

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS LIQUIDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

Anteriormente à primeira guerra mundial, as constituições, de regra, preocupavam-se, somente, com a ordem política e civil. Predominava o individualismo.

Com a crise de 1914, os povos sentiram a necessidade de preocupação com a ordem econômica e social.

As nossas Constituições não deixaram de acolher as idéias dos tempos novos, tanto que a Carta Constitucional vigente dedica um título à Ordem Econômica e Social.

A necessidade de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social inspiraram a norma constitucional. Daí, facultar a intervenção no domínio econômico, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

Uma das conseqüências desse direito do Estado de intervir no domínio econômico foi a regulação do mercado financeiro, evidentemente, por inspiração do interesse social. A regulação é motivada, também, por causas econômicas, óbvias, que dão ao chamado Direito Econômico normas de caráter instrumental, já que se destinam à realização da política econômica.

As normas de regulação do mercado financeiro podem, a despeito de outras, ser classificadas em duas categorias: as que regulam a iniciação da atividade no mercado e as que regem o exercício dessa atividade.

De todas as atividades sociais, a econômica é a que mais de perto diz respeito à boa ordem da vida social. Senão todos, pelo menos quase todos os aspectos da vida em sociedade ligam-se ao econômico ou dependem dele. A saúde, a educação, o trabalho, a assistência e a própria disciplina social dependem do econômico.

Por isso, Francisco Campos, que como Ministro da Justiça referendou nossa primeira lei de economia popular, assim se expressou: "cumpre ao Estado cuidar do bem estar da coletividade, fomentando e defendendo a pequena economia contra os *trusts*, *cartels* e *aneis* de produção tão comuns na época do puro capitalismo, que terminam colocando o povo na sua inteira dependência econômica e por fim submetendo o próprio Estado e pondo-o a serviço de interesses particulares. A economia popular não pode ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. Compete ao Estado evitar o bloqueio da concorrência por meio de

arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do país. Não se concebe uma economia bloqueada contra o interesse público e em benefício de interesses particulares, atentos mais à conservação de seus monopólios do que ao movimento de criação e de progresso. No momento em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os *trusts* e os *cartels*. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores, cujo âmbito de ação se irradia de acordo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno do econômico."

Bem sabemos, que o conteúdo do Direito Econômico, sob o especial aspecto da regulação do mercado financeiro, não se confunde com o conceito de economia popular, entretanto isso não quer significar, que este não se contenha naquele, pois, ao "final das contas", e a expressão é aplicável, sobre o "patrimônio de um número indeterminado de pessoas" é que recairá o ônus do desregramento no mundo econômico. Daí porque fomos buscar as velhas palavras de Francisco Campos.

No combate a esses abusos o Estado há de lançar mão dos mais variados recursos. Todos os ramos do Direito são chamados a essa luta, para uma suficiente ordenação jurídica do mundo econômico. A natureza e relevância dos interesses sociais em causa levam o Estado, no que se refere às instituições financeiras, a criar um complexo sistema de controle, em que princípios e instituições outrora exclusivos de outros ramos do Direito, como por exemplo o Penal, se unem a regras de diferentes galhos da árvore jurídica, para a realização de seus objetivos. A impregnação penal, da área do Direito Econômico, no que se relaciona com as instituições financeiras tem sido uma realidade, especialmente, para buscar um sistema de atuação rápido e eficiente. Tem havido uma verdadeira transposição de institutos.

No Brasil essa absorção de princípios do direito punitivo, se faz sentir muito de perto, na Lei n.º 6.024/74, que, embora severamente criticada, está a merecer maior atenção.

Afora outras críticas, costuma-se dizer, que a mencionada lei ao determinar a apuração da responsabilidade civil dos ex-administradores de entidades financeiras em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, com base em um inquérito e entregando a titularidade da ação ao Ministério Público, teria criado uma entidade bifronte, híbrida.

