambiente adequado tem que ser democrático em sua essência. A liberdade de expressão é essencial. O respeito aos direitos humanos. III) O entendimento entre os povos e integração mundial no fenômeno da globalização. Ocorrência de uma crescente uniformidade internacional da ordem jurídica. Legislações que se interpenetram, mas há dificuldade de transplante de alguns princípios que exigem adaptações. Ficção de ontem, realidades novas depois. IV) Fenômenos semelhantes, que também exigem respeito, acontecem quanto a outros tipos de regulações normativas como os chamados direitos difusos e no Direito Ambiental. A controvérsia na adoção do Protocolo de Kioto. O problema da água essencial à vida humana e o caso dos alimentos geneticamente modificados.

100

112

RÉQUIEM PARA O SIGILO NO INQUÉRITO POLICIAL

Sergio Demoro Hamilton - Procurador de Justiça aposentado e Professor Universitário

A Lei nº 4.215 de 27/4/63 (art. 89, inc. XV) já assegurava ao advogado o direito de examinar amplamente o inquérito policial e a estranheza manifestada, na ocasião, pelo autor (**Revista de Direito da Procura-**

doria-Geral de Justiça, nº 1, 1975, p. 28 e segs.). Deixou, então de existir o sigilo do inquérito. A forma equívoca do art. 20 do CPP quanto ao sigilo a critério da autoridade policial. O novo Estatuto da Advocacia e da OAB de 1994 (art. 7º) volta a suprimir o sigilo do inquérito para advogado. A opinião de Tomnaghi e o art 5º, inc. LV da C.F./88 refere-se a processo e não a inquérito. O art. 14 do CPP e as diligências requeridas pelo indiciado. É óbvio que o inquérito não é peça instrutória, por não ter o crivo do contraditório, mas um procedimento administrativo peculiar com caráter inquisitivo. Sugestão para nova redação do art. 20 do Código de Processo Penal.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. UMA LETURA E RELEITURA DO TEMA

Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor da EMERJ e da UERJ.

O art. 81 (inc. III § único) do CDC em cotejo com a teoria geral do direito civil e as modernas tendências do direito civil constitucional. Natureza jurídica do direito individual homogêneo. Faculdade jurídica, o interesse, a pretensão, o direito potestativo e o direito subjetivo. A origem comum como definição defeituosa do CDC. Do direito subjetivo individual complexo e o direito subjetivo coletivo não se pode dizer como sendo direito público ou privado. Assim, o direito individual homogêneo mais se afina com o direito subjetivo, tanto mais que pode ser deduzido em juízo. É um direito divisível, não obstante o que dispõe o inc. III do art. 81.

123

137

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
Maurício Moreira Mendonça de Menezes - Professor da Faculdade de Direito da UERJ (Pós-Graduação Lato Sensu) e Expositor na EMERJ

1. Introdução.
2. O regime jurídico especial das instituições financeiras.
3. Responsabilidade dos administradores de instituições: primeiras considerações.
- 3.1. Evolução histórica.
- 3.2. Posições da Doutrina.
4. Breves comentários acerca da evolução da responsabilidade civil.
5. Panorama atual das responsabilidades do administrador de instituição financeira.
6. Conclusão.

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO OU ENTIDADE EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Eduardo Azeredo Rodrigues - Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – Advogado e Professor da Universidade Salgado de Oliveira (Universo)

159

1. Introdução.
2. Impossibilidade de Aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 às contratações que envolvam diferentes esferas federativas.
3. Conclusão.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ENFRENTAMENTOS E A SUA REAL EFETIVIDADE COM A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA **168**

Eduardo Oberg – Juiz de Direito Titular do IV Juizado Especial Cível do TJ/RJ e Professor da EMERJ e da PUC/RJ.

- 1) A Guisa de Introdução.
- 2) Principiologia a ser prestigiada.
- 3) Em torno da competência em sede de Juizados especiais.
- 4) As partes e sua Representação.
- 5) O Pedido.
- 6) O aproveitamento dos atos processuais, as citações e as intimações.
- 7) As provas e o ônus probatório.
- 8) A resposta do réu.
- 9) A sentença.
- 10) Alimitação dos recursos existentes nos Juizados Cíveis.
- 11) As formas de execução.
- 12) Os ônus sucumbenciais.
- 13) A construção incisiva da cidadania nos Juizados Especiais Cíveis.

CONFISSÃO DE DíVIDA TRIBUTÁRIA

José Jayme de Macêdo Oliveira - Advogado e Professor da EMERJ

200

O pedido de parcelamento de débitos como confissão da dívida. Legislação nesse sentido (Dec. Lei nº 5/75, art.230). Três razões em sentido contrário: renúncia (forma de extinção de um direito), reconhecimento (instituto tipicamente processual) e a confissão (meio de comprovação judicial da admissão de um fato ou da prova de ter ocorrido um evento). A confissão determinada por um erro de direito não supre a falta de causa jurídica que a justifique. Possibilidade da prova do erro elidindo os efeitos da confissão. A jurisprudência do TFR que admite retratação da confissão (AC 48.112/SP, Rel. Carlos Mário da S. Veloso e AC 38.113/PR, Rel. Moacir Catunda). RE STF N.º 2.927/SP. Rel. Moreira Alves.

DENÚNCIAÇÃO DA LIDE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO **205**

Alessandra de Souza Araújo – Ex-Delegada de Polícia. Defensora Pública no Estado Rio de Janeiro e Professora da Escola Superior da Defensoria Pública.

Responsabilidade objetiva do Estado, com direito de ressarcimento pelo verdadeiro causador do dano (servidor público ou não), em ação regressiva. A denúnciação da lide ao causador do dano, não obrigatória, prevista no Código como forma de intervenção de terceiros. O Estado como único réu na ação. Divergência doutrinária quanto à possibi-

lidade de haver essa denúnciação pelo Estado. Admissão da assistência voluntária por parte do agente. Denúnciação da lide pelo Estado quando pretende provar o dolo do agente que o levaria à condenação Posição híbrida e a minoritária.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: SOLUÇÃO? **215**

Wagner Cinelli de Paula Freitas. Juiz de Direito do TJ/RJ – Mestre em Política Criminal pela London School of Economics and Political Science Myrian Sepúlveda dos Santos - Professora de Sociologia do Departamento de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, PhD em Sociologia pela New School for Social Research (NY)

A violência que parece não encontrar limites. A revolta e a indignação, na procura de medidas que garantam a segurança contra a violência, fazem surgir a proposta de redução da maioridade penal. Solução, no entanto, que parece ilusória. O tratamento sensacionalista do problema pela Imprensa. A ineficácia de tal medida no combate ao crime e a injustiça da prisão de adolescentes com riscos de serem eles recrutados pelo crime organizado. Os argumentos dos que defendem a redução da maioridade penal. A lei para os crimes hediondos (1990) não fez reduzir o número dos crimes de extorsão mediante sequestro. Prisões desparelhadas, mesmo em países desenvolvidos. Superotação penitenciária. A impunidade e a delinqüência infantil. A reforma legislativa não leva à reforma social.

A INCIDÊNCIA DA LEI Nº 10.259/2001 NO JUZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL **220**

Alcídio Calo Sousa – Promotor de Justiça e Professor da EMERJ
Com o advento da Lei nº 10.259, de 12/7/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, deve-se concluir que foi ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo o novo conceito ser estendido à esfera estadual, sob pena de se violar o princípio constitucional da isonomia e o princípio da razoabilidade, excepcionalmente os delitos para os quais haja previsão de rito especial, face ao disposto no artigo 1º do referido diploma legal, que admitiu a aplicação da ressalva prevista no art. 6º, da Lei nº 9.099/95 à esfera Federal.

