

Parecer 385/2023-BCB/PGBC

Parecer que examina juridicamente a atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com o escopo de traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo.

Humberto Cestaro Teixeira Mendes

Procurador do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 385/2023-BCB/PGBC
S/ Proc

São Paulo, 3 de abril de 2023.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Exame jurídico sobre a atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com o escopo de traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo. Processo Administrativo Sancionador (PAS). Tipicidade. Análise sobre as possíveis capitulações das condutas das pessoas físicas e jurídica, com base no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Grau de acesso da presente manifestação: pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, §1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

O presente exame jurídico, de iniciativa desta Procuradoria Especializada, volta-se à atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), de modo a traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo.

2. Para fins dessa análise, considera-se três hipóteses fáticas de atuação como administrador de fato: (i) mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração e age efetivamente como administrador da instituição; (ii) indivíduo que ingressa na administração da instituição (após eleição ou nomeação, por exemplo), sem a prévia autorização do BCB; e (iii) administrador inabilitado que permanece indevidamente no cargo, após a imposição da sanção¹. Observa-se que as pessoas físicas que praticarem essas condutas podem ser enquadradas no amplo conceito de administrador de fato², já que participariam da gestão na instituição, sem ostentar legitimamente a condição de administrador.

3. Cabe examinar, com base no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, as possíveis capitulações das condutas dessas pessoas físicas (se incidem ou não no mesmo tipo administrativo sancionador), bem como a da pessoa jurídica na qual aqueles indivíduos exerçam indevidamente o cargo de administrador. Além disso, deve-se analisar a possibilidade jurídica de responsabilização dos demais administradores da instituição, que porventura se omitam perante a atuação indevida do administrador de fato.

¹ A análise deste último ponto abrangerá, também, a hipótese em que o inabilitado não atua como administrador de instituição supervisionada pelo Banco Central, no momento da imposição da sanção de inabilitação (situação endereçada pelo art. 62 da Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021), mas ingressa na administração durante o prazo de cumprimento da penalidade.

² O Parecer Jurídico PGBC-161, de 21 de junho de 2006, em linha com precedentes da PGBC, apresenta tal conceito ao afirmar que “o administrador de fato é aquele que administra uma sociedade sem estar, legal e formalmente, investido de poderes para tal. Trata-se, em linguagem vulgar, de um gestor que gerencia a sociedade “por fora” e, por essa razão, a prova de sua atuação nem sempre é fácil de ser produzida, havendo que se valer o intérprete, no mais das vezes, somente da prova indiciária, desde que robusta e consistente, porquanto a prova direta é, quase sempre, muito difícil de ser colhida”.

4. É o necessário relatório. Passa-se à análise jurídica.

APRECIACÃO

1 - Responsabilização da pessoa física que exerce indevidamente o cargo de administrador de instituição supervisionada (administrador de fato):

5. O art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece como infração administrativa “*atuar como administrador ou membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social das pessoas mencionadas no caput do art. 2º desta Lei sem a prévia aprovação pelo Banco Central do Brasil*” (grifos inautênticos). O tipo objetivo é, portanto, o exercício das funções de administrador ou membro de órgão societário, sem que o BCB tenha expedido a autorização exigida por lei para o exercício do cargo.

6. Os casos de (i) mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração e age como administrador da instituição³ e (ii) de indivíduo que ingressa na administração da instituição, sem a prévia autorização do BCB, constituem condutas que se enquadrariam na ação qualificada (atuar sem prévia aprovação) que compõe o tipo objetivo do inciso VI do art. 3º. Nas duas hipóteses, há a presença dos elementos constitutivos do tipo, em especial a burla à exigência legal de obtenção da autorização do supervisor, anteriormente ao exercício do cargo societário.

7. É pertinente destacar que, no âmbito penal⁴, compreende-se que a tipicidade depende da perfeita adequação entre a conduta concreta e o tipo, e se a conduta for apenas similar ao verbo núcleo do tipo, haveria uma conduta atípica. Esse posicionamento parece nortear, também, o Direito Administrativo Sancionador, vide a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, no sentido de que “*a configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrador possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível*”.

8. Quanto aos casos em que o administrador inabilitado permanece indevidamente no cargo, após a sanção, entende-se que o enquadramento de tal conduta, no inciso VI do art. 3º, não seria o juridicamente mais adequado, ainda que esse dispositivo legal possa ser considerado um tipo aberto.

3 Sobre essa hipótese, vale citar trechos dos seguintes precedentes:

- Parecer DEJUR-289/87:

“Ademais, a própria outorga de mandato de forma ampla atesta a intenção de constituir novos administradores, ao arrempio da lei, uma vez que a teor do parágrafo único do art. 144 da Lei 6.404, de 15.12.76, deverão ser ‘especificados no instrumento os atos ou operações que poderão (os procuradores) praticar’ e tal especificação, evidentemente há de ser restrita a atos executáveis sob a supervisão da sociedade.”

- Parecer PGBC 706/2000, de 28 de setembro de 2000:

“É atualmente pacífico o entendimento de que aquele que, embora não sendo administrador de direito, tem o poder de mando na sociedade, e o exerce, agindo como se fosse o administrador, cujo nome deveria ter sido submetido à prévia aprovação da autarquia, é passível de sofrer as sanções decorrentes de sua conduta como administrador de fato.”

