

A CULPA E O RISCO COMO FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO DIRETOR DO BANCO (*)

Arnoldo Wald

"Esses diretores, autênticos assalariados, em geral dispõem de patrimônio modesto, adquirido honestamente com o produto do seu salário, insuficiente, portanto, para suportar os encargos das reparações ou o cumprimento das vultosas obrigações da sociedade. A MEDIDA, como se tem verificado na prática, às vezes, *revela-se geradora de SITUAÇÕES SUMAMENTE INIQUAS*, sem oferecer, em contrapartida, salvaguardas eficazes", Wilson do Egito Coelho (*Da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei*, in *S.A. para empresários*, publicação de Índice — o Banco de Dados, Rio, 1977, pág. 73).

"A lei não visa punir qualquer banqueiro, ou casa bancária, só por ser tal; visa punir, sim, o diretor CULPADO, pela prática ou concurso à prática de ato ilegítimo, com culpa grave ou dolo", Vicente Ráo (Parecer in "*Revista dos Tribunais*", vol. 251, pág. 59).

"Um dos princípios básicos da ordem jurídica é a incommunicabilidade da culpa. Cada diretor de banco responde pela própria culpa; ninguém pode ser atingido pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem", San Tiago Dantas (Parecer in "*Revista Forense*", vol. 170, pág. 83).

1. A boa compreensão da legislação vigente na matéria exige que as normas aplicáveis à espécie sejam interpretadas dentro do seu contexto histórico e sistemático, examinando-se a evolução da legislação pátria e as posições assumidas pelos nossos tribunais, assim como pela doutrina nacional, sem prejuízo da análise das soluções dadas pelo direito estrangeiro no qual se inspirou a solução formulada pela lei bancária brasileira.

a) *Evolução histórica*

2. O primeiro texto que tratou da responsabilidade do banqueiro, no direito nacional, foi o Decreto n.º 9.328, de 10 de junho de 1946, que estabeleceu o seguinte:

"Art. 1.º — Respondem solidariamente pelas obrigações que a sociedade houver assumido durante a sua ges-

(*) Comunicação apresentada no Seminário realizado pela Universidade de Brasília em 6 e 7 de dezembro de 1977.

tão, os bens dos diretores dos bancos e Casas Bancárias sujeitos à liquidação extrajudicial (...), os 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.

Art. 2.º — Em caso de liquidação extrajudicial, compete à Superintendência da Moeda e do Crédito determinar a arrecadação dos bens referidos no artigo anterior, ou requerer o seu seqüestro em Juízo”.

3. Posteriormente, a Lei n.º 1.808, de 7 de janeiro de 1953, definiu, com maior clareza, os fundamentos e limites da responsabilidade do banqueiro, nos casos de liquidação extrajudicial, concordata ou falência, dando ensejo à apreciação da matéria pelos tribunais e à elaboração de vários pareceres e de alguns estudos doutrinários.

4. Determinava a Lei n.º 1.808, nos seus artigos fundamentais, o seguinte:

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

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

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

“Artigo 3.º — Nos casos de liquidação extrajudicial de banco e casas bancárias, nos termos do Decreto-Lei n.º 9.328, de 3.5.1946, e leis subseqüentes, e, também, nos casos de concordata ou falência desses estabelecimentos, a Superintendência da Moeda e do Crédito procederá a inquérito para o fim de apurar se foi observada, pelos diretores e gerentes, a norma de conduta estatuída no artigo 1.º.”

“Artigo 4.º — Verificada a inobservância do disposto no artigo 1.º, a Superintendência da Moeda e do Crédito

enviará o inquérito com o relatório ao juiz da falência ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao representante do Ministério Público."

5. Na vigência da Lei n.º 1.808, houve quem pretendesse argumentar com a redação do art. 2.º para, menosprezando a referência expressa do texto do art. 1.º à culpa, defender a existência, no caso, de uma responsabilidade objetiva de caráter coletivo, que implicaria na criação de obrigação solidária de todos os diretores de ressarcir os prejuízos causados ao banco ou a terceiros.

6. Ora, a simples leitura da lei leva à única exegese admissível, que é no sentido de reconhecer a existência de *solidariedade entre os diretores culpados*, sem que a culpa de alguns pudesse contaminar os demais diretores, como bem esclareceram na época, em sucessivos pareceres, os Professores San Tiago Dantas e Vicente Rão e os Ministros Carlos Medeiros Silva e Costa Manso; assim como o festejado autor da antiga Lei das Sociedades Anônimas, Trajano de Miranda Valverde. A tese defendida, unanimemente, pela doutrina, foi, aliás, consagrada pela jurisprudência, como, em seguida, comprovaremos.

7. Respondendo à consulta então formulada pelo Professor Benedito Montenegro, que tinha exercido as funções de Presidente do Conselho Diretor do Banco Nacional Interamericano S. A., Trajano de Miranda Valverde interpretou o texto do art. 2.º da Lei n.º 1.808 como ensejando uma "responsabilidade solidária subsidiária ou sucessiva" por parte dos diretores "que tivessem atuado com culpa ou dolo". Concluiu o seu parecer o eminente e saudoso comercialista afirmando que:

"Ora, o art. 2.º da Lei n.º 1.808 não impõe responsabilidade solidária entre os diretores ou gerentes dos estabelecimentos bancários pelos prejuízos causados à sociedade, aos acionistas ou a terceiros nos casos de simples violação da lei ou dos estatutos, que é a hipótese prevista em o n.º II, § 1.º, do art. 121 acima transcrito, e está explícita no art. 122 do referido Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940; determina, única e exclusivamente, a responsabilidade solidária dos diretores ou gerentes pelas obrigações da empresa, individual ou coletiva, quando procederem com culpa ou dolo, evidentemente, dentro de suas atribuições e poderes, hipótese prevista em o n.º I do § 1.º do citado art. 121.