ASPECTOS MODERNOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA **229**

Marcio Souza Guimarães – Promotor no Estado do Rio de Janeiro, Professor da FGV e da EMERJ

Introdução. 1. *A disregard doctrine*. 1.1. Origem. 1.2 Pressuposto. 1.3. Requisitos. 1.3.1. Teoria Menor. 1.3.2. Teoria Maior. 1.4. Efeitos. 2. Formas de efetivação. 2.1. Desconsideração direta. 2.2. Desconsideração Incidental. 2.3. Desconsideração "inversa". 2. 4. Desconsideração indireta. Conclusões.

AS FILHAS DAS ESTRELAS EM BUSCA DO ARTIGO PERDIDO

244

Luiz Edson Fachin - Professor Titular da Faculdade de Direito da UFFPR

(METAFORA PARA A RUA DO 10.406) Surgimento e construção do projeto do novo Código Civil. Longo processo de elaboração legislativa. A idéia propriamente de 1969, com pedra fundamental em 1975, salvo o trabalho de alguns "arquitetos" de 1960 e da tentativa de 1943. As alterações sensíveis, especialmente no Direito de Família, em busca das quais saíram-se emotivos os de maior e justificado interesse em busca de números como: 1.603, 1.605, 1.616 e 1.596 e finalmente do número 1.593.

O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

248

José Ozório de Souza Bienenhour - Professor de Direito do Consumidor
1. Considerações iniciais. 2. A Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro. 3. O Princípio da vulnerabilidade do Consumidor. 3.1) O Princípio da vulnerabilidade na legislação. 3.2. Publicidade e inversão do ônus da prova. 3.3 Aplicação do Princípio da Vulnerabilidade pelo Juiz. 4. Conclusão.

CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

266

Paulo César Corrêa Borges - Promotor de Justiça - Professor de Direito Penal da UNESP

A Lei n.º 10.467 de 11.6.2002 (art. 337-B, 337-C e 337-D) e os crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira. A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. Os novos dispositivos previstos no Código Penal, segundo seu art. 7º, inc. II letras "a" e "b". Hipótese de excepcional extraterritorialidade condicionada. A tipificação dos crimes de corrupção e tráfico de influência, contra a administração pública estrangeira para permitir a extradição.

A Politização do Judiciário e Marketing Institucional

269

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Juiz de Direito do TJ/RJ. Coordenador de Direito Processual Penal da EMERJ e Coordenador de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

I. Introdução. II. Ativismo e Politização do Poder Judiciário. III. Marketing Institucional como Exigência da Sociedade Moderna. IV. Conclusão.

CONTRATOS DE ADEÇÃO: LIMITE DE JUSTIÇA DO DIREITO

277

Maria Cristina de Brito Lima. Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre em Direito pela UGF. Doutoranda pela Universidade de Lisboa.

1. Importância e atualidade do tema. Fontes. 2. Contratos de adesão: Um momento inicial. 2.1 Cláusulas contratuais gerais. 2.2 Necessidade de conformada. 3. Regime brasileiro dos Contratos de Adesão. 3.1 Contratos de Adesão no Código do Consumidor. 3.2 Contratos de Adesão no Código Civil. Cláusulas Abusivas. 4. Riscos da contratação com base nos Contratos de Adesão. 5. O Princípio da Justiça Contratual: O controle do conteúdo nos Contratos de Adesão. 5.1 Meios de controle. 5.2 Controle judicial concreto. 5.2.1 Na formação dos Contratos: Efeitos. 5.2.1.1 Recurso a critérios formais: a boa-fé. 5.2.1.2 Outros recursos. 5.2.2 Na Alteração das circunstâncias. 5.2.2.1 Da Revisão. 5.2.2.2 Da Resolução. 5.3 Controle Judicial Abstrato. 6. Reflexões Conclusivas

Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituições Financeiras

MAURICIO MOREIRA MENDONÇA DE MENEZES
Professor do Programa Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito da UERJ.
Expositor Convidado na EMERJ, Advogado.

1. Introdução

Há longo tempo, o tema que se propõe à exposição – *responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras* – vem sendo objeto de intensa discussão doutrinária, muito embora os argumentos apresentados na contemporaneidade permaneçam embasados em arcaicos postulados jurídicos, que no passado serviram para configurar, em sentido genérico, o dever de indenizar.

Particularmente, o debate sob enfoque se debruça sobre a interpretação do art. 39 e do art. 40, ambos da Lei nº 6.024/74, no seguinte teor:

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

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

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

O fato é que a explicação teórica desse regime específico de responsabilidade civil fora esboçada a partir de diploma legal editado no ano de 1946, cuja disciplina veio a ser substancialmente mantida pela legislação vigente.

Não obstante, é lícito afirmar que, no decorrer do século passado, alteraram-se tanto determinados conceitos jurídicos quanto o modo de aplicação das normas, em consequência da natural evolução da sociedade e do direito. Com efeito, rompendo com dogmas antes consagrados pelo Código Civil de 1916, que foi pautado, como se sabe, em valores otocentistas, novos princípios vieram a informar setores inteiros da vida social, sobretudo a partir da segunda metade do Século XX, impondo a releitura e “adequação” de tradicionais institutos jurídicos, tais como, o contrato, a família, a propri-

idade e, naquilo que nos interessa nesta oportunidade, o regime de responsabilização daquele que causa dano a outrem.

Nesse último aspecto, a responsabilidade civil *aquiliana*, regra geral no sistema codificado de 1916, disposta em seu art. 159, passou a ser excepcionada por casos em que a especialidade da situação impunha maior tutela da vítima, exigindo, por conseguinte, conduta mais cautelosa do agente. Consolida-se, assim, a Teoria do Risco e a responsabilidade objetiva, independente de culpa, consagrada por microssistemas legislativos, como, a título de ilustração, a Lei Antitruste (Lei n° 8.884/94) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90).

Neste particular, o legislador do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002), ao lidar com a responsabilidade objetiva, insere-a em dispositivo que ostenta contornos de cláusula geral, projetando-a sobre a conduta danosa praticada no exercício de atividade considerada como "de risco" (art. 927, parágrafo único¹). Cabe ao intérprete, pois, a tarefa de definir, caso a caso, se determinada atividade comporta ou não a qualificação de "arriscada", ou, em outros termos, se traz em si a possibilidade de gerar perdas, qualquer que seja a conduta do agente.

Portanto, este ensaio tem por escopo reexaminar a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras, considerando: (i) a natureza da atividade praticada por essas entidades e sua submissão a regime jurídico próprio; (ii) a origem e evolução legislativa e doutrinária sobre o tema; (iii) as atuais tendências, no que se refere aos princípios informativos da responsabilidade civil, para, enfim, concluir motivadamente pela aplicação da responsabilidade objetiva no caso vertente.

2. O regime jurídico especial das instituições financeiras

Há atividades que, exploradas economicamente, são direcionadas a toda coletividade, de modo a assumir grave relevância no meio social e desperatar interesses privados, coletivos e difusos. Assim ocorre com a atividade bancária², que se propõe a lidar não apenas com a poupança popular, como também com vultosos capitais que advêm do setor produtivo de uma economia.

¹ Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

² Entendida em seu sentido amplo, para designar a atividade praticada por instituição financeira, que, nos termos do art. 17, da Lei n° 4.595/64, abrange a coleta, intermediação, aplicação e administração de recursos.

Historicamente, a atividade bancária conheceu tempos de indiscutível sucesso com o desenvolvimento da economia creditória, principalmente a partir do Século XIX, com notável atuação na mobilização de riquezas, imprescindível para o fomento da atividade produtiva, gerando um ciclo de investimentos que acabou por acelerar o advento da Revolução Industrial.

Ainda nesse contexto, constatou-se que o colapso de uma instituição financeira poderia atingir proporções bem mais extensas que a insolvência de agente econômico de outra natureza.

Com efeito, em sendo a instituição financeira responsável pela guarda e mobilização de capitais, inclusive de terceiros, seu insucesso afeta diretamente o patrimônio de uma massa de indivíduos, intervindo decisivamente na oferta do crédito, seja pela desconfiância na "saúde financeira" de um sistema, seja pelo abalo patrimonial daqueles que são alcançados pelo infortúnio em questão.