- Parecer Jurídico 504/2021-BCB/PGBC, de 12 de agosto de 2021:

“Consoante os precedentes desta PGBC, a administração de fato significa a prática de atos de administração sem obediência às formalidades legais – que, no caso de instituições financeiras, incluiriam a aprovação do nome do administrador por parte desta autarquia.”

4 “Tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei” (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 115). Essa perfeita adequação seria uma exigência do princípio da legalidade e que não poderia ser mitigada, por se tratar de direito fundamental (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal).

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 882.

9. Há precedentes desta Procuradoria-Geral que elucidam que “a decisão inabilitadora tem eficácia preponderantemente constitutiva negativa, operando uma mudança automática e radical na esfera jurídica do destinatário, porquanto vai à base e **retira pro tempore o direito que tem de, preenchidos os requisitos legais e regulamentares, exercer as funções de administrador em instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil**”⁶. Portanto, durante o período da sanção de inabilitação, não haveria a possibilidade de submissão de pedido de autorização pelo apenado e da consequente aprovação desse pleito pelo BCB, elemento que qualifica a ação descrita no inciso VI do art. 3º. Nessa perspectiva, seria possível compreender que não há uma perfeita adequação da conduta do administrador inabilitado que permanece no cargo à infração do inciso VI do art. 3º.

10. O tipo do referido inciso VI abrange, com segurança, os casos em que a aprovação pelo BCB é, em tese, possível, mas os pretensos administradores optam por burlar a exigência legal de obtenção prévia da autorização e atuam de forma marginal. Percebe-se, também, a afronta direta ao comando da lei que impõe essa formalidade⁷.

11. A conduta do inabilitado que permanece no cargo, em seu turno, afrontaria diretamente a determinação de afastamento expedida pelo BCB (vide o procedimento estabelecido pelos parágrafos do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017) e, ainda, de forma substancial, a própria decisão de inabilitação que retirou, por determinado prazo, o direito do apenado de atuar como administrador. *Não há, propriamente, afronta ao comando legal que exige a prévia autorização, pois, vale repetir, essa aprovação não poderia ser aventada, por conta da penalidade imposta*⁹.

12. Ao seguir esse entendimento, tem-se que o tipo administrativo em que se adequaria a conduta do inabilitado seria o do inciso XVI do art. 3º (“descumprir determinações do Banco Central do Brasil, e seus respectivos prazos, adotadas com base em sua competência”)¹⁰. O art. 8º, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei nº 13.506, de 2017, reforçaria essa compreensão, ao prever, em suma, que o BCB deve determinar o afastamento do inabilitado, no prazo de sessenta dias, além sujeitar os apenados e instituições omissas a multa cominatória.

6 Despacho proferido no Parecer PGBC-63/2010, de 10 de março de 2010.

7 No caso das instituições financeiras, o art. 33, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964.

8 Art. 8º A penalidade de inabilitação implicará o impedimento de atuar em cargos cujo exercício dependa de autorização do Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil notificará, no prazo de até 5 (cinco) dias, a instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o inabilitado atue como administrador ou como membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social, para que cumpra o disposto no § 3º deste artigo, em razão da aplicação da penalidade de inabilitação.

§ 2º O prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação começará a contar da data em que o Banco Central do Brasil receber do inabilitado ou de cada instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que ele atuou como administrador ou exerceu cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social comunicação de que houve o efetivo afastamento do cargo para cujo exercício fora autorizado, instruída com os documentos comprobatórios do fato.

§ 3º A instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o apenado atue como administrador ou exerça cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social deverá afastá-lo do cargo no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do recebimento da notificação de que trata o § 1º deste artigo, e deverá comunicar o fato ao Banco Central do Brasil no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data do efetivo afastamento.

§ 4º Decorridos os prazos mencionados no § 3º deste artigo sem que tenha sido recebida a comunicação a que se refere o § 2º deste artigo, os apenados e as instituições omissas estarão sujeitos à multa prevista no art. 18 desta Lei.

§ 5º O prazo de cumprimento da pena de inabilitação será automaticamente suspenso sempre que forem desrespeitados os termos da decisão que a aplicou, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.

9 Na verdade, presume-se que a aprovação do BCB foi dada em momento pretérito, e a penalidade de inabilitação obsta a possibilidade de continuidade ou de nova assunção do cargo de administrador, em razão do ilícito perpetrado no exercício desse cargo.

10 Vale frisar que o inabilitado que permanece no cargo poderia se enquadrar no amplo conceito de “administrador de fato”, já que exerceria atribuições de gestão sem ostentar legitimamente a condição de administrador. O que ora se aponta é a não subsunção perfeita de tal conduta ao tipo do inciso VI do art. 3º.

13. Cabe complementar que o cumprimento da determinação do BCB, relativa ao afastamento do inabilitado, não se limitaria à instituição supervisionada¹¹. O Parecer Jurídico 288/2018-BCB/PGBC¹², de 11 de maio de 2018, consignou que essa obrigação possui pluralidade de sujeitos passivos (inabilitado e instituições nas quais aquele exerce o cargo), vide a transcrição abaixo:

9. [...] *a norma* [art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017] é fonte de uma única obrigação – assim entendido o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra – de natureza complexa, porque apresenta pluralidade de prestações (dever de afastamento e dever de comunicação acerca do afastamento) e de sujeitos passivos (inabilitado e cada uma das instituições nas quais ele exercia cargo por força de autorização concedida pelo BC). [...]