Essas críticas são infundadas. Em verdade, o sistema constante da Lei n.º 6.024/74, nada mais é, senão, um largo passo no sentido de se estabelecer, no futuro, a responsabilidade penal da pessoa

jurídica, fato, aliás, não totalmente desconhecido do nosso direito positivo, já que o Código Penal a ele se refere, no que concerne às medidas de segurança.

A liquidação extrajudicial das entidades financeiras e o sistema de apuração da responsabilidade civil de seus ex-administradores possuem um verdadeiro caráter punitivo, sem sair, entretanto da esfera da ilicitude civil. Aliás, estabelecer-se a diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal, não é missão das mais fáceis. Ontologicamente, o ilícito civil não difere do ilícito penal. Como ensina Roberto Lyra, em última análise, é a lei que convencionou a classificação e o tratamento dos ilícitos sem inúteis indagações de natureza. Avulta a preocupação pela rapidez e eficácia das sanções.

Em contemplação disso, a lei cometeu ao Ministério Público a titularidade da ação civil de responsabilidade dos ex-administradores de instituições financeiras em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial. O chamamento do Ministério Público para atuar como o órgão do Estado encarregado da cobrança dessa responsabilidade, dá a exata dimensão da questão em exame e, por isso, a ação definida no art. 46, da Lei n.º 6.024/74, assume característica e natureza especiais.

A simples outorga da titularidade da ação ao Ministério Público dá a essa ação ordinária de responsabilidade o caráter de uma AÇÃO CIVIL PÚBLICA, na qual o Ministério Público age por direito próprio, nascido da lei, em defesa do interesse social; nela o "órgão da lei e fiscal da sua execução" não atua como representante da empresa em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial.

Como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, o conceito de ação apresentado pelos cultores do Direito Processual Civil não diverge daquele que se formula quanto à ação penal. Ação, tanto no campo cível, como no penal, é o direito de se invocar a prestação jurisdicional. O que distingue uma da outra é a pretensão que lhe serve de conteúdo. O mesmo mestre acrescenta que processualmente, não há diferença entre ação penal e ação civil, salvo no que respeita à pretensão que lhe serve de suporte fático. Se a pretensão é de natureza penal, ação penal; ação civil se extrapenal a pretensão.

Assim, se as duas ações, do ponto de vista processual não diferem, nada impede que, ante a relevância do interesse social em jogo, o legislador estabeleça uma ação civil de natureza pública. O *dever* de exercer o direito de ação, próprio da ação penal, pode perfeitamente substituir-se à faculdade de agir que é, de regra, peculiar à ação civil. A despeito de ser extrapenal a pretensão, não deixa ela de ser relevante para o Estado, a ponto de nascer para ele o *dever* de promover a ação, já que destinada a um fim social relevantíssimo. Por isso, tal qual a ação penal, podemos dizer tra-

tar-se de um direito público subjetivo, determinado, autônomo, específico e abstrato, que por ter sido sua titularidade cometida ao Ministério Público tem caráter de *ação civil pública*.

Como se deflui da norma constante do art. 102, § 1.º do Código Penal, que na espécie terá plena aplicação, ação pública é a promovida pelo Ministério Público. A falta de outro mandamento legal, a norma do Código Penal será perfeitamente aplicável, ainda que de natureza não penal a pretensão.

O Ministério Público, como já foi dito, ao promover a ação de responsabilidade civil dos ex-administradores de entidades financeiras em intervenção ou liquidação extrajudicial age por direito próprio independentemente da vontade de quem quer que seja. Desde que provada a existência de prejuízos o Ministério Público tem o dever de promover a ação contra todos os ex-administradores, cumprindo notar que tal dever vem, na própria Lei n.º 6.024/74, acompanhado da pena de responsabilidade em caso de descumprimento. A simples ameaça com a pena de responsabilidade, demonstra, claramente, a natureza pública de tal ação.