Relatos empíricos a esse respeito demonstram os perniciosos efeitos gerados pela insolvência bancária, assim como sua amplitude, que se potencializa quando se tratam dos chamados "bancos de varejo"³, cujas estruturas são consubstanciadas em numerosa rede de agências, em contínuo contato com a população.

No Brasil, o Poder Público, ainda no Império, se viu forçado a intervir diretamente na economia, decretando moratória na praça do Rio de Janeiro, por ocasião da insolvência da casa bancária J. A. Souto da Costa, em 1864. A título de ilustração, vale reproduzir trecho do Decreto Imperial n° 3.308, de 17.09.1864, impondo "disposições extraordinárias durante a crise comercial" em que se encontrava a economia carioca:

"Atendendo á summa gravidade da crise commercial, que domina actualmente a praça do Rio de Janeiro, perturba as transacções, paralysa todas as industrias do paiz, e pôde abalar profundamente a ordem publica, e á necessidade que ha de prover de medidas promptas e efficazes, que não encontrarão na legislação em vigor, os perniciosos resultados que se temem de tão funesta occurrencia: Hei por bem, Conformando-me com o parecer unânime do Conselho de Estado, Decretar:

Art. 1° Ficão suspensos, e prorrogados por sessenta dias, contados do dia 9 do corrente mez, os vencimentos das letras, notas promissórias, e quaesquer outros títulos commerciaes pagáveis na Corte, e Provincia do Rio de Janeiro; e também suspensos e prorrogados pelo

³ A expressão "bancos de varejo" vem sendo coloquialmente reservada para aquelas entidades que a doutrina classifica como bancos comerciais.

mesmo tempo os protestos, recursos em garantias, e prescrições dos referidos títulos.

.....

Art. 3.^o. *As falências dos banqueiros e casas bancárias ocorridas no prazo de que trata o art. 1.^o serão reguladas por um Decreto que o Governo expedirá.*"

Tês dias após, o Governo Imperial estabeleceu normas especiais de liquidação forçada de estabelecimentos bancários (Decreto Imperial n.^o 3.309, de 20.09.1864), em razão de sua declarada "multiplicidade de transações com o povo, pelas suas importantes relações com o Commercio e Agricultura, e pela influencia que pôde exercer sobre o credito e ordem publica".

Muito embora já houvesse naquela época legislação a respeito do funcionamento dos bancos⁴, o fato é que o Decreto 3.309/1864 inaugurou no ordenamento brasileiro o regime especial de liquidação de entidades de natureza bancária, extravagante ao sistema falimentar disciplinado pela Parte Terceira, Título Primeiro, do Código Comercial.

Logo, o reconhecimento oficial das peculiaridades da atividade bancária e o consequente rigor no tratamento das entidades que a exercem têm justificativa histórica – no Brasil e em outros sistemas – pautada na relevância dessa atividade e em seu alcance social.

A partir do Século XX, a influência da indústria bancária nas relações patrimoniais privadas se intensificou drasticamente com as conquistas obtidas pela modernidade, sobretudo com a tecnologia, que trouxe avanços quase revolucionários nos meios de comunicação e que contribuiu para a concentração econômica e para a consolidação da economia de larga escala, conduzindo à instauração da sociedade de consumo e massificação das relações jurídicas.

Por conseguinte, o próprio Estado avocou a direção dessa atividade, usualmente levada a efeito por meio de Bancos Centrais, que igualmente controlam e fiscalizam as entidades de natureza financeira, inclusive para fins de autorizar seu funcionamento⁵.

⁴ Nesse sentido, a Lei n.^o 1.083, de 22.08.1860, dispunha sobre "os Bancos de emissão, meio circulante e diversas Companhias e Sociedades". Seu regulamento, Decreto n.^o 2.691, de 14.11.1860, inovou ao prever a possibilidade de decretação da quebra *ex officio* pela autoridade competente, considerada, para época, medida de expressivo avanço da intervenção estatal na atividade privada. Esse diploma regulamentar igualmente introduziu novo pressuposto para a caracterização da falência dos bancos - ao lado do requisito de cessação de pagamentos, previsto como regra geral no Código Comercial - pela fórmula da importância do pagamento de obrigações, pressuposto apenas aditado, de modo genérico, pelo Decreto n.^o 917, editado bem posteriormente, em 1890.

⁵ No Brasil, o art. 18, da Lei n.^o 4.595/64 trata da autorização do Banco Central e do Poder Executivo, para o funcionamento de instituições financeiras, conforme sejam elas, respectivamente, brasileiras e estrangeiras.

Após a edição de diversos diplomas que trouxeram, de forma fragmentária e obscura, normas específicas para disciplinar a insolvência das instituições financeiras e a responsabilidade de seus administradores⁶, a Lei n.^o 6.024, de 13.03.1974, teve o mérito de consolidar a matéria, encontrando-se atualmente em vigor.

Em suma, bem se vê que se está diante de atividade econômica de caráter especialíssimo, não equiparável às demais atividades ordinariamente exercidas pelos demais agentes econômicos. A atividade financeira envolve significativos riscos, inerentes à administração do capital e do crédito, da volatilidade dos mercados financeiro e de capitais e que, portanto, exigem regime específico que venha a tutelar o crédito e, sobretudo, aquele que desembolsa seus valores para confiá-los a uma dessas entidades.

3. Responsabilidade dos administradores de instituições financeiras: primeiras considerações

3.1. Evolução histórica

Em uma primeira etapa histórica, a responsabilidade do administrador de sociedade comercial se fazia distinguir em razão do tipo jurídico societário, sendo irrelevante a natureza da atividade praticada em decorrência de seu objeto social.

Apenas a partir do quarto decênio do Século XX, o Poder Público passou a se preocupar com os administradores de instituições financeiras, editando normas a seu respeito, notadamente o Decreto-lei n.^o 9.328/46, suscitado pela Lei n.^o 1.808/53, pela Lei n.^o 4.595/64 e finalmente pela Lei n.^o 6.024/74, que dedica capítulo inteiro à matéria.

Com efeito, dispunha o art. 1.^o, do Decreto-lei n.^o 9.328/46:

"Art. 1.^o Respondem solidariamente pelas obrigações que a sociedade houver assumido durante a sua gestão, os bens dos diretores dos Bancos e Casas Bancárias sujeitas à liquidação extra-judicial, regulada no Decreto-lei n.^o 9.228, de 3 de maio de 1946, ou que solicitarem concordata ou forem declarados falidos, dentro de um ano a contar da vigência desta Lei, ainda que o seu capital seja constituído por ações."

⁶ Sobre a matéria, merecem ser citados os seguintes normativos: Decreto n.^o 19.479/30, regulamentado pelo Decreto 19.634/31, que reimplantaram o sistema de liquidação forçada, rebatizada como liquidação extrajudicial; Dec.Lei n.^o 9.228/46, que determinou a aplicação da Lei de Falências, mas "fora de juízo", sendo o liquidante nomeado pelo Ministro da Fazenda, diploma que foi posteriormente complementado pelo o Dec. Lei n.^o 9.346/46; Lei n.^o 4.595/65; Dec.Lei n.^o 48/66; Dec. Lei n.^o 685/69.

Portanto, o dispositivo acima transcrito instituiu novo regime de responsabilidade dos administradores de bancos e casas bancárias, bem distinto da regra geral prevista no direito brasileiro para administradores de sociedades comerciais, que poderiam ser responsabilizados por danos causados à sociedade ou aos sócios, segundo apurado em demanda judicial proposta por iniciativa destes.