11. *Salvo melhor juízo, ao dispor que [d]ecorridos os prazos mencionados no § 3º deste artigo sem que tenha sido recebida a comunicação a que se refere o § 2º deste artigo, os apenados e as instituições omissas estarão sujeitos à multa prevista no art. 18 desta Lei, a norma (art. 8º, § 4º) impõe, ao apenado e a cada uma das instituições em que ele atuar, duas prestações que não se confundem: (i) a primeira, considerada principal, de afastar o inabilitado no prazo de sessenta dias, contados do recebimento da notificação referida no § 1º, sob pena de multa cominatória; (ii) a segunda – acessória, porque pressupõe a existência da primeira – de comunicar esse afastamento ao BC no prazo de cinco dias, contados de sua efetiva ocorrência, sob pena de multa cominatória. Dessa forma, descumprido o prazo para o cumprimento da primeira, o inabilitado e a instituição supervisionada estarão sujeitos, cada qual, ao pagamento de multa cominatória; de igual modo, não cumprido o dever de comunicação no prazo estabelecido, o inabilitado e a instituição supervisionada estarão sujeitos, cada qual, ao pagamento de multa cominatória. A única hipótese em que cada um dos sujeitos passivos estará sujeito a apenas uma multa cominatória será quando não for cumprido o dever de afastamento do cargo dentro do prazo de sessenta dias, visto que o dever de comunicação pressupõe o afastamento do cargo – ainda que realizado a destempo.*

12. *A despeito da pluralidade de devedores da obrigação imposta pela lei (inabilitado e cada uma das instituições em que ele ocupar cargo cujo exercício foi autorizado pelo BC), não há falar em solidariedade passiva, pois cada um dos obrigados responde, de forma autônoma, pelo descumprimento das prestações que lhe foram impostas (multa ao inabilitado e à instituição). Não obstante, uma vez que cada uma delas (principal e acessória) tem por objeto um fato de natureza indivisível, conclui-se que o cumprimento efetuado por um dos obrigados beneficia o outro, desde que ambos estejam sujeitos ao cumprimento de uma mesma prestação; observando-se que haverá tantas prestações de afastamento quantas forem as instituições nas quais o inabilitado exercer cargo sujeito à autorização do BC.*

14. Como as pessoas físicas apenadas também são devedoras das obrigações estabelecidas no art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, em tese, elas também poderiam ser sujeitos ativos da infração do inciso XVI do art. 3º.

15. Nesse ponto, cabe examinar, ainda, a hipótese em que o inabilitado não mais atua como administrador de instituição supervisionada pelo BCB, no momento da imposição da sanção de inabilitação, mas passa a exercer as funções administrativas, durante o prazo de cumprimento da penalidade. A situação do apenado que não atua como administrador não foi abordada

11 Vale mencionar que o art. 61 da Resolução BCB nº 131, de 2021, determina que a “notificação de que trata o § 1º do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, será encaminhada ao inabilitado e às instituições supervisionadas nas quais ele exercer cargo sujeito à autorização do Banco Central do Brasil”.

12 De autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre e aprovado pela Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

expressamente no âmbito legal, mas sim no art. 62¹³ da Resolução BCB nº 131, de 2021, com o escopo de delimitar o momento em que se inicia o prazo de cumprimento da sanção de inabilitação.

16. Logicamente, nessa hipótese, não há a determinação de afastamento do inabilitado, como preconizado pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017. A rigor, a própria decisão de inabilitação, quando eficaz, constitui o mandamento que determina o não exercício das funções de administrador, por prazo específico. Como afirmado em despacho do Subprocurador-Geral, proferido no Parecer PGBC-63/2010, a penalidade, ao operar os seus efeitos, representa um “*comando proibitivo – obrigação de não-fazer*”¹⁴, exarado pelo BCB.

17. Ainda que se entenda que a inabilitação tem eficácia preponderantemente constitutiva negativa, não se pode ignorar que se trata de uma decisão condenatória, que afirma a responsabilidade da pessoa física, com a procedência da imputação a ela feita. Especialmente nos casos de apenado que não atua como administrador, há, na própria decisão, uma determinação de execução ou cumprimento da penalidade¹⁵. Assim, é possível concluir que o inabilitado que passa a exercer a função de administrador, durante o prazo da inabilitação, afronta a decisão do BCB e comete a infração do inciso XVI do art. 3º¹⁶.

18. No que tange especificamente às **ocorrências anteriores à Lei nº 13.506, de 2017**, referentes a mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração para atuar como administrador e de indivíduo que ingressa na administração da instituição, sem a prévia autorização do BCB, a instauração de processo administrativo sancionador teria como fundamento os arts. 33¹⁷ e 44¹⁸ da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, c/c art. 1º¹⁹ do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2 de agosto de 2012 – dispositivos que, em síntese, preveem que a autorização do BCB é um requisito à assunção do cargo.