Responsabilidade civil individual, portanto, para cuja efetivação necessária será a prova de ações ou omissões culposas ou dolosas de cada um dos diretores ou gerentes, no exercício das atribuições e poderes, que os estatutos lhes tiverem outorgado. Sob o mesmo regime ficam os atos simplesmente violadores da lei ou dos estatutos.

O art. 2.º da lei n.º 1.808 dispõe, exclusivamente, sobre a responsabilidade civil para com terceiros, os credores do estabelecimento bancário, pois que a solidariedade imposta se limita às obrigações assumidas durante a gestão dos diretores ou gerentes e até que elas se cumpram. Responsabilidade, portanto, como já ficou dito (resposta ao 3.º quesito), subsidiária ou sucessiva. Se o ativo líquido não bastar para o pagamento de todos os credores, responderão então os diretores ou gerentes, condenados a ressarcir o prejuízo, pelo que faltar para a satisfação integral dos credores.

Ora, se como se afirma no quesito, o Diretor-Presidente não interferiu em atos ou operações havidos como irregulares, não praticou, no exercício de suas atribuições e dos seus poderes perfeitamente definidos nos estatutos, ações ou omissões dolosas ou culposas, segue-se que não lhe toca nenhuma responsabilidade pelos prejuízos decorrentes daqueles atos ou operações, dos quais, aliás, conforme alega o consulente, nem sequer teve ciência.

Na conformidade do que se disse na resposta ao quesito anterior, *a responsabilidade dos diretores é individual, vale dizer, cada um deles responderá, mediante a prova de dolo ou culpa; pelos prejuízos oriundos dos atos ou operações que tiverem praticado*" ("Revista dos Tribunais", vol. 251, pág. 47).

8. Examinando a mesma hipótese, o Ministro Vicente Ráo, cujo parecer foi subscrito pelo eminente magistrado Costa Manso, concluiu que a solidariedade, decorrente da Lei n.º 1.808, só se aplicava aos vários administradores que tinham atuado com culpa ou dolo, excluindo-se evidentemente a responsabilidade daqueles que não tinham participado das operações incriminadas ou, delas participando, agiram sem culpa, ou sem dolo ("Revista dos Tribunais", vol. 251, pág. 55).

9. O Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, para defender a sua tese, invoca, além da interpretação literal, a compreensão sistemática do nosso direito privado, para reconhecer que o princípio básico aplicável no campo da responsabilidade é o da culpa, só se admitindo, excepcionalmente e em virtude de texto expresso de lei, o dever de ressarcir danos fundamentado no risco.

10. Conclui Vicente Ráo afirmando que:

"A lei não visa punir qualquer banqueiro, ou diretor de banco ou casa bancária, só por ser tal; visa punir, sim, o diretor CULPADO pela prática ou concurso à prática de ato ilegítimo com culpa grave ou dolo" ("Revista dos Tribunais", vol. 251, pág. 59).

11. Dentro da mesma orientação, manifestou-se na época o Ministro Carlos Medeiros Silva em parecer no qual condiciona a solidariedade à co-participação no ato culposo ou doloso. Relembrando as lições de J. X. Carvalho de Mendonça, Gudesteu Pires e do próprio Trajano de Miranda Valverde, nos seus comentários à antiga Lei das Sociedades por Ações, o parecer conclui que a responsabilidade do banqueiro é sempre individual, sendo que a *solidariedade* referida no art. 2.º da Lei n.º 1.808

“somente atinge os diretores e gerentes que praticaram os atos elivados de culpa ou dolo, os demais estão excluídos da referida sanção” (“Revista dos Tribunais”, vol. 251, pág. 67).

12. No mencionado caso do Banco Interamericano, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, acolheu a orientação dos pareceres acima referidos, denegando o arresto de bens particulares do consulente, em acórdão com a seguinte ementa:

“Não se decreta o arresto de bens particulares de diretor de estabelecimento bancário se não se provou houvesse ele concorrido com qualquer culpa para que o Banco precisasse recorrer à liquidação extrajudicial” (“Revista dos Tribunais”, vol. 251, pág. 366).

13. No corpo da decisão, os magistrados paulistas reconheceram que as obrigações legais e estatutárias que incumbem a todos os diretores solidariamente são tão-somente as obrigações de fazer, concluindo que:

“Entretanto, muito diversamente, a infração das obrigações de não fazer só acarreta conseqüências contra a pessoa do infrator” (“Revista dos Tribunais”, vol. 251, pág. 369).

14. Em ótro caso, do Banco União do Brasil, o Professor San Tiago Dantas teve o ensejo de dar parecer sobre a interpretação do art. 2.º da Lei n.º 1.808, com a seguinte ementa:

“Cada diretor de banco responde pela própria culpa; ninguém pode ser atingido pelas penas civis ou criminaes ensejadas pela culpa de outrem.