Assim, até a edição do Decreto-lei n.º 9.328/46, a responsabilidade em questão surgia quando o administrador causasse dano à sociedade ou a seus sócios, por culpa ou dolo, na prática de atos de gestão ou simplesmente por violação de lei ou do estatuto social⁷. Não se cogitava, pois, da responsabilidade desses administradores perante terceiros que houvessem contratado com a sociedade e que amargassem prejuízo em virtude de ato atribuível à conduta dos administradores.

Com o referido Decreto-lei, a regra geral de não responsabilização dos administradores pelas obrigações sociais ficava excepcionada, inclusive com a criação de vínculo de solidariedade entre todos que participassem da gestão de banco ou casa bancária submetida à liquidação extrajudicial, que houvesse pedido concordata ou sido declarada falida. É relevante registrar que essa responsabilidade não se destinava propriamente a ressarcir danos causados à sociedade, mas sim a satisfazer obrigações sociais, independentemente de culpa ou dolo e, a rigor, sem qualquer consideração quanto à relevância da conduta de cada administrador para o fracasso da entidade bancária.

Os efeitos nocivos da insolvência bancária e a necessidade de tutela da poupança popular – acima comentados – poderiam, *prima facie*, justificar esse severo quadro de responsabilização dos administradores pelas obrigações sociais, de forma ilimitada e subsidiária, à semelhança do regime do sócio da sociedade em nome coletivo, em desuso já naquela época.

Entretanto, a redação simplista do art. 1.º, Decreto-lei n.º 9.328/46, viria a gerar dificuldades de interpretação, seja pela perplexidade decorrente da imposição do novo regime, seja pela insegurança jurídica gerada por suas lacunas. Esse diploma foi duramente criticado pela doutrina, que o recebeu como arbitrário, não técnico e contraditório com nosso tradicional sistema

⁷ O art. 121, do Dec. lei n.º 2.627/40, que regulava as sociedades anônimas, dispunha que os diretores não eram pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraiassem em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão, mas responderiam civilmente pelos prejuízos que causassem quando procedessem, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. Essa disciplina foi mantida pelo art. 158, da Lei n.º 6.404/76, cuja interpretação majoritária tende a considerar essa responsabilidade subjetiva, aplicando-se o instituto da culpa presumida nas hipóteses de violação de lei ou de estatuto.

de responsabilidade⁸. Posteriormente, a Lei n.º 1.808/53 definiu com maior clareza essa responsabilidade especial dos administradores de bancos, na forma a seguir reproduzida:

"Art. 2.º. Respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, durante sua gestão e até que elas se cumpram, os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedades por ações ou de sociedade por cotas de responsabilidade limitada."

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

Logo, a Lei n.º 1.808/53, embora mantendo a responsabilidade do administrador perante terceiros – diferente, pois, da regra geral prevista na lei societária – inseriu-a no regime da responsabilidade subjetiva, exigindo a comprovação da conduta culposa ou dolosa do agente.

A grande discussão que se travou naquele tempo foi a respeito do alcance da regra de solidariedade, cujas falzes haviam sido plantadas pelo Decreto-lei n.º 9.328/46. Em virtude da tentativa de se responsabilizar indiscriminadamente administradores de entidades bancárias insolventes, foram solicitados pareceres de ilustres juristas, para que manifestassem sua interpretação acerca do dispositivo acima transcrito.

O primeiro caso polêmico teve origem na liquidação extrajudicial do Banco Nacional Interamericano S.A. (1955), em cujo bojo se pretendeu responsabilizar administrador que, segundo alegado, não teve qualquer participação nas operações tidas como irregulares pela então Superintendência da Moeda e do Crédito - SUMOC. O cerne da discussão foi justamente evitar que se delatasse o conceito de responsabilidade solidária, convalidando-a em aleatoriedade, a abranger qualquer um que participasse da gestão social durante o período em que assumidas obrigações não cumpridas pelo banco.

Nessa linha, o Prof. Trajano de Miranda Valverde subscreveu parecer no sentido de considerar a responsabilidade sempre individual, devendo-se apurar dolo ou culpa na conduta dos administradores. Segundo o jurista, a solidariedade surgiria em momento posterior, de composição do dano, vale

⁸ Em comentário ao art. 1.º, Dec. Lei n.º 9.328/46, Vicente Rão sustentou que: "o texto acima transcrito, visivelmente redigido de atropalhão, nem respeitava a linguagem jurídica, nem os princípios fundamentais de nosso direito em matéria de responsabilidade, pois, ao mesmo passo em que aludia à responsabilidade solidária dos bens e não dos diretores dos bancos e casas bancárias, não indicava os requisitos ou elementos constitutivos desta responsabilidade, parecendo querer excluir a apuração de dolo, ou culpa, que em nosso sistema jurídico constituem causas gerais do dever de reparação dos danos causados e só por disposição expressa de lei poderiam ser excluídas".

dizer, do cumprimento das obrigações não satisfeitas, oportunidade em que os culpados responderiam solidariamente, na hipótese de insuficiência do patrimônio social. Ratificando essa posição, e tendo em vista a redação do art. 3º, § 5º, da Lei nº 1.808/53⁹, Vicente Rão acrescentou que "(...) a indicação minuciosa dos atos de dolo e de culpa (não simples, mas grave), presuppõe a nomeação dos diretores que os houverem praticado, para o efeito da apuração de sua responsabilidade individual, ou solidária, segundo a autoria caiba a um ou a vários, conjuntamente⁹".

Outro caso histórico, que provocou a manifestação de juristas de grande tomo, teve referência com a liquidação do Banco União do Brasil S.A. (1957), em que se pretendia responsabilizar determinado administrador em idêntica situação àquela antes mencionada. Naquela ocasião, nada menos que F. C. de San Tiago Dantas refutou incisivamente a chamada "responsabilidade coletiva", valendo transcrever alguns trechos de sua construção:

"A responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias está definida na lei nº 1.808, que constitui direito especial em confronto com a Lei de Sociedades por Ações (...). É de notar que a solidariedade de entre diretores, independentemente da boa ou má conduta de cada um, ferirá um dos princípios básicos da ordem jurídica, que é o da incommunicabilidade da culpa (...) e que a interpretação correta do art. 2º, da lei 1.808 não permite estender à pessoa e aos bens de um diretor isento de culpa o vínculo de solidariedade passiva, que o mesmo artigo institui entre o banco e os diretores culpados."

Visualiza-se nesse contexto que havia duas distintas preocupações da doutrina: (i) fixar a indispensabilidade do elemento subjetivo para a configuração do dever de reparação e; (ii) ressaltar a imprescindibilidade do nexo de causalidade, que deveria ser demonstrado ainda na fase de apuração dos ilícitos pela SUMOC, individualizando-se as práticas irregulares nos autos do inquérito administrativo. Observados esses requisitos, admitia-se a solidariedade entre administradores culpados, que assim responderiam subsidiariamente pelas obrigações sociais contraidas em sua gestão, uma vez exaurido o patrimônio da entidade bancária.

⁹ O aludido dispositivo tratava do inquérito administrativo para apuração de responsabilidade de que deveria ser aberto e processado pela SUMOC, impondo que: "§ 5º Últimado o inquérito e transcorrido o prazo do parágrafo anterior, com ou sem defesa dos indicados, o diretor da Superintendência da Moeda e do Crédito o encerrará com um relatório, do qual constarão, em síntese, os fatos apurados, a situação do estabelecimento examinado, as causas da sua queda, o procedimento de seus gerentes e diretores nos últimos cinco anos, e, minuciosamente, os atos de dolo ou de culpa grave, bem como os respectivos efeitos em relação a situação do estabelecimento e as obrigações por ele assumidas, opinando sobre a sua responsabilidade nos termos desta Lei e, em caso afirmativo..."

O sistema de responsabilidade subjetiva foi substancialmente modificado pela Lei nº 4.595/64, Lei de Reforma Bancária, cujo art. 42 conferiu nova redação ao art. 2º, da Lei nº 1.808/53, nos termos seguintes:

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

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

Parágrafo único. Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante."