13 Art. 62. Caso o apenado não atue como administrador em instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil ou integrante do Sistema de Pagamentos Brasileiro nem exerça cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social dessas entidades, o prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação, computado na forma prevista no caput do art. 24 da Lei nº 13.506, de 2017, terá início:

I - na data em que a decisão começar a produzir efeitos, nos termos do art. 59 desta Resolução; ou

II - no dia da publicação da decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos casos em que for conferido efeito suspensivo ao recurso interposto. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de unificação de que trata o § 1º do art. 56 desta Resolução.

14 No mencionado despacho, assevera-se que “[é] justamente o fato de a pena estar em regime de cumprimento, operando plenamente os seus efeitos (comando proibitivo – obrigação de não-fazer), já fluindo, portanto, o período de inabilitação fixado na decisão, que faz com que a sua eventual permanência no cargo seja tida como irregular, com consequências na esfera administrativa, civil e penal para quem descumpra a decisão”.

15 Afinal, não há ato posterior do BCB que determine alguma providência por parte do inabilitado ou da instituição, apenas a intimação da decisão condenatória.

16 Registre-se que, na hipótese anteriormente analisada, em que o inabilitado está no cargo de administrador e nele permanece indevidamente, deve-se observar um procedimento formal imposto pelo legislador (art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017), que permite que a instituição adote as providências necessárias ao afastamento do apenado e, ao mesmo tempo, obsta o início do prazo de cumprimento da penalidade sem que o administrador tenha se afastado. Esse procedimento, ao fixar o início do cumprimento da penalidade, reflexamente, delimita o momento em que a infração do inciso XVI do art. 3º é praticada. Apesar de a irregularidade ser delimitada pelo descumprimento da notificação de afastamento expedida pelo BCB, **substancialmente**, é decisão de inabilitação que é violada, pois é nela que está efetivamente o comando que determina que o apenado não mais pode atuar como administrador.

17 Art. 33. As instituições financeiras privadas deverão comunicar ao Banco Central da República do Brasil os atos relativos à eleição de diretores e membros de órgão consultivos, fiscais e semelhantes, no prazo de 15 dias de sua ocorrência, de acordo com o estabelecido no art. 10, inciso X, desta lei.

§ 1º O Banco Central da República do Brasil, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, decidirá aceitar ou recusar o nome do eleito, que não atender às condições a que se refere o artigo 10, inciso X, desta lei.

§ 2º A posse do eleito dependerá da aceitação a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º Oferecida integralmente a documentação prevista nas normas referidas no art. 10, inciso X, desta lei, e decorrido, sem manifestação do Banco Central da República do Brasil, o prazo mencionado no § 1º deste artigo, entender-se-á não ter havido recusa a posse.

18 Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente. (...)

19 Art. 1º A posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil são privativos de pessoas cuja eleição ou nomeação tenha sido aceita pela Autarquia, a quem compete analisar os respectivos processos e tomar as decisões que considerar convenientes ao interesse público.

19. Quanto às ocorrências pretéritas relativas a inabilitados que permaneceram ou retornaram ao cargo de administrador indevidamente, observa-se que os precedentes da PGBC, ao delimitar as medidas que deveriam ser adotadas pelo BCB, não mencionavam expressamente que a conduta do apenado (e da instituição) configuraria nova infração administrativa. O Parecer PGBC-63/2010²⁰ resumiu, nos termos abaixo, o procedimento a ser seguido pelo BCB, no caso de a instituição não afastar dos seus quadros gerenciais as pessoas definitivamente sancionadas com a pena de inabilitação²¹:

- a) *emitida a decisão definitiva pelo CRSFN, confirmando a decisão de inabilitação proferida em primeiro grau administrativo, e sendo dela cientificado o Banco Central do Brasil, mediante o recebimento do processo respectivo, a Autarquia deve elaborar e enviar intimações às pessoas sancionadas e às instituições interessadas, tudo de acordo com o já mencionado art. 28 da Lei n.º 9.784, de 1999;*
- b) *nas intimações dirigidas às pessoas sancionadas, a Autarquia deve informar o teor da decisão do CRSFN, comunicar que a decisão punitiva tornou-se definitiva no plano administrativo e ainda **advertir que o descumprimento dessa decisão no prazo assinalado poderá ensejar a comunicação ao MPF** de que os administradores ou gerentes inabilitados seguem exercendo atividades para as quais estão impedidos por decisão administrativa definitiva, o que, em tese, afrontaria o art. 205 do Código Penal;*
- c) *de outro lado, nas intimações dirigidas às instituições financeiras interessadas, a Autarquia deve informar o teor da decisão do CRSFN, comunicar que a decisão punitiva tornou-se definitiva no plano administrativo e ainda advertir que **a não-adoção das providências necessárias ao afastamento e à consequente substituição dos administradores ou gerentes inabilitados no prazo assinalado poderá ensejar a decretação da liquidação extrajudicial da instituição**, com base na alínea 'b' do inciso I do art. 15 da Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974;*
- d) *enviadas tais intimações e persistindo o descumprimento, a demonstrar que estão presentes as condições fáticas para a comunicação dos fatos ao MPF e a decretação da liquidação extrajudicial da instituição renitente, é de todo conveniente que seja ouvida a Procuradoria-Geral, especialmente para que se possa definir a melhor estratégia jurídica a adotar no caso concreto. (grifos inautênticos)*

20. Antes da Lei nº 13.506, de 2017, não havia a necessidade de notificação, pelo BCB, que determinasse o afastamento do apenado²². Além disso, não havia dispositivo legal ou regulamentar que estabelecesse claramente que o descumprimento de determinações ou decisões do BCB constituiria infração administrativa autônoma.