Um dos princípios básicos da ordem jurídica é a incommunicabilidade da culpa” (“Revista Forense”, vol. 170, pág. 83).

15. No seu parecer, conceituou adequadamente San Tiago Dantas a solidariedade referida no art. 2.º da Lei n.º 1.808, nos seguintes termos:

"Que quer dizer, porém, *solidariedade*, no contexto do citado art. 2.º? O representante do Ministério Público, no caso versado na consulta, entendeu *responsabilidade solidária como coletiva*, de modo a fazer com que uns diretores respondam pelas culpas de outros, o que dá à solidariedade o caráter de um vínculo interno a unir numa só obrigação todos os membros da Diretoria.

Não parece ser esse, entretanto, o exato alcance do dispositivo. Para bem o compreendermos, temos de partir do princípio geral, inscrito no art. 121 da Lei de Sociedades por Ações, acima transcrito, segundo o qual "os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade."

A essa regra abrem-se exceções, para vincular, em determinados casos, o diretor às obrigações sociais contraídas por seu intermédio. A vinculação pode assumir a forma de uma responsabilidade *subsidiária*, como no art. 121, § 1.º, caso em que o credor pode reclamar pagamento do diretor, se os bens da sociedade não forem suficientes para satisfazê-lo. E pode assumir a forma ainda mais enérgica de uma responsabilidade *solidária*, caso em que os bens do diretor respondem, desde logo, colateralmente aos da sociedade, pelo cumprimento das obrigações.

Foi esta a finalidade e este é o verdadeiro alcance do art. 2.º da Lei número 1.808. Podem ser feitas a esta lei muitas críticas, e de fato não há exagero em considerá-la das mais imperfeitas, quer quanto à impropriedade no emprego dos termos, quer quanto à inadequação das soluções e procedimentos, mas parece certo que ela instituiu a solidariedade não entre diretores culpados e inocentes, mas entre diretores culpados e o banco prejudicado por suas gestões.

Esta solidariedade visava a impedir que diretores inescrupulosos formassem patrimônios pessoais avultados à custa do depauperamento ou da iliquidez dos bancos que dirigiam, e assim procurava colocar aqueles patrimônios ao alcance dos credores do estabelecimento, em caso de liquidação.

É de notar que a solidariedade entre diretores, independentemente da boa ou má conduta de cada um, feriria um dos princípios básicos da ordem jurídica, que é o da incomunicabilidade da culpa. Cada um responde pela própria culpa, e ninguém pode ser atingido, por força de

disposição de lei, pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem" ("Revista Forense", vol. cit., pág. 86).

16. Examinando os trabalhos preparatórios da Lei n.º 1.808, entendeu o eminente civilista que a rejeição da emenda apresentada no Senado pelo Professor Ferreira de Souza esclarecia a vontade do legislador de não impor uma responsabilidade coletiva, cuja aplicação a Câmara dos Deputados considerou, na época, como "lamentável erro", incompatível com o próprio texto constitucional. Assim sendo, a decisão do Congresso de rejeitar a emenda Ferreira de Souza confirmaria o propósito do legislador de só admitir a solidariedade entre os diretores culpados, excluindo-a em relação aos demais ("Revista Forense", vol. 170, pág. 87).

17. Termina o Professor San Tiago Dantas o seu parecer, afirmando que:

"Não tenho, pois, à vista do exposto, a menor dúvida em afirmar que as conclusões do inquérito administrativo, levado a efeito pela Sumoc no Banco União do Brasil S.A., não induzem a responsabilidade, a título de culpa, do seu diretor-presidente, e que a interpretação correta do art. 2.º da Lei n.º 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" ("Revista Forense", vol. citado, pág. 89).

18. Várias decisões judiciais, posteriores aos pareceres acima referidos, interpretaram a Lei n.º 1.808 no sentido de só admitir a responsabilidade e a solidariedade dos administradores de bancos no caso de culpa e dolo. Neste sentido, se manifestou a 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar, em 29.8.1958, a apelação n.º 87.991 que se referia à Casa Bancária Crédito e Administração S.A., confirmando a Corte de Apelação uma minuciosa e cristalina sentença do então juiz e hoje desembargador Marcos Nogueira Garcez ("Revista Forense", vol. 184, págs. 160 e seguintes).

19. Durante toda a vigência da Lei n.º 1.808, tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram que não poderia haver responsabilidade sem culpa ou dolo, como se verifica pela lição de Waldemar Ferreira, que afirmou, com toda a sua autoridade de professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo e de comercialista dos mais ilustres do seu tempo, que:

"Insta no entanto considerar que a responsabilidade solidária dos diretores e gerentes somente se admite quando "procederem por culpa ou dolo" (Tratado de Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 1961, n.º 1.034, pág. 63).

20. A matéria chegou a ser debatida nas jornadas organizadas no Rio de Janeiro, em 1963, pela Associação Henri Capitant, manifestando-se, na ocasião, pela responsabilidade com base na culpa, em sentido lato, os Professores Cláudio Vianna de Lima, Herculano Borges da Fonseca, Otto Gil, Norões e Souza e Arnaldo Wald, revelando-se assim o consenso das opiniões (*Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XV, Paris, 1967, págs. 76 e seguintes).

21. Na ocasião, interpretamos o mencionado texto legal como estabelecendo uma presunção de culpa *juris tantum*, que admitiria portanto a prova em contrário, desde que o administrador evidenciasse o seu comportamento de *bonus paterfamilias* (*Travaux* citados, pág. 20).