Conforme se constata, foi excluída do dispositivo legal a sentença "os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedades por ações ou de sociedade por cotas de responsabilidade limitada", a sugerir que o regime especial da responsabilidade de administradores de instituições financeiras tenha sido intencionalmente direcionado para a configuração do dever de reparação sem que fosse considerada a conduta culposa do agente.

Finalmente, a redação consagrada pela Lei nº 4.595/64 foi literalmente mantida pela Lei nº 6.024/74, que, consolidando a matéria, projetou a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras em duas vertentes distintas, cada qual disposta, respectivamente, no art. 39 e no art. 40, ambos transcritos na introdução desse estudo.

Muito embora não seja a posição a ser defendida neste artigo, a doutrina majoritária vem interpretando o art. 39 à luz do regime geral de responsabilidade subjetiva do administrador de sociedade anônima, prevista no art. 158, da Lei nº 6.404/76, enquanto que o art. 40, segundo a maioria, disporia sobre o regime especial de responsabilidade, excepcional e que ostenta características absolutamente distintas do anterior.

Passaremos, pois, a tratar da interpretação do art. 39 e do art. 40, da Lei nº 6.024/74, primeiramente para expor sucintamente a opinião da doutrina e, em seguida, para sugerir nossa colaboração, mediante a interpretação desse dispositivo à luz de princípios e tendências contemporâneas.

3.2. Posições da doutrina

Substancialmente, a doutrina se divide entre aqueles que consideram a responsabilidade sob estudo de natureza subjetiva (confirmando as teses levantadas por autores clássicos) e aqueles que pregam a responsabilidade objetiva dos administradores de instituições financeiras.

Entre os que defendem a responsabilidade subjetiva, sobressai a opinião de ARNOLDO WALD, pela densidade de suas colocações, pautadas em

aspectos científicos e temperadas com inusitadas situações de fato, utilizadas pelo jurista para ilustrar seu convincente discurso. Entre os inúmeros trabalhos editados sobre o tema, merece ser citado o artigo publicado em obra coletiva¹⁰, no ano de 1999, no bojo do qual o autor examina o dever de reparar de que se trata à luz da atuação do Banco Central do Brasil, no que diz respeito à apuração de responsabilidades no âmbito do procedimento administrativo de intervenção ou liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Como disciplinado pela Lei nº 6.024/74, a caracterização da responsabilidade especial pressupõe a decretação pela autoridade monetária das medidas de intervenção ou liquidação extrajudicial da entidade financeira, com a consequente suspensão (no caso da intervenção) ou perda (no caso da liquidação) do mandato dos administradores (art. 50, Lei nº 6.024/74), os quais têm seus bens tornados automaticamente indisponíveis (art. 36, § 1º, Lei nº 6.024/74) e cujas atividades passam a ser objeto de investigação em sede de inquérito administrativo, presidido pelo Banco Central (art. 41, Lei nº 6.024/74).

Wald argumenta que o sistema de responsabilidade no Direito Brasileiro, fundado no art. 159, do Código Civil de 1916, repulsa a responsabilização sem culpa, que ficaria caracterizada na hipótese em tela pelo simples exercício de mandato administrativo em instituições financeiras. Continua o autor sustentando que a responsabilidade objetiva apenas pode ser aceita em situações especialíssimas, previstas em lei, nas quais há significativo interesse social. Afirma ainda que a responsabilidade do administrador de instituições financeiras é de natureza subjetiva desde que editado o primeiro diploma sobre a matéria e ressalta que ela segue o modelo previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76). Nesse sentido, o art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, devem ser interpretados sistematicamente: referindo-se o art. 39 a atos e omissões dos administradores, deve-se entender que a responsabilidade pelas "obrigações assumidas durante sua gestão" pressupõe que tais obrigações sejam decorrentes dos atos e omissões do administrador responsabilizado. A procedência dessa sustentação, segundo Wald, pode ser demonstrada pela "imitação da responsabilidade aos prejuízos causados", imposta pelo parágrafo único do art. 40, de modo que os prejuízos ali referidos só poderiam ser entendidos como causados à entidade financeira (e não a terceiros!) pelos atos e omissões do administrador.

¹⁰ O desabamento da indisponibilidade dos bens dos ex-administradores de instituição financeira em liquidação extrajudicial, quando o inquérito realizado pelo Banco Central não apura nexo causal entre a conduta e o prejuízo. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional, 25 anos da Lei 6.024/74*, organizado por Jairo Sadi. Editora Texto Novo, São Paulo, 1999.

A isso se acrescentaria, segundo o citado autor, a determinação legal de investigação e apuração da responsabilidade pelo Banco Central, o que induziria à obrigatoriedade de individualização da culpa no caso concreto, para que, após concluído o inquérito, apenas os bens dos administradores considerados "culpados" fossem atingidos pela medida de arresto promovida pelo Ministério Público, com base no relatório final do inquérito (art. 45, Lei nº 6.024/74). Não obstante, Wald faz críticas à Comissão de Inquérito do Banco Central, que, segundo alega, não atentaria para as finalidades do procedimento previsto nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, deixando de examinar o mérito da defesa apresentada pelo indiciado e não instaurando o contraditório no processo administrativo, sob a justificativa de que caberia ao Judiciário o aprofundamento da questão¹¹. Disso resulta que o relatório conclusivo do inquérito se limitaria a indicar o nome dos administradores, sem apontar aqueles que devam ser demandados por responsabilidade (art. 46, Lei nº 6.024/74), cujos bens deveriam ser preventivamente arrestados.

Wald termina sua extensa exposição suscitando a não receptividade da Lei nº 6.024/74 pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que permite a privação dos bens de uma pessoa sem o devido processo legal e sem que seja demonstrada a causa legítima dessa medida, de modo que a indisponibilidade desses bens (*a priori* justificável, já que na ocasião em que decretada a intervenção ou liquidação não há como individualizar responsabilidades) estende-se, em virtude do arresto, pelos longos anos de tramitação da ação de responsabilidade e até seu julgamento, gerando injustificável dano moral e patrimonial ao demandado, sobretudo se ao final do feito restar comprovado que ele (administrador) nada teve a ver com os prejuízos eventualmente sofridos pela entidade financeira.

Alinhando-se à posição de Arnoldo Wald juristas de indiscutível brilhantismo, valendo pontuar os nomes de Rubens Reguão e Bulhões Pedreira.

Adotam a corrente da responsabilidade objetiva, dentre outros, Haroldo Malheiros Duclerc Vergosa, Paulo Fernando Campos Salles Toledo, Mauro Brandão Lopes, Newton de Lucca e George Coelho de Souza.

Vergosa sustenta, em artigo de doutrina, não mais existir dúvidas de que o art. 40, da Lei nº 6.024/74, estabeleceu um modelo de responsabilidade objetiva a recair sobre o administrador de instituição financeira sujeita a regime especial. Nesse sentido, não se deve cogitar da ligação entre os arts. 39 e 40 daquele diploma, vez que a independência desses dispositi-

¹¹ Portanto, ao arripio da Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV, e da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da União e impõe sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 2º), obrigando a Administração Pública a examinar a defesa do administrado e sobre ela emitir decisão conclusiva (art. 48).

vos fica demonstrada pela distinção entre os sujeitos passivos referidos em cada um deles. Segundo esse raciocínio, o art. 39, com alegada origem na responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima (Lei nº 6.404, art. 158), ensaja o ressarcimento à entidade financeira pelos prejuízos causados por culpa ou dolo do administrador, enquanto que o art. 40 impõe a responsabilidade solidária de administradores pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão, até seu efetivo adimplemento. O jurista, que estudou o tema em tese de doutoramento¹², aduz que o rigor desse regime de responsabilização ostenta, por um lado, caráter preventivo, exigindo do administrador o máximo de diligência com vistas a evitar a assunção pela instituição de riscos atípicos, e, por outro lado, função repressiva, impondo amplo dever de indenizar os prejuízos causados.