20 De autoria do Procurador Marcelo Madureira Prates e aprovado pelo Coordenador-Geral Nelson Alves de Aguiar Junior e pelo Subprocurador-Geral Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado.

21 Tais orientações gerais foram fixadas, inicialmente, no Parecer PGBC-36/2010.

22 Despacho proferido no Parecer PGBC-63/2010 aborda os efeitos da decisão de inabilitação e as possíveis consequências para o inabilitado que continua a agir como administrador e para a instituição, no cenário anterior à Lei nº 13.506, de 2017:

3. (...) a decisão inabilitadora irradia eficácia que não depende de qualquer outro ato para alterar a conformação da esfera jurídica da pessoa sancionada, exceto o de publicação no Diário Oficial da União, consoante previsto no Regulamento anexo à Resolução n.º 1.065, de 5 de dezembro de 1985, na parte consolidada no MNI 5-3-11-4, não obstante seja recomendável a alteração desta norma regulamentar para fixar na data de recebimento da intimação o termo a quo do prazo de inabilitação, na linha do que dispõe o art. 28 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sendo indiferente, do ponto de vista estritamente jurídico, se o destinatário da sanção ainda é ou já deixou de ser administrador. (...)

5. Nessa linha, o que importa é que se retira do sancionado, ipso facto da infligência da penalidade de inabilitação, a possibilidade jurídica de agir como órgão de administração, de jeito que qualquer ato que vier de praticar nessa qualidade, além de render ensejo a questionamentos acerca de sua validade ou eficácia, poderá resultar em responsabilidade incidente sobre seu patrimônio pessoal. Ademais, a evidência de que o sancionado já não se encontra em estado que o autoriza a obrar como administrador abre a possibilidade de que a própria instituição seja chamada a adotar as providências necessárias ao seu afastamento, caso insista em não o fazer voluntariamente, sob pena de ter ela mesma de suportar pesadas consequências de cariz administrativo, inclusive, no limite, como bem salientado pelo ilustre parecerista, a decretação do regime de liquidação extrajudicial.

21. A par do cenário normativo acima exposto, verifica-se que “não estar declarado inabilitado” é uma exigência regulamentar para o exercício do cargo de administrador na instituição supervisionada, vide o revogado art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012, e o atual art. 14, inciso III, da Resolução CMN nº 4.970, de 25 de novembro de 2021. Assim, seria juridicamente possível a instauração de processo administrativo sancionador contra inabilitados, em relação a condutas praticadas antes da vigência da Lei nº 13.506, de 2017, por violação ao comando da regulamentação.

22. Ademais, incidiria, na hipótese em comento, o princípio da continuidade normativo-típica, uma vez que houve a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo ilícito para outro tipo administrativo sancionador, o inciso XVI do art. 3º²³.

23. Essa opção parece ser juridicamente mais segura se comparada ao enquadramento da conduta do inabilitado no tipo descrito no art. 3º, VI, da Lei nº 13.506, de 2017, pelas razões já expostas. Não se desconhece o fato de já ter havido orientação jurídica em sessão do Comitê de Decisão de Processo Administrativo (Copas) em sentido diverso, mas não se vislumbra impedimento à modificação do entendimento jurídico até então sustentado para os casos futuros, diante do aprofundamento da análise da questão por parte da PGBC.

24. Diante das considerações acima, é possível sintetizar os apontamentos jurídicos deste tópico da seguinte forma:

Conduta da pessoa física	Tipificação: antes da Lei nº 13.506, de 2017	Tipificação: após a Lei nº 13.506, de 2017
<i>Mandatário que extrapola os poderes da procuração e administra a instituição</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Indivíduo que ingressa na administração da instituição sem autorização do BCB</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Inabilitado que permanece no cargo indevidamente</i>	Art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017.

25. Ainda neste tópico do exame jurídico, cabe analisar se o administrador de fato deve ser responsabilizado apenas pela conduta de atuar sem aprovação e de descumprir determinação do BCB ou se aquele também deve ser responsabilizado por eventuais irregularidades praticadas no exercício indevido do cargo.

23 A título comparativo, vale mencionar o caso da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que forneceu nova roupagem aos denominados crimes contra a dignidade sexual. A norma extinguiu a figura típica e autônoma do art. 214 do Código Penal (“atentado violento ao pudor”), passando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso a constituir o crime de “estupro”, agora no art. 213 do Código Penal (criou-se um único tipo penal). Não houve *abolitio criminis*, mas uma continuidade normativa típica (mudança no local onde o delito era previsto, mantendo-se, contudo, a previsão de que essa conduta se trata de crime). Entendeu-se, ainda, ser possível aplicar retroativamente a Lei nº 12.015, de 2009, para o agente que praticou estupro e atentado violento ao pudor, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, e que havia sido condenado pelos dois crimes (arts. 213 e 214 do CP) em concurso (STJ, HC 242.925/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 14 de agosto de 2012).