22. Em 1964, com o advento da Lei n.º 4.595, alterou-se o art. 2.º da Lei n.º 1.808, do qual foi retirada a alusão ao dolo e à culpa. Em decorrência da nova redação, que lhe foi dada pelo artigo 42 da Lei da Reforma Bancária, o artigo ficou assim redigido:

“Art. 2.º — 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.”

23. Na realidade, a mudança não afetou a interpretação do texto, pois a vinculação da responsabilidade à culpa se manteve, em virtude da permanência dos demais artigos do texto original, que só admitia a responsabilidade por parte de quem não tivesse tido a conduta do homem ativo e probo.

24. As próprias autoridades do Banco Central nunca negaram que continuava a imperar o critério subjetivo, mesmo após a Lei da Reforma Bancária. Neste sentido, é oportuno lembrar a lição do douto Consultor Jurídico do Banco Central, Dr. Wilson do Egito Coelho que a respeito assim se manifestou:

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

25. Não obstante as posteriores disposições do Decreto-Lei n.º 48, de 1966, sobre os efeitos da intervenção, a sistemática da Lei n.º 1.808 continuou em vigor até o advento da Lei n.º 6.024, de 13.3.1974, de tal modo que não há dúvida alguma, para a jurisprudência, para a doutrina e para a própria autoridade administrativa, de que, até 1974, o único fundamento da responsabilidade do diretor de Banco era a existência de culpa ou dolo.

b) *Análise do texto vigente*

26. O texto vigente, na matéria, é o constante na Lei n.º 6.024, de 13.3.1974, no qual existe aparente contradição entre os artigos 39 e 40, cuja redação é a seguinte:

“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.”

27. A doutrina já teve o ensejo de afirmar que, na realidade, a lei vigente apenas modificou a redação de normas anteriores, sem afetar o sentido das mesmas.

28. Assim, o art. 39 da Lei n.º 6.024 manteve praticamente a segunda parte do § 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 48/66 acrescentando apenas a expressão “salvo prescrição extintiva” pois, na redação originária, podia parecer que a responsabilidade fosse perene, ou seja, ilimitada na sua duração, em virtude da introdução, no texto, da locução “a qualquer tempo”. Ficou, pois, a redação do Decreto-Lei n.º 48/66 com uma limitação, cessando a responsabilidade no caso de prescrição.

29. Quanto ao artigo 40, constitui reprodução do art. 2.º da Lei n.º 1.808, com a redação que lhe deu o art. 42 da Lei n.º 4.595, substituindo-se tão-somente as palavras “diretores e gerentes” por “administradores”.

30. Os estudiosos da matéria chegaram à conclusão de que, na realidade, não acontecera a mudança preconizada pela administração, pois as mesmas razões, que não permitiram a aplicação da responsabilidade objetiva, na vigência da Lei n.º 4.595 e do Decreto-Lei 48, continuariam a impedir a sua aplicação na legislação vigente, que repete os textos anteriores.

31. Na realidade, o estudo imparcial da lei exige que se reconheça que ocorreu uma modificação substancial, em virtude da revogação da Lei n.º 1.808, pelo art. 57 da Lei n.º 6.024, como bem salientou o Dr. Wilson do Egito Coelho no estudo já anteriormente citado (*S.A. para empresários*, pág. 71). A diretriz básica da legislação anterior partia do art. 1.º da Lei n.º 1.808, que servia de norma de comando a todo o sistema aplicável na matéria, referindo-se ao padrão do *vir bonus*. Ora, essa norma foi revogada, não mais constando na Lei n.º 6.024.

32. Assim sendo, com o desaparecimento do referido artigo, a manutenção da redação anterior dos diversos outros textos não deve significar necessariamente a manutenção do *statu quo* legal vigente até 1974.

33. É, todavia, preciso continuar a interpretar o texto legal de modo sistemático, atendendo aos princípios da hermenêutica e às próprias normas contidas na Lei de Introdução ao Código Civil nos seus artigos 4.º e 5.º, que têm a seguinte redação:

“Art. 4.º — Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 5.º — Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

34. Essas normas, embora destinadas ao magistrado, também se aplicam à autoridade administrativa, especialmente, quando ela exerce funções de natureza judicante.

35. Se aplicarmos a interpretação sistemática aos artigos 39 e 40 da Lei n.º 6.024, chegaremos à conclusão de que não há entre os mesmos qualquer antinomia, que não se admita em textos jurídicos e que o intérprete deve necessariamente superar. Assim, não é possível admitir que a responsabilidade do art. 39 esteja fundamentada na culpa ou no dolo e o art. 40 implique numa responsabilidade objetiva. Na realidade, os artigos 39 e 40 se complementam e devem ser interpretados conjuntamente. O primeiro trata da responsabilidade pelos atos e omissões praticados pelo administrador. O segundo, ao estabelecer a responsabilidade solidária do diretor pelas obrigações assumidas pela instituição, durante a sua gestão, o faz partindo do pressuposto de terem sido tais obrigações decorrentes de atos ou omissões do administrador. Tanto assim é que o próprio art. 40, no seu parágrafo único, estabelece *um limite a essa responsabilidade* que é a do montante dos prejuízos causados. Prejuízos causados por quem e a quem? Pelo administrador à empresa em virtude dos atos e omissões previstos pelo art. 39, como, aliás, esclarecia o § único do art. 2.º da Lei n.º 1.808, que é o antepassado do texto legal vigente.