Tratando-se pois, como se trata, de uma ação civil pública, em seu conteúdo, salvo no que diz respeito à pretensão, não difere ela da ação penal. Por isso, os princípios fundamentais da ação penal pública são, perfeitamente, aplicáveis à ação civil de que estamos tratando.

Por pertencer a ação pública ao Estado, cinco são seus princípios fundamentais: a oficialidade, a indisponibilidade, a legalidade, a indivisibilidade e a intranscendência.

A oficialidade se manifesta pelo cometimento da titularidade da ação ao Ministério Público. O Estado, desde o momento em que chamou a si o dever de regulação do mercado financeiro, assumiu o dever de fazer executar coativamente sua política econômica. Por isso, a ele Estado cabe cobrar responsabilidade daqueles que, infringindo as normas de regulação, causaram prejuízos a todo o grupo social. Essa repressão é, pois, função eminentemente estatal. O descumprimento às regras de regulação do mercado financeiro provocam profundo abalo no mundo econômico, abalo esse que necessita ser prontamente sanado, através de atividade saneadora, a fim de restabelecer o equilíbrio violado. Deixar-se ao particular a titularidade da ação, corresponderia a abrir, o Estado, mão de seu poder de regulação.

Outra característica da ação pública é a indisponibilidade. Como leciona Donnedieu de Vabres os órgãos do Ministério Público não agem senão em nome da sociedade que eles representam. Eles têm o exercício, mas, não a disposição da ação penal, esta não lhes pertence. Por não lhe pertencer a ação, o Ministério Público não pode renunciar ao seu exercício, nem tampouco desistir ou transigir. Além disso, e como conseqüência da impossibilidade de desistir da ação

proposta, não será lícito ao Ministério Público deixar de dar seguimento ao recurso interposto. As normas dos arts. 42 e 576, do estatuto processual penal, têm, portanto, aplicação.

O princípio da legalidade ou da obrigatoriedade vem expresso, de maneira clara, no art. 46, parágrafo único, da Lei n.º 6.024/74, que estatui: "o órgão do Ministério Público, nos casos de intervenção e liquidação extrajudicial, proporá a ação *obrigatoriamente*, dentro em trinta dias, a contar da realização do arresto, sob pena de responsabilidade e preclusão de sua iniciativa." Assim, não será lícito ao órgão de atuação do Ministério Público, especular acerca de critérios políticos ou de utilidade social. Provada a existência de prejuízos e sendo a responsabilidade dos ex-administradores solidária, não cabe ao Ministério Público outra atitude, senão, a de propor a ação ordinária de responsabilidade civil. O não cumprimento desse dever importará em responsabilidade, já que a ação pública é indisponível e sua propositura obrigatória, não sendo possível se julgar da sua conveniência e oportunidade.

A indivisibilidade da ação, ora em exame decorre, também, dos comandos emergentes das normas fixadas na Lei n.º 6.024/74. Essa lei, ao estatuir que o inquérito, que precede a atuação do Ministério Público, deverá indicar em seu relatório *todos* os ex-administradores que estiveram em exercício nos cinco últimos anos anteriores à decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, deu a indicação clara de que o Ministério Público deverá proceder contra todos esses ex-administradores, não sendo lícito ao órgão de atuação do Ministério Público escolher contra quem deva a ação ser proposta. Ela o será contra todos os ex-administradores da empresa em intervenção ou em liquidação extrajudicial, que estiveram em exercício nos últimos cinco anos anteriores à decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, devendo deixar-se claro que entre esses ex-administradores incluem-se os membros do Conselho Fiscal da empresa; isso, porque todos são solidariamente responsáveis pelos prejuízos apurados, cumprindo destacar que tal responsabilidade é de natureza objetiva.

O caráter solidário e objetivo da responsabilidade fixada na Lei n.º 6.024/74, dá ao prejuízo apurado no inquérito uma natureza monolítica que, por isso, há de ser suportado por todos os ex-administradores.