26. Sobre a questão, verifica-se que o art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017, ao delimitar o âmbito de incidência da norma, estabelece que o disposto no Capítulo I da lei (o que inclui, portanto, todo o rol de infrações do art. 3º) se aplica às pessoas físicas que “exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil” e “atuem como administradores, membros da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria e de outros órgãos previstos no estatuto ou no contrato social” de instituição supervisionada pelo BCB.

27. Depreende-se, assim, que aquele que atua, de forma legítima ou não, como administrador de instituição supervisionada pelo BCB pode ser sujeito ativo de todos os ilícitos do art. 3º (que se coadunem com o referido cargo), e não somente da infração decorrente do exercício ilegítimo da função administrativa. A literatura especializada destaca que, para fins de responsabilidade, o administrador de fato se iguala àquele que legitimamente assumiu o cargo, vide as seguintes elucidações:

(...) o administrador de fato é alguém que, a despeito de não estar formalmente titulado, gere os negócios da sociedade. Para que alguém possa ser tido como administrador de fato, é necessário que este não ocupe formalmente a posição de administrador de direito da sociedade. Além disso, é preciso que o mesmo: (a) realize uma atividade positiva; (b) de direção, administração ou gestão; (c) exercida com total independência; e (d) de modo constante (...).

(...)

Com efeito, a lei, ao atribuir responsabilidade ao administrador da companhia, não pretendeu atingir exclusivamente alguém que ostenta um determinado cargo. Evidentemente, ela pretendeu conferir responsabilidades àqueles que têm o poder de determinar os destinos do ente, àqueles que (...) dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar. Desse modo, aqueles que dirigem um determinado ente, determinando o destino deste, devem ser responsáveis pelos atos que praticam. Sublinhe-se que, para fins de responsabilidade, pouco importa se o administrador de fato foi conduzido a esta condição em virtude de atos culposos ou dolosos. Ostentando esta condição, o mesmo terá regime jurídico, em termos de responsabilidade, idêntico ao dos administradores de direito. A responsabilidade do administrador de fato, destaque-se, é reconhecida por toda doutrina e jurisprudência²⁴. (grifo inautêntico)

* * *

(...) mais e mais o direito brasileiro procura afastar-se do formal em contraposição ao material, em especial quando a opção pelo formal implica em proteger uma fraude deliberada. Isto se torna mais evidente quando se sabe que há aqueles que exercendo administração de fato, recusam-se a tornarem-se administradores estatutários, tencionando justamente fugir à responsabilidade que a lei impõe aos dirigentes de instituições financeiras. Na medida em que o direito não se presta a encobrir fraudes, esta situação não será aceita, devendo, pois o administrador de fato ser responsabilizado pelos eventos que der causa, devendo-se, ainda, ter em conta que a figura delituosa específica deve ser combinada com o desrespeito com as normas do art. 33 da Lei 4.595/64²⁵. (grifo inautêntico)

²⁴ PAULIN, Luiz Alfredo. Administrador de fato nas sociedades por ações, RDM 130/108, Ano 42, São Paulo, Malheiros, abril-junho/2003.

²⁵ PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financeira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

II – Responsabilização da pessoa jurídica, na qual há a atuação do administrador de fato:

28. A segregação feita no tópico anterior, para fins de capitulação da infração – de um lado, as condutas do mandatário que extrapola os poderes da procuração e do indivíduo que ingressa na administração da instituição sem autorização e, de outro, o comportamento do inabilitado que permanece no cargo indevidamente – reflete na tipificação da conduta da pessoa jurídica.

29. Nas duas primeiras hipóteses fáticas abordadas, a conduta da pessoa jurídica se amoldaria ao tipo do inciso XVII do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017, uma vez que a instituição viola os comandos legal (art. 33 da Lei nº 4.595, de 1964) e regulamentar (atualmente, o art. 3º, inciso V, da Resolução CMN nº 4.970, de 2021) que exigem a submissão do nome do administrador à aprovação do BCB.

30. Por sua vez, nos casos de permanência indevida de inabilitado, viu-se que foi firmado na PGBC o entendimento de que a Lei nº 13.506, de 2017, no seu art. 8º, § 1º, impôs uma obrigação a uma pluralidade de sujeitos passivos (inabilitado e cada uma das instituições nas quais ele exercia cargo de administrador), no sentido de promover o afastamento do apenado e de comunicar essa medida ao BCB. Assim, o não afastamento do inabilitado, no prazo legal, acarretaria a responsabilização da instituição com base no inciso XVI do art. 3º.

31. Acrescente-se que, nesse mesmo tipo administrativo, recai a conduta da instituição que foi intimada sobre a decisão de inabilitação e, posteriormente, afronta a essa decisão do BCB, ao colocar, em sua administração, indivíduo que cumpre pena de inabilitação (hipótese abordada nos parágrafos 14 a 16, acima). Como elucidado anteriormente, há um comando proibitivo na decisão condenatória e, assim, é possível compreender que a instituição descumpra a determinação do BCB, no sentido de manter determinada pessoa física fora do sistema supervisionado²⁶.

32. Os comentários feitos no tópico anterior, relativo às ocorrências anteriores à Lei nº 13.506, de 2017, podem ser estendidos às pessoas jurídicas.