36. Assim, a conjugação dos artigos 39 e 40 nos leva a reconhecer que, somente se tiver havido a responsabilidade prevista no primeiro, poderá o administrador ser considerado co-obrigado na forma do segundo. A própria interpretação literal do mencionado parágrafo nos obriga a concluir neste sentido, pois o texto legal não se referiu a quaisquer prejuízos "sofridos" pela entidade mas sim aos "prejuízos causados", invocando, pois, um *vínculo de causalidade*, que deve existir em relação a cada um dos administradores. Se a intenção do legislador fosse de estender a causalidade, para abranger os prejuízos decorrentes da ação da totalidade dos diretores, deveria a lei ser explícita, pois a causa como vínculo entre o autor do dano e o prejuízo sempre tem sido entendida, em nosso direito, como vínculo individual e não coletivo.

37. Ora, tanto a idéia da causalidade está presente na lei que ela se referiu aos "prejuízos causados" e não aos danos sofridos pela empresa. A ênfase foi, pois, dada pelo legislador ao comportamento do autor do dano (que o causou) que deve ser examinado pelo intérprete.

38. A própria idéia da incomunicabilidade da culpa e da inexistência da responsabilidade coletiva se encontra no artigo 40, quando limita a responsabilidade às obrigações assumidas durante a gestão do diretor, repudiando assim qualquer critério de responsabilidade por culpa alheia, na forma pretendida pela emenda Ferreira de Souza apresentada por ocasião da elaboração da Lei n.º 1.808.

39. Ora, as mesmas razões que impedem a comunicação de culpa de uma diretoria para outra, obrigando cada um a responder pelos danos causados e pelas obrigações assumidas durante a sua gestão (art. 40), justificam a atribuição da responsabilidade individual de cada diretor, em relação aos atos e omissões por ele praticados (art. 39), repugnando ao nosso direito, como em seguida provaremos, qualquer forma de contaminação de culpa ou de extensão indevida de responsabilidade.

40. No caso, a própria sistemática da Lei n.º 6.024 impõe essa solução pela análise dos artigos 39 e 40 que, na realidade, destacam a responsabilidade de cada diretor pelo ato praticado, pela omissão em que houver incorrido, durante a sua gestão e até o limite do prejuízo por ele causado, da empresa sendo que a ausência de atos e omissões ou a inexistência de prejuízos decorrentes daqueles que foram praticados importa necessariamente, de acordo com a lei, em exclusão de responsabilidade.

41. Outros artigos da Lei n.º 6.024 conduzem à mesma conclusão. Assim, o art. 43 determina que sejam analisados no relatório, entre outros elementos:

- a) as causas da sua queda (dos prejuízos);

b) o montante ou a estimativa dos prejuízos apurados em cada gestão.

A mesma orientação transparece nos artigos 46 e 49, que determinam que a responsabilidade dos ex-administradores seja

“apurada em ação própria” (art. 46).

e que haja sentença para

“declarar a responsabilidade dos ex-administradores” (art. 49).

42. Ora, é evidente que se o problema fosse exclusivamente matemático, de levantamento dos prejuízos, sem exame da situação pessoal de cada administrador, não se justificaria nem a ação judicial, nem a necessidade de sentença para reconhecimento de responsabilidade, havendo, quando muito, uma simples homologação de cálculo.

43. A responsabilidade coletiva já foi acoimada de inconstitucional em parecer apresentado na Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados (ap. San Tiago Dantas, parecer já citado in “Revista Forense”, vol. 170, pág. 87) e os comercialistas brasileiros reconhecem que ela jamais foi admitida em nosso direito. Já Trajano de Miranda Valverde ponderou que o nosso direito não considerava a diretoria da sociedade anônima como um “órgão coletivo”, ao contrário do que acontecia no direito estrangeiro. Acrescenta que o nosso sistema é de atuação individual, tendo tal fato “importantes reflexos na apuração da responsabilidade civil dos diretores” (Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por ações*, 2.^a edição, vol. II, Rio, Forense, 1953, n.º 611, pág. 291).

44. Dentro da mesma orientação, San Tiago Dantas ponderou que:

“Nem se diga que o fato de um diretor cometer irregularidades num banco à revelia de outro, produz a negligência ou desatenção deste e induz sua responsabilidade a título de culpa, pois isso seria o mesmo que afirmar a *desnecessidade de culpa própria para que um diretor responda pelos danos ocorridos*. Bastaria então que um diretor agisse com dolo, para que toda a Diretoria, por não ter evitado ou reprimido esse ato, incorresse em culpa e responsabilidade. NÃO FOI ISSO MANIFESTAMENTE O QUE PRETENDEU O ART. 2.º DA LEI N.º 1.808, AO FALAR EM RESPONSABILIDADE POR CULPA DO DIRETOR” (“Revista Forense”, vol. 170, pág. 85).

45. A lição de San Tiago Dantas mantém-se válida, mesmo após a vigência da Lei n.º 6.024, pois a sistemática da organização da sociedade anônima então existente e que se regia pelo Decreto-Lei n.º 2.627, não foi modificada substancialmente pela Lei n.º 6.404, de 15-12-1976.