As teorias construídas pelos autores que defendem a objetivação da responsabilidade apresentam certas nuances que são respeitantes, em determinados casos, ao fundamento da responsabilidade e, em outros, à extensão dessa responsabilidade. Muito embora não seja o propósito desta exposição comparar detalhadamente as particularidades daquelas construções doutrinárias, é de se registrar a opinião de NEWTON DE LUCCA, para quem o conceito de "prejuízos causados" (art. 40, parágrafo único, Lei nº 6.024/74) abrange "os danos causados pelo administrador à empresa" (e não, pois, a terceiro), por qualquer ato seu, comissivo ou omissivo¹³.

Esta é, em linhas gerais, a colaboração da doutrina recente com relação ao tema que se desenvolve neste ensaio.

Como se vê, há ponderações não ainda consideradas pelos doutores que se propuseram a estudar e escrever sobre a matéria, sobretudo aquelas decorrentes do processo de evolução da teoria da responsabilidade civil, cujos aspectos mais relevantes serão tratados nas linhas a seguir articuladas.

¹² "Responsabilidade civil especial dos administradores e controladores de instituições financeiras, e a responsabilidade de outras pessoas a elas relacionadas, nos regimes extraordinários do direito brasileiro: um estudo de *iure constituto* e de *lege ferenda*", São Paulo, 1990. Tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 03.06.1990, sob a orientação de Fábio Konder Comparato.

¹³ Sustenta NEWTON DE LUCCA, em artigo de doutrina, publicado na *Revista de Direito Mercantil*, nº 67, p. 32/38, que: "Com efeito, sempre sustentei em minha militância profissional sobre a matéria que a expressão "prejuízo causado" constante do parágrafo único do art. 40, somente poderia ser adequadamente interpretada, se por ela se entendesse que se cuidaria, na hipótese, de prejuízos causados pelo administrador à empresa. Parece-me certo que o parágrafo único do art. 40, ao estabelecer que a responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados, não teria abandonado o princípio segundo o qual deve necessariamente existir o nexo de causalidade entre a ação do administrador e o prejuízo efetivamente apurado, vale dizer, há que existir uma correlação, em nível ontológico, entre o ato omissivo ou comissivo praticado pelo administrador e o dano que lhe seja imputável."

4. Breves comentários acerca da evolução da responsabilidade civil
Segundo anota Gustavo Tepedino¹⁴, a idéia de responsabilidade civil relacionava-se com o princípio elementar de que o dano, causado pelo descumprimento de dever jurídico, deve ser reparado.

Historicamente fundada no nexo corporal entre o ofensor e o ofendido, a responsabilidade civil teve seu campo de incidência limitado à esfera patrimonial, sobretudo a partir da *Lex Poetelia Papilia* (326 a.C.), construindo-se, a partir desta etapa, o embasamento teórico que viria, mais tarde, ser recebido por Beviláqua quando da elaboração de seu Anteprojeto de Código Civil Brasileiro.

Assim, o art. 159, do Código Civil Brasileiro de 1916, consagrou a responsabilidade civil subjetiva como regra geral do sistema privado, a legitimar a reparação contra todos os atos culposos que causassem dano. Em pouco tempo, constatou-se a insuficiência daquele conceito subjetivista, diante da complexidade da realidade socioeconômica.

Principalmente pela obra jurisprudencial, acolheu-se a expansão da responsabilidade subjetiva para que fosse admitida a presunção de culpa do agente. Em momento posterior e em face das crescentes demandas sociais advindas com a industrialização e formação da sociedade de massa, o legislador consagrou hipóteses especialíssimas em que a responsabilidade poderia restar caracterizada independentemente da conduta culposa do autor do dano, associando a reparação do dano não propriamente à qualidade dessa conduta, mas sim ao risco provocado pela atividade da qual resultou o dano.

Nesse escopo, procurou-se vincular os danos decorrentes da atividade produtiva aos riscos empresariais, poupando as vítimas da difícil tarefa de provar, nas lides forenses, a atuação culposa do agente. Uma primeira causa do progresso da responsabilidade foi, portanto, de ordem social e de ordem científica e mecânica.

Ensina Louis Jossereand¹⁵ que "quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o descobrimento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos".

Inicialmente, a responsabilidade civil objetiva circunscreveu-se aos acidentes de trabalho, desenvolvendo-se mais tarde para abranger outros

¹⁴ "A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal", *Temas de Direito Civil*, p. 173/197, 2ª Edição, Renovar.

¹⁵ "Evolução da Responsabilidade Civil", *Revista Forense*, v. 86, p. 52 e ss.

setores da atividade econômica, na linha de atribuir o dever de reparação àquele que, por auferir lucros mais significativos na realização de empreendimentos considerados de maior risco, deveriam assumir, com a mesma intensidade, os resultados dos infortúnios causados pela atividade, dando origem, assim, à chamada Teoria do Risco¹⁶.

Com efeito, assinala Tepedino que, nos últimos cinquenta anos, firmou-se a tendência legislativa que tem transformado a dogmática da responsabilidade civil em todo o mundo, promovendo, na Europa, inúmeras leis disciplinadoras da responsabilidade civil e, nos Estados Unidos, a abertura do caminho para universalização do seguro social, numa tendência de securitização das atividades produtivas.

Há certo consenso na doutrina no sentido de que não se pode legitimar a chamada Teoria do Risco Integral, que considera a responsabilidade em seu mais alto grau de objetivação, sem maiores perquirições em torno das causas do dano. Há assim necessidade de compreender as causas de exclusão de responsabilidade, como elemento de desconstituição do nex causal, sempre levando em conta a atividade e o dano, sendo portanto desinfluentes os aspectos internos (ou subjetivos) da conduta do agente.

Regis Fichtner Pereira, em tese que lhe conferiu o título de Doutor¹⁷, corrobora as afirmativas acima registradas, lecionando que a tendência mais moderna de responsabilidade civil extracotratual tem sido a de deixar de identificar a culpa como fundamento central do dever de indenizar, não so-

¹⁶ Com relação à Teoria do Risco, volte-se a citar a lição clássica de JOSSERRAND, nos termos adiante transcritos: "(...) Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem em seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem (...) não convém admitir que somos responsáveis não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos puros e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem? O fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar suas consequências, abstração feita de qualquer falta cometida (...) Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiilana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa; é em torno desses dois pólos que gira a vasta teoria da responsabilidade."

¹⁷ "A Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais", Editora Renovar, 2001.

mente em situações em que ocorre a prática de atividades perigosas, mas em todas as situações em que alguém sofre um dano por fato de outrem, de modo a substituir a concepção de culpa pela noção de dano injusto.

Nesta ordem de raciocínio, a "colocação da idéia de dano injusto no centro do sistema - ensina o citado jurista - leva a uma reavaliação do princípio do *alterum non laedere*, que classicamente era entendido como a proibição de um comportamento culposo, contrário a um direito ou interesse protegido da vítima". Logo, o conceito de dano injusto leva à conclusão de que o dever de indenizar surge quando venha a ser perpetrada violação a um direito ou interesse juridicamente protegido da vítima, desde que tal lesão não possa ser justificada por um direito ou interesse superior, ostentado pelo causador do dano. Impõe-se, assim, no caso concreto, a investigação, dentro do ordenamento, a respeito da relevância jurídica dos interesses em jogo, contrapondo-os à luz dos princípios fundamentais da ordem jurídica, sobretudo aqueles previstos na Constituição Federal, nomeadamente os princípios da solidariedade social e da justiça social (art. 3º, I e II, C.F.), tendo como paradigma maior o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, C.F.)¹⁸.