Conduta da pessoa jurídica	Tipificação: antes da Lei nº 13.506, de 2017	Tipificação: após a Lei nº 13.506, de 2017
<i>Permitir que mandatário extrapole os poderes da procuração e administre a instituição</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Permitir que indivíduo ingresse na administração da instituição sem autorização do BCB</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Manter inabilitado no cargo indevidamente</i>	Art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017, ou art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.

²⁶ Vale registrar, ainda, a hipótese de a instituição em que o inabilitado passe a atuar como administrador, durante o cumprimento da penalidade, não ter sido previamente intimada da decisão de inabilitação (por não estar envolvida na infração antes praticada). A conduta dessa pessoa jurídica, em tese, recairia no art. 3º, inciso XVII, uma vez que “não estar declarado inabilitado” é uma das condições regulamentares para o exercício do cargo de administrador.

IV – Responsabilização dos demais administradores da instituição na qual há a atuação do administrador de fato:

33. Por fim, há que adentrar a análise, em tese, sobre a possibilidade jurídica de o BCB responsabilizar os demais administradores da instituição em que se verificou a atuação indevida de administrador de fato.

34. Ainda que o tema deva se enfrentado com base na legislação especial (a Lei nº 13.506, de 2017, e sua regulamentação), é válido colacionar alguns dispositivos legais que tratam da responsabilização dos administradores de pessoa jurídica. Transcreve-se, abaixo, dois exemplos relevantes:

- Lei nº 6.404, de 15 de setembro de 1976²⁷:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

- Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²⁸:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

²⁷ Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

²⁸ Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

35. Os comandos acima indicam que o ordenamento jurídico não permite que, no caso de irregularidade praticada por determinado administrador, toda a gestão de determinada pessoa jurídica seja responsabilizada, de forma automática e indiscriminada. A responsabilização baseada na mera condição de administrador afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), devendo-se buscar, por exemplo, evidências da indevida conduta omissiva por cada gestor, à luz do estatuto social, da legislação e/ou de condições assumidas perante o ente supervisor.

36. Ao abordar a responsabilidade do administrador de instituição financeira, a literatura especializada²⁹ parece seguir a mesma orientação, vide o trecho a seguir:

Neste caso [de uma instituição que não se encontra dentro de um funcionamento normal], ainda que não se prove a participação direta de um dado diretor, este deve ser responsabilizado, posto que deixou de empregar o dever de diligência na administração da sociedade, permitindo que os demais diretores administrassem de forma caótica a sociedade.

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

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

37. É importante mencionar, ainda, que esse entendimento está consubstanciado em decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) sobre a matéria. Ao julgar o Recurso nº 12.052, em 2013³⁰, o órgão ponderou que a “*simples condição de controlador, administrador, diretor ou gerente de instituição financeira não enseja a responsabilização*”, e que é “*necessário enxergar a efetiva responsabilidade à luz de estatuto e declarações do controlador que comprovem a estrutura de decisão no banco*”. O órgão recursal acrescentou que, “*na análise da conduta individual, é importante também analisar se, de fato, tinham os diretores não envolvidos com a atividade de tesouraria qualquer ingerência para poder ser apenados por omissão*”, que pressupõe “*(i) que os envolvidos tivessem conhecimento da situação e (ii) tivessem o poder de sustar o ato e mesmo assim não o fizeram*”.

38. Em 2014, ao julgar o Recurso nº 13.III³¹, o CRSFN concluiu que o BCB agiu corretamente ao apenar toda a diretoria de um banco por não ter quaisquer de seus membros comunicado ao Conselho de Administração a violação, pelo Presidente Executivo, de regras estatutárias, assim

²⁹ PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financieira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

³⁰ Disponível em https://www.bcb.gov.br/crsfn/Relatorio_2013_CRSFN.pdf

³¹ Rel. Conselheiro Flávio Maia, voto condutor Conselheiro Nelson Aguiar Junior, j. sessão de 25/11/2014.

que essa diretoria tomou conhecimento do ocorrido através de relatório de auditoria. Esperava-se que, diante de suas responsabilidades estatutárias e da certificação da ocorrência, os diretores denunciasses a irregularidade ao órgão societário competente, o que, na compreensão do CRSFN, legitimou a pena de inabilitação pelo BCB.

39. Verificadas essas balizas gerais sobre a responsabilização de administradores pela conduta de outro gestor, há que se verificar se, no âmbito da atuação sancionadora do BCB, há dispositivo em vigor para a capitulação adequada da conduta de administradores que se omitam perante a atuação indevida de administrador de fato.

40. Nessa via, constata-se que é juridicamente possível aproximar, em parte, a tipificação do comportamento desses administradores daquela adotada para a pessoa jurídica, conforme o quadro constante no item anterior do presente exame.

41. Nas hipóteses de mandatário que extrapola os poderes da procuração e de indivíduo que ingressa na administração da instituição sem a autorização do BCB, em tese, é possível compreender que os administradores descumpririam a exigência do art. 3º, inciso V, da Resolução CMN nº 4.970, de 2021³², o que configuraria a infração do art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017³³. Para a adequada persecução punitiva desses administradores, caberia ao BCB apurar, por exemplo, as atribuições ou deveres do cargo ocupado, previstos no Estatuto Social, de modo a sustentar que determinado administrador também seria responsável pelo cumprimento da exigência regulamentar.