Do princípio da indivisibilidade nasce para o Ministério Público o dever de proceder contra todos os ex-administradores e o de exigir que o inquérito, que precede a ação, indicie todas essas pessoas.

Destaque-se que o Ministério Público, face à natureza da ação não fica adstrito às conclusões do inquérito administrativo levado a efeito pelo Banco Central do Brasil. O inquérito é peça de informação para o Ministério Público, que livremente formará a sua *opinio*. Por isso, esse inquérito há de se constituir em uma investigação total e completa das atividades da empresa e de seus antigos

administradores, devendo ser conclusivo e obediente às determinações formais do art. 43, da Lei n.º 6.024/74, dentre as quais avulta a de indicar no relatório "o nome, a qualificação e a relação dos bens particulares dos que, nos últimos cinco anos, geriram a sociedade."

Sempre que o inquérito não cumprir essas determinações legais ou, a Juízo do Ministério Público, não contiver os elementos de informação necessários à propositura da ação civil pública, deverá ser devolvido ao Banco Central do Brasil para novas diligências.

Finalmente, cumpre examinarmos o princípio da intranscendência. De todos os princípios fundamentais que inspiram a ação pública, talvez seja este o mais difícil de adaptar-se à ação ora em estudo.

Na ação penal, a intranscendência decorre do comando maior, segundo o qual a pena não passará da pessoa do criminoso que, evidentemente, não encontra correspondência na matéria deste estudo. A ação civil pública possui conteúdo patrimonial, razão pela qual vincula herdeiros e sucessores dos demandados.

Cumpre destacar, entretanto, que a Lei n.º 6.024/74, estabelece normas, que ficam bem próximas da intranscendência e, portanto, nelas reconhecíveis.

Assim, no que tange à indisponibilidade de bens, esta só atingirá os ex-administradores que tenham estado no exercício de suas funções nos doze últimos meses, anteriores à decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial. Para que essa indisponibilidade seja estendida a outras pessoas, a lei exige expressa manifestação do Conselho Monetário Nacional.

Por outro lado, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados em razão de obrigações assumidas durante a gestão de cada ex-administrador.

Tais normas permitem vislumbrar uma certa forma de intranscendência. Seja como for, o fato deste princípio não se ajustar perfeitamente à ação civil pública de responsabilidade dos ex-administradores de entidades financeiras, não possui o condão de fazer desaparecer o caráter público da ação ora tratada, isso porque a pretensão que serve de suporte fático à ação é patrimonial e socialmente relevante.

De tudo quanto ficou dito verifica-se que a Lei n.º 6.024/74, foi buscar inspiração em outros ramos do Direito para estabelecer suas normas de regulação do mercado financeiro. Estabelecendo uma ação civil pública, a Lei *supra* mencionada, trouxe para o chamado Direito Econômico princípios e institutos próprios do Direito Processual Penal e, mais que isso, como já dissemos, com o regime de intervenção e liquidação extrajudicial de entidades financeiras, abriu caminho, para que, no futuro, seja mais fácil a introdução da

responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, infelizmente, vem se revelando ser instrumento eficiente de ocultação da verdadeira criminalidade, aquela que Roberto Lyra denomina: criminalidade absoluta.

As pessoas jurídicas têm se transformado, sempre que geridas criminosamente, em macro-organismos celerados, que muitas vezes escapam à malha fina da tipicidade, peculiar à criminalidade relativa. Usadas para o crime, especialmente as entidades financeiras, prestam-se ao triste papel de canais de esvaziamento da economia pública. Por isso, o entrelaçamento interdisciplinar acolhido pela Lei n.º 6.024/74, desde que aperfeiçoado servirá, certamente, como remédio pronto e eficaz para, saneando o mercado financeiro, buscar a punição penal e civil de todos que, abusando de seu poder econômico, impregnam de criminosidade o mundo da economia.