46. Neste sentido é, aliás, a lição do eminente Professor Rubens Requião, no seu recente *Curso de Direito Falimentar*, no qual interpreta a legislação atualmente vigente, e chega às seguintes conclusões:

“Os eminentes juristas e professores que se pronunciaram deixam patente que a *responsabilidade dos diretores e conselheiros das instituições financeiras não decorre de sua simples condição na administração e fiscalização da sociedade, mas da ação ou omissão dolosa ou culposa que tiverem praticado*. E assim é em face dos princípios que determinam a responsabilidade civil, que somente ocorre quando houver uma causa. O diretor alheio à prática do ato ilegal ou irregular praticado por outro diretor não pode ser responsabilizado se nem dele teve conhecimento.”

.....

“O texto atual da Lei n.º 6.024, de 1974, não se refere à *responsabilidade coletiva presumida*, e por isso podemos invocar a lição de Carlos Medeiros da Silva, em face do direito anterior, que permanece por isso válida: “*Não alude o texto à solidariedade coletiva dos diretores, culpados ou não. Somente aqueles que procederem em contrário ao direito são atingidos*” (“Revista dos Tribunais”, 251/59) (Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, São Paulo, Saraiva, 1975, 2.º vol., págs. 220/221).

c) *Inaplicabilidade da doutrina da transparência*

47. Para o eminente professor do Paraná, passou a ocorrer, na matéria, uma evolução em que a sociedade anônima está sendo transformada, gradativamente, em sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da descon sideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) importada do direito anglo-saxão, pela qual é preciso, na sociedade anônima, “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, para responsabilizá-los pessoalmente quando utilizam a empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

48. A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso país tanto por Rubens Requião, em excelente artigo publicado no vol. 410, pág. 12 da "Revista dos Tribunais" ("*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*" — *disregard doctrine*) e republicado na sua recente obra *Aspectos Modernos do Direito Comercial* (Saraiva, 1977, págs. 67 e seguintes) como por Fábio Konder Comparato, na sua brilhante tese de concurso, na Faculdade de Direito de São Paulo, no qual tivemos o prazer de examiná-lo — *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1975 pág. 349. É esta teoria da *disregard doctrine* que com muita oportunidade, Dr. Wilson do Egito Coelho considera que deveria ser aplicada no Brasil (*Da responsabilidade dos administradores*, já citado, *in S.A. para empresários*, pág. 73, *in fine*) e que, aliás, a nossa jurisprudência já tem consagrado, por diversas vezes.

49. Ora, é preciso ponderar que a *disregard doctrine* afeta não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam o "*maitre de l'affaire*" e os americanos denominam "*active shareholder*". Onde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado, que não participa do controle acionário e é na realidade um executivo, um profissional a serviço da empresa, mas sem comando efetivo sobre a política da mesma, que decorre de decisão do controlador.

50. Acresce finalmente que a *disregard doctrine* pressupõe sempre a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, como se deduz da lei inglesa (art. 332 do *Companies Act* de 1948) e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge no caso de dolo, sendo que recentemente a Comissão Jenkins propôs a sua extensão aos casos de negligência ou imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*) (V. André Tunc, *Le droit anglais des Sociétés anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, n.º 45, pág. 46). De acordo com o art. 333, a mesma lei admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*), nos casos de culpa grave (*misfeasance e breach of trust*), mas tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos contra ela praticados. (V. Tunc, *obra citada*, n.º 133, pág. 201). Nos Estados Unidos, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido levantar o véu (*judges have pierced the corporate veil*) para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores (V. o comentário "*Should Share-*

holders be Personally Liable for the Torts of their Corporations"? In *Yale Law Journal*, vol. 76, n.º 6, maio de 1967, págs. 1.190 e seguintes e especialmente pág. 1.192).

d) *A culpa e o risco*

51. Afastada a doutrina da desconsideração, por ser inaplicável ao caso, concluímos que, nos termos da lei vigente, a responsabilidade está vinculada à existência de atos e omissões que causaram prejuízos. Esses atos e omissões são pessoais, pois, como vimos, inexistem, em nosso direito societário, responsabilidades coletivas. O próprio artigo 122 da antiga Lei das Sociedades Anônimas, que criou obrigações para todos os diretores individualmente ou de *per se*, só se referia, conforme é manso e pacífico na doutrina, às obrigações de fazer decorrentes da lei ou dos estatutos. Neste sentido, é o ensinamento de Trajano de Miranda Valverde, que afirma:

"Claro que unicamente as obrigações de fazer, ou positivas, impostas por lei ou pelos estatutos aos diretores, indistintamente, *podem fundamentar a sua responsabilidade solidária. Pois as de não fazer, ou negativas, são, por sua natureza, pessoais; não depende, em regra, da vontade de outrem a fiel observância do preceito proibitivo*" (Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por ações*, já citada, vol. II, n.º 641, pág. 328).

Orientação idêntica adotaram os pareceres de Vicente Ráo ("Revista dos Tribunais", vol. 251, pág. 53, n.º 9) e de Carlos Medeiros Silva ("Revista citada", pág. 65, n.º 44).

52. Como a lei não caracteriza os atos e omissões que ensejam a responsabilidade, mas exige um vínculo de causalidade, devemos interpretar o texto, invocando os subsídios do direito comercial e do direito civil.