Por fim, vale reiterar os comentários realizados nas notas introdutórias acima declinadas, no sentido de que o Direito Privado Brasileiro, pelo parágrafo único do art. 927, do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), acolheu, de certa forma, a Teoria do Risco, impondo o dever de indenizar àquele que assume atividade geradora de situações perigosas. A cláusula geral do art. 927 pode perfeitamente ser interpretada à luz do conceito de dano de injusto e dos valores presentes na atual ordem jurídica, permitindo ao aplicador do Direito a apropriada composição de danos.

¹⁸ Segundo conclui REGIS FICHTNER PEREIRA, na obra citada, p. 40, "A mudança de método e perspectiva da investigação do dever de reparar o dano, da noção de culpa, para a noção de dano injusto, faz com que a questão deixe de ser analisada sob o ponto de vista unilateral da atuação do causador do dano, se com culpa ou sem culpa, passando ela a ser analisada sob o ponto de vista do sopesamento da atuação de ambas as personagens do litígio. A investigação ou não do dever de indenizar passa necessariamente pela análise do comportamento das partes e do direito que deva preponderar, dentre os invocados pelos agentes envolvidos. A mudança de perspectiva quanto à investigação do dever de indenizar, da noção de culpa para a noção de dano injusto, pode ser um ponto de partida para a harmonização da doutrina da responsabilidade civil extracotratual com alguns princípios que embasam o sistema jurídico, tais como o princípio da solidariedade e o princípio do Estado Social, de sorte que a fixação do dever de indenizar passe por um exame valorativo dos interesses contrapostos."

5. Panorama atual da responsabilidade do administrador de Instituição financeira

A questão de se chegar à justa interpretação dos arts. 39 e 40, da Lei nº 6.024/74, deve ultrapassar, a um só tempo, tanto a discussão (infundável) acerca do sentido literal de sua confusa redação, quanto a especulação acerca da pretensão legislativa de objetivar ou não a responsabilidade do administrador de instituição financeira.

Por tudo que se disse, impõe-se a adequação do conteúdo dos arts. 39 e 40, da Lei nº 6.024/74, aos valores presentes na realidade contemporânea, segundo os princípios que informam a responsabilidade civil no atual ordenamento jurídico (princípios da solidariedade social, da justiça social e da dignidade da pessoa).

Dentro deste método, o primeiro aspecto a considerar é a natureza da atividade financeira.

Não se pode admitir que a atividade financeira seja considerada um fim em si mesma. Desde as origens da economia creditória, a disponibilidade e circulação do crédito foram vistas como instrumentos para a potencialização da atividade produtiva. Com o tempo, a atividade financeira, de cunho acessório, expandiu seus domínios para alcançar a figura do consumidor, o qual, em última análise, vai fomentar cada vez mais a produção de bens e serviços, agora já em maior escala, a depender mais e mais do crédito que circula em dada economia, por intermédio, enfim, da atividade financeira.

Cria-se, pois, um complexo de relações, em que a atividade financeira, não obstante seja instrumental, assume elevada importância, pois a insaturação dos vínculos entre os personagens - produtor, banqueiro e consumidor - cria uma situação de interdependência, de modo que se pode afirmar, com certa tranquilidade, que o bom desenvolvimento de uma economia é medido pela saúde de seu sistema financeiro e por sua capacidade de mobilizar créditos, servindo à multiplicação de riquezas.

Se o produtor tem como lastro (ou riqueza) o resultado de sua atividade e se o consumidor tem, em regra, renda que lhe permita consumir, o banqueiro, por sua vez, centra sua atividade no recebimento e no empréstimo de numerário decorrente não de sua própria riqueza, mas sim dos ativos de seus clientes.

Logo, tendo em vista que a tomada e a concessão de crédito, bem como a administração de bens de terceiros, formam o conjunto da atividade fundamental da instituição financeira, fácil é concluir que ela está suscetível a no mínimo quatro modalidades de risco, que podem vir a comprometer não apenas seu patrimônio, como também o patrimônio daqueles com quem ela se relaciona: (i) risco pelo fato de receber em depósito ativos de propriedade de terceiros, assumindo assim a posição de devedora desses sujeitos; (ii) risco gerado por erros de avaliação de crédito daqueles que são financiados pela instituição (normalmente, os recursos desses financiamentos são captados pelos depósitos recebidos de clientes, administrados pela instituição financeira); (iii) riscos derivados das especulações travadas nos mercados financeiro e de capitais, sobretudo pela facilidade de sua manipulação e por sua forte sensibilidade a fatores de natureza vária, inclusive externos à própria atividade econômica; (iv) risco político, gerado pela internacionalização desses mercados.

Dai se pode afirmar que a Teoria do Risco, fruto da evolução do sistema de responsabilidade civil, positivada no atual ordenamento, deve servir para permitir a composição do dano gerado pela atividade financeira a produtores e consumidores, com os quais a instituição financeira contrata.

Particularmente, na hipótese de a instituição financeira se quedar em situação de insolvência, é lícito concluir que tais sujeitos (vítimas) podem não ter satisfeito seu direito à justa reparação, uma vez que, nesse caso, não haveria patrimônio suficiente para tal finalidade.

Esse quadro se agrava quando a situação deficitária se origina na má administração da instituição financeira ou em reiteradas infrações à legislação e regulamentação bancárias, pressupostos gerais que podem conduzir à decretação pelo Banco Central da intervenção administrativa (art. 2º, I e II, da Lei nº 6.024/74), da liquidação extrajudicial (art. 15, I, "b", "c", "d", da Lei nº 6.024/74) ou do Regime de Administração Especial Temporária (RAET, Decreto-lei nº 2.321/87).

Neste contexto, a Teoria do Risco deve necessariamente ser aplicada para permitir a responsabilização dos administradores que atuaram decididamente para a configuração da insolvência bancária, independentemente de prova de culpa ou dolo de sua conduta, bastando que se demonstre o nexo de causalidade entre os atos praticados em sua gestão e os prejuízos sofridos pela vítima.

Vale repetir aqui antiga lição doutrinária, no sentido de que a decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou do Regime de Administração Especial Temporária (RAET, Dec. Lei 2321/87, art. 15 e art. 19¹⁹) pelo Banco Central é pressuposto para a direta responsabilização do administrador. Em outros casos de dano, quem responderá objetivamente será a própria entidade financeira, por força das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor (baseado, como se sabe, na Teoria do Risco).

Nessa linha, o art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, em momento algum exigem a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade desses administradores, o que permite adequá-los valorativamente ao ordenamento, interpretando-os de modo a admitir a objetivação da responsabilidade, que, em todo caso, será analisada circunstancialmente, segundo o conceito de dano injusto e à luz dos princípios constitucionais da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa²⁰.

Nessa perspectiva, fica claro que o art. 39 trata da responsabilidade do administrador perante a própria instituição financeira e que o art. 40 diz respeito à indenização devida pelo administrador faloso a terceiros com quem a instituição financeira contratou e que tiveram seus direitos por esta inobservados.

¹⁹ "Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantiveram vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa."
(...)

²⁰ "§ 2º A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data-base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei."

Art. 19. Aplicam-se à administração especial temporária regulada por este Decreto-lei as disposições da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que com ela não colidirem e, em especial, as medidas cautelatórias e promotoras da responsabilidade dos ex-administradores."

²⁰ A possibilidade de ponderação de interesses, segundo o conceito de dano injusto, vai permitir solucionar casos considerados problemáticos pela doutrina. Um exemplo é a hipótese de responsabilização do chamado "administrador empregado", consubstanciado na figura do profissional, que, por sua competência e dedicação, galga posições na estrutura administrativa da instituição financeira, chegando, como Diretor, ao topo dessa hierarquia. Nesse caso, há quem sustente que não seria justo comprometer o patrimônio desse profissional, construído ao longo de anos de trabalho, salvo seja cabalmente comprovada sua culpa com referência aos prejuízos resultantes da sujeição da entidade ao processo de intervenção, liquidação extrajudicial ou RAET. Valendo-se assim do conceito de dano injusto, pode-se fixar a medida da responsabilidade do "administrador empregado", limitando-a de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com isso, se evitaria a desgraça patrimonial desse profissional, sem que, no entanto, se afaste a natureza objetiva de sua responsabilidade.