53. A idéia básica de todo o sistema jurídico brasileiro é no sentido de ser excluída a responsabilidade quando inexistente culpa. Assim, a conceituação do ato ilícito no art. 159 do Código Civil se refere ao dolo e à culpa, sob as suas diversas formas (negligência, imperícia e imprudência). Considera-se, pois, como excludentes da responsabilidade civil a prova da ausência de culpa e a da ocorrência de força maior ou de caso fortuito.

54. Nas poucas hipóteses em que a lei admite a responsabilidade pelo risco criado, ela o faz com base na culpa imprópria (culpa *in eligendo* ou *in vigilando* nos casos do art. 1.521 do Código Civil, interpretado pela Súmula n.º 341) ou então em hipóteses de interesse social, como nos casos da responsabilidade do Estado, na do transportador, nos acidentes de automóveis, nos acidentes de trabalho, nos danos causados a terceiros no solo por aeronave e na recente lei sobre prejuízos decorrentes da utilização da energia nuclear.

55. Em todas essas hipóteses, os princípios básicos que complementam a utilização da teoria do risco são a limitação da responsabilidade e o seguro obrigatório, que somente não se aplica ao Estado, considerado como auto-segurador.

56. Por outro lado, essa responsabilidade externa (em relação a determinados grupos), baseada no risco, se complementa por uma responsabilidade interna, baseada na culpa. Assim, por exemplo, o Estado responde com base na teoria objetiva, mas a sua ação regressiva contra o funcionário público, que causou o dano, tem base na culpa (art. 15 do Código Civil). Do mesmo modo, o segurador de acidentes de automóveis paga com base na responsabilidade objetiva, mas terá ação regressiva fundada na culpa (V. Elcir Castello Branco, *Do seguro obrigatório de responsabilidade civil*, Rio, Editora Jurídica e Universitária, 1971, n.º 36, pág. 46).

57. Mesmo os autores que defendem a teoria do risco, como os eminentes Professores Alvaro Lima (*Culpa e risco*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1960) e Wilson Melo da Silva (*Responsabilidade sem culpa*, 2.ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1974) reconhecem que a culpa deve complementar o risco nas relações sociais. Assim, no campo dos acidentes de automóveis ou da responsabilidade estatal, o princípio objetivo deve ser temperado pela aplicação da culpa no tocante à ação regressiva ou à apuração do comportamento da própria vítima, quando teve culpa concorrente, ensejando ou facilitando a ocorrência do prejuízo (V. Wilson Melo da Silva, obra citada, n.º 116, pág. 193 e André Tunc, *La sécurité routière*, Paris, Dalloz, 1966, n.ºs 63 e seguintes, pág. 53).

58. Já tivemos o ensejo de defender, em artigo doutrinário, a responsabilidade objetiva do banqueiro nas suas relações com o cliente, salientando que os bancos exercem, na vida econômica do nosso país, um verdadeiro serviço público (V. Arnaldo Wald, *A responsabilidade civil do banqueiro*, in "Revista de Direito Mercantil", vol. 17, 1975, pág. 18). Neste sentido, a doutrina estrangeira tem admitido vincular a responsabilidade do banqueiro perante o seu cliente à existência de uma culpa de serviço (*faute de conduite*) que independe da prova da culpa de um funcionário determinado (C. Gavalda et J. Stoufflet, *Le droit de la Banque*, Paris, Presses Universitaires de France, 1974, n.º 326, pág. 416, *in fine*). Para o professor René Rodière, é possível que esteja ocorrendo uma

"résurgence de la notion de risque, comme fondement de la responsabilité: en ouvrant inconsidérément un compte-chèque, en octroyant un crédit immérité, le banquier crée un risque pour la société. Si la création d'un risque n'entraîne pas, en droit français, ipso facto, la responsabilité de son auteur, elle incite les juges à se montrer les plus sévères dans l'appréciation des fautes commises" (René Rodière et Jean-Louis Rivers-Lange, *Droit bancaire*, Dalloz, 1973, n.º 83, pág. 83).

59. É necessário, todavia, distinguir a responsabilidade do banqueiro concebido como banco, pessoa jurídica, da dos seus administradores, pessoas físicas, que exercem as suas funções numa instituição financeira, do mesmo modo que não confundimos a responsabilidade objetiva do Estado com a do funcionário, que, ao contrário, pressupõe a existência de culpa.

60. Essa distinção que estabelece o divisor de águas entre a responsabilidade objetiva nas relações entre grupos (o banco e os seus clientes) e a subjetiva nas relações em que o dever de ressarcimento recai sobre o indivíduo (responsabilidade do diretor ou administrador de instituição financeira) tem os seus fundamentos na melhor lição da doutrina. Há cerca de vinte e cinco anos já escrevamos a este respeito que:

“Planiol tinha razão quando declarava que a teoria da culpa não podia cessar de dominar as relações interindividuais. Saleilles e Josserand tinham razão quando exigiam, em nome da eqüidade, a aplicação da teoria do risco nas relações entre patrões e operários e nos serviços de transporte. A moral não pode satisfazer-se senão pela teoria da culpa. A eqüidade exige freqüentemente a aplicação da teoria do risco. O equilíbrio social exige ora a aplicação de uma dessas teorias, ora a de outra. É que existem, de um lado, as relações interindividuais e, de outro, as relações entre grupos sociais. No primeiro caso, é a teoria da culpa que deve dominar, no segundo a do risco” (Arnoldo Wald, *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*, Rio, Imprensa Nacional, 1953, pág. 71).

e) *A tese da culpa presumida*

61. Como, no caso da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, o texto não exige a prova da culpa dos responsáveis e não invoca em termos inequívocos a responsabilidade objetiva, levando, ao contrário, tanto a interpretação literal como a sistemática à conclusão de ter o legislador vinculado o dever de ressarcir à prática pessoal de atos e omissões durante a sua gestão, a solução que compatibiliza a letra da lei e as necessidades práticas parece ser a de considerar, no caso, a existência de culpa presumida *juris tantum*.

62. Seria viável defender a tese contrária e sustentar que ao Banco Central caberia fazer a prova da culpa dos administradores de acordo com o princípio *auctoria incumbit probatio*. Mas a redação da lei e o espírito do sistema nos levam a admitir, no caso, uma

presunção relativa, que pode ser afastada pela prova contrária. Assim, teríamos duas normas distintas e complementares:

a) na vida normal da empresa, os administradores só responderiam no caso de culpa provada;

b) no caso de liquidação, a própria insolvência ensejaria a presunção *juris tantum* de culpa, sem prejuízo de se assegurar, ao administrador, o direito de evidenciar a ausência de qualquer culpa no seu comportamento.

63. Esta tese é, aliás, perfilhada pelo eminente Consultor Jurídico do Banco Central, na interpretação da Lei n.º 6.024, quando afirma:

"Tal como no direito societário comum francês, verifica-se que, no direito brasileiro, a tradicional responsabilidade dos administradores sociais por atos culposos ou dolosos, devidamente comprovados, transformou-se em RESPONSABILIDADE COM CULPA PRESUMIDA, ou mais que isto, em responsabilidade sem causa ou culpa in re ipsa, o que nos parece ostensivamente incompatível com o exercício gerencial do ato de comércio" (artigo citado, in S.A. para empresários, pág. 73).

64. *O que parece incompatível com o sistema ao eminente jurista e, conseqüentemente, deve ser afastado, pois ninguém pode sustentar uma tese que considera absurda e incompatível com o sistema, é a responsabilidade sem causa.*

65. Quanto à responsabilidade presumida consagrada pelo direito francês é a fundada em presunção *juris tantum*, como aliás esclarece o próprio Dr. Wilson do Egito Coelho, invocando a lição de Comparato na sua tese já citada.

66. Ora, a solução do direito francês é no sentido da presunção *juris tantum* da responsabilidade dos administradores. Assim, a lei falimentar francesa de n.º 563, de 13-7-1967, esclarece a respeito, no seu art. 99, que:

"99. Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.

L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut en aucun cas être inférieur à un an.

Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires."

67. Diante do texto expresso de lei, nenhuma dúvida pode subsistir quanto à solução dada, conforme aliás tem reconhecido a doutrina francesa (V. Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, *Cours de Droit Commercial*, 3a. edição, 2.º volume, Paris, *Éditions Montchrestien*, n.º 729, pág. 404). A conclusão é no sentido de importar a falência na criação de uma *presunção de culpa*, que inexistiria se a empresa estivesse em condições normais de funcionamento (V. René Rodière, *Droit Commercial, groupements commerciaux*, Paris, Dalloz, 1972, n.º 187, pág. 193).

68. Reconhecendo o douto Consultor Jurídico do Banco Central que o sistema adotado, pela nossa legislação, foi o francês; impõe-se, pois, admitir a possibilidade de afastamento da *presunção legal*, mediante a prova em contrário.

69. A posição do direito francês é, aliás, a dominante nos diversos países civilizados, nenhum deles tendo consagrado a teoria da responsabilidade objetiva.

70. Assim, a Alemanha regulamentou a matéria, no art. 93 da *Aktengesetz*, de 6-9-1965, no qual determinou que:

“Os membros da Direção que descumprirem as suas obrigações em relação à sociedade são responsáveis pelos prejuízos causados. Se for discutido se tiveram na sua gestão o comportamento do administrador competente e consciencioso, o encargo da prova lhes incumbirá.”

71. De acordo com o mesmo artigo, a responsabilidade dos administradores perante terceiros, no caso de insolvência da empresa, só ocorrerá na hipótese de culpa grave.

72. Essa posição do legislador alemão já data da lei de 1937 e decorreu de jurisprudência que considerou ser mais fácil ao administrador fazer a prova de sua inocência do que à sociedade comprovar a culpa dos seus gestores, aplicando o princípio *probatio incumbit facilius probanti* (V. Ernst Mezger, *Le nouveau régime des sociétés anonymes en Allemagne*, Paris, *Rousseau et Cie.*, 1939, n.º 285, pág. 253).

f) *Conclusões*

73. Verificamos, assim, que, examinando o texto legal atualmente vigente no Brasil, devemos reconhecer que se criou, na realidade, uma presunção *juris tantum* de culpa por parte do administrador, como se verifica:

- a) pela interpretação literal e sistemática da lei;
- b) pelo repúdio legal à solidariedade entre diretorias sucessivas;
- c) pela evolução histórica do nosso direito;
- d) pela aplicação complementar e analógica das disposições da legislação societária e do Código Civil;
- e) pela interpretação jurisprudencial e doutrinária;
- f) pela posição assumida em trabalho doutrinário pelo titular da Consultoria Jurídica do Banco Central;
- g) pela lição do direito estrangeiro e em particular das legislações que, mais próximas da nossa, influenciaram o nosso legislador;
- h) pela aplicação dos princípios gerais do direito.