Importante ressaltar, assim, que, não obstante a reparação a que se refere o art. 40 seja dirigida "aos prejuízos causados pelo descumprimento de obrigações assumidas", a responsabilidade é extracontratual, vez que o administrador não contrata com terceiros em nome próprio, mas sim como órgão da entidade financeira.

Em qualquer caso, deve o Banco Central, nos autos do inquérito administrativo, disciplinado nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, apurar devidamente a responsabilidade de cada administrador, seja ele Diretor ou Conselheiro, para que fique caracterizada a causalidade entre os danos sofridos e os atos de gestão praticados por cada um deles, de modo que a solidariedade de referida no *caput* do art. 40, não seja convolada numa responsabilidade genérica e indiscriminada, o que feriria frontalmente os princípios que fundamentam o sistema de responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

Dessa forma, devem ser individualizados os danos diretamente originados no atos praticados pelos administradores, que serão solidários apenas com relação aos danos aos quais tenham efetivamente concorrido.

Em se tratando de responsabilidade perante terceiros, poderia parecer difícil quantificar os prejuízos passíveis de reparação pelos administradores. Entretanto, a tarefa pode ser facilitada pelo conceito de "passivo a descoberto" (ou seja, passivo que não pode vir a ser satisfeito pelos ativos monetários da própria instituição financeira), aludido no Decreto-lei nº 2.321/87 (art. 15, § 2º), a ser indicado em balanço patrimonial levantado pelo interventor (art. 11, "a", da Lei nº 6.024/74), pelo liquidante (art. 21, da Lei nº 6.024/74) ou pelo Conselho Diretor, este último no caso do RAET (Decreto-lei 2.321/87), tendo como data-base aquela correspondente à data da decretação da medida administrativa pelo Banco Central.

As opiniões divergem quanto à forma de concepção do "passivo a descoberto". Manoel Eugênio Marques Munhoz²¹ defende que não basta uma mera caracterização contábil, uma vez que o dano de que se trata resulta do inadimplemento de obrigações assumidas pela instituição financeira, devendo ser indicada, assim, a obrigação vencida e não paga, com vistas a vincular o administrador que "assumiu" tal obrigação em nome da entidade financeira.

Esse entendimento, muito embora seja bem razoável, poderia tornar inviável a responsabilização do administrador, sobretudo em instituições de larga dimensão, como os são os bancos de varejo, com milhares de contas de depósito, as quais, nesse caso, poderiam integrar o conceito de "passivo a descoberto".

²¹ "Considerações em torno da responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 3, p. 79 a 88.

Não se pode perder de vista que a responsabilidade do administrador, de que trata o art. 40, diz respeito à sua gestão. Portanto, essa responsabilidade vai abranger tanto os atos comissivos por ele praticados (geralmente, em se tratando de um Diretor, esses atos comissivos vão estar relacionados com contratações de vulto) quanto os atos omissivos, de forma que ele responde pelas obrigações não cumpridas e contratadas por gerentes e funcionários que lhe sejam subordinados (estas últimas obrigações são, na verdade, a maioria daquelas originadas em contratos de depósito bancário).

Portanto, não cabe individualizar no balanço patrimonial cada uma das operações financeiras contratadas e não pagas, tentando identificar, nesta etapa, para fins de responsabilização, o administrador que teria subscrito determinada contratação, mesmo porque, se assim fosse, o Conselheiro da instituição financeira, que não exerce função executiva, jamais poderia ser atingido por essa responsabilidade, ainda que dela tenha participado, proferrindo em plena Reunião de Conselho de Administração voto a favor da contratação. E isso não pode ser admitido, já que a responsabilidade do administrador vai se projetar tanto no Diretor quanto no Conselheiro, observadas sempre as circunstâncias de cada caso, a fim de que não perca de vista o requisito da causalidade entre a conduta e o dano.

Em suma, a tarefa de individualização das responsabilidades, como acima já se disse, deverá ser realizada pela autoridade monetária, no âmbito de sua competência investigativa e nos autos do inquérito administrativo (arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74), oportunidade em que, segundo VERCOSA²², deverão ser averiguadas as operações que vieram a compor o passivo a descoberto, verificando em seguida as datas em que tais operações foram realizadas e identificando, por consequência, a gestão correspondente.

Enfim, a conclusão do Banco Central, após o regular desenvolvimento do inquérito, não é suficiente para a concretização da responsabilidade dos administradores, que vai depender da propositura de ação de responsabilidade do Ministério Público ou por qualquer credor (art. 46 e art. 48, da Lei nº 6.024/74). A indisponibilidade automática dos bens dos administradores, decorrente da decretação da medida administrativa pelo Banco Central, e o posterior arresto desses bens, promovido pelo Ministério Público (art. 45, da Lei nº 6.024/74), vão contribuir para a efetividade da reparação do dano, após proferida decisão judicial que venha a reconhecer o dever de indenizar, condenando nesse sentido o autor do dano.

²² Obra citada.

6. Conclusão

De tudo que se expôs, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

(i) A atividade financeira ostenta caráter especialíssimo, não equiparável às demais atividades econômicas, suscetível a riscos que podem vir a comprometer não apenas o patrimônio da entidade financeira, como também o patrimônio daqueles com quem ela se relaciona.

(ii) A Teoria do Risco, fruto da evolução do conceito de responsabilidade civil, positivada no atual ordenamento, deve servir para permitir a composição do dano injusto gerado pela atividade financeira a produtores, consumidores ou, enfim, pessoas com as quais a instituição financeira contrata.

(iii) A decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou do regime de administração especial temporária pelo Banco Central é pressuposto para a direta responsabilização do administrador. Em outros casos de dano, quem responderá objetivamente será a própria entidade financeira, por força das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor.

(iv) O art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, em momento algum exigem a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade desses administradores, o que permite adequá-los valorativamente ao ordenamento, interpretando-os de modo a admitir a objetivação da responsabilidade, que, em todo caso, será analisada circunstancialmente, segundo o conceito de dano injusto e à luz dos princípios constitucionais da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa.

(v) Deve o Banco Central, nos autos do inquérito administrativo, disciplinar nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, apurar detidamente a responsabilidade de cada administrador, seja ele Diretor ou Conselheiro, observado os princípios do contraditório e do devido processo legal, para que fique caracterizada a causalidade entre os danos sofridos e os atos de gestão (comissivos ou omissivos) praticados por cada um deles, de modo que a solidariedade referida no caput, do art. 40, da Lei nº 6.024/74, não seja convalidada numa responsabilidade genérica e indiscriminada, o que feriria frontalmente os princípios que fundamentam o sistema de responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

(vi) Os prejuízos referidos no parágrafo único do art. 40, da Lei nº 6.024/74, passíveis de reparação pelos administradores, devem corresponder ao chamado "passivo a descoberto", tratado no Decreto-lei nº 2.321/87 (art. 15, § 2º), indicado em balanço patrimonial levantado pelo interventor (art. 11, "a", da Lei nº 6.024/74), pelo liquidante (art. 21, da Lei nº 6.024/74) ou pelo Conselho Diretor, este último no caso do RAET (Decreto-lei nº 2.321/87), tendo como data-base aquela correspondente à data da decretação da medida administrativa pelo Banco Central. Assim, devem ser averiguadas as operações que vieram a compor o passivo a descoberto, verificando em seguida

as datas em que tais operações foram realizadas e identificando, por consequência, a gestão correspondente, com vistas a estabelecer o limite da responsabilidade do administrador que tenha concorrido para a produção do dano.

(vii) A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, a ser apurada e quantificada pelo Banco Central, está sujeita, em todo caso, à revisão judicial, realizada no bojo da ação de responsabilidade de que tratam o art. 46 e o art. 48, da Lei nº 6.024/74. ♦