42. Caso se trate de inabilitado que permanece indevidamente no cargo de administrador, há que se considerar o esclarecimento do Parecer Jurídico 288/2018-BCB/PGBC, no sentido de que a obrigação do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, possui como sujeitos passivos o inabilitado e as instituições nas quais aquele exerce o cargo. Portanto, não seria juridicamente adequado considerar que demais administradores da instituição descumpririam a determinação de afastamento exarada pelo BCB, de modo a enquadrar a conduta desses gestores no art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017.

43. Na hipótese do parágrafo anterior, restaria ao BCB avaliar, com base nas circunstâncias do caso concreto, se seria adequado enquadrar a conduta dos outros administradores no tipo objetivo do inciso XIII do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017³⁴. Deve-se atentar, contudo, que essa eventual tipificação exigiria uma robusta fundamentação pelo BCB, que demonstrasse, em especial, que a sua valoração dos elementos normativos³⁵ do tipo se coadunam perfeitamente com as circunstâncias

32 Antes prevista no art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.

33 Poder-se-ia aventar, ainda, que a conduta desses administradores se enquadraria no tipo objetivo do inciso XIII do art. 3º (“deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;”). Contudo, por se tratar de um tipo aberto, que contém diversos elementos normativos, caberia ao BCB, na subsunção do fato ao tipo, delimitar e valorar o conteúdo dos termos utilizados pelo legislador, em especial os “interesses” da instituição. É possível, assim, que não haja uma perfeita adequação entre os elementos do tipo e os elementos fáticos do caso concreto.

Ademais, tal tipificação poderia acarretar uma sanção mais severa às pessoas físicas administradoras do que aquela imposta à pessoa jurídica infratora, o que, em princípio, não seria razoável.

34 Aparentemente, não há comando na regulamentação em vigor, em especial na Resolução CMN nº 4.970 de 2021, que o BCB possa considerar descumprido pelos outros administradores da instituição, de modo a tipificar a conduta dessas pessoas no art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.

35 Os elementos normativos do tipo objetivo são aqueles que exigem um juízo de valor pela autoridade julgadora, com base nas circunstâncias do caso concreto. Para a exata compreensão desses elementos “é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 328).

fáticas do caso concreto³⁶. Ademais, deve-se ter em vista a possível sanção a ser imposta à pessoa jurídica e que eventual penalização mais severa aos administradores omissos pode não ser uma solução razoável.

44. Por outro lado, caso constatado, com base nas circunstâncias do caso concreto em exame, que a atuação do administrador inabilitado afetou a condução dos negócios sociais, poderia o BCB, com maior segurança jurídica, buscar a responsabilização de administradores com base no inciso XIII do art. 3º. Nessas hipóteses, contudo, é preciso evidenciar que o gestor omissos tinha o dever jurídico e a possibilidade de atuar perante a irregularidade, pois a responsabilidade é individual³⁷⁻³⁸.

45. Valendo-se, mais uma vez, das elucidações da literatura especializada:

Tal dever [de diligência] implica (...) na obrigação de cada um dos administradores de zelar pelo andamento geral da gestão, velando pelo normal andamento da companhia. Na medida em que a administração da sociedade se afigure caótica, impedindo o normal andamento da sociedade, fica caracterizado que os administradores deixaram de exercer seu dever de diligência, o qual, repita-se, impõe a cada um dos diretores a obrigação de velarem para o normal andamento da companhia. (...)

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

Tendo assim concluído, resta saber até que ponto vai este dever de vigilância sobre o normal andamento da companhia. Parece evidente que não se pode impor um dever de fiscalização ilimitado ao diretor de uma sociedade por ações. A própria doutrina é bem clara ao circunscrever o dever de vigilância não em relação a todo e qualquer ato, mas em relação ao normal funcionamento da companhia. O normal funcionamento da companhia se dá quando, através de uma análise pouco profunda de sua administração nada se constata de modo a indicar que referida administração não está cumprindo com os deveres que lhes são impostos pela lei ou pelos estatutos³⁹.

36 Registre-se, ainda, que não há elementos para sustentar com segurança a tese de que a atuação do administrador de fato, **por si só**, prejudica o funcionamento normal ou a boa gestão dos negócios da instituição, por exemplo, de modo a garantir que o BCB, em tal caso, possa enquadrar a conduta de outros administradores no referido inciso XIII. Em tese, é possível que os interesses de caráter econômico ou o funcionamento da instituição sejam bem conduzidos durante o período em que se verificou a atuação do inabilitado, o que poderia prejudicar a responsabilização de administradores com fulcro no inciso XIII do art. 3º.

37 Recorrendo novamente ao posicionamento do CRSFN, transcreve-se, abaixo, trecho de voto proferido no julgamento do Recurso nº 12921, em 2014 (disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-do-sistema-financeiro-nacional/servicos/busca-de-ata-pautas-e-decisoes/acordaos-e-decisoes-monocraticas/2014/373a-sessao-de-julgamento/recurso-12921>)

3. (...) quanto à autoria: ‘... é preciso considerar a conduta específica dos envolvidos, bem como a sua posição na estrutura organizacional da instituição financeira, a fim de aferir com maior acuidade a efetiva responsabilidade de cada agente. Afinal, a pena de inabilitação é uma pena grave, cuja aplicação precisa estar amparada em um conjunto probatório substancial.’ (...)

19. Ora, cerca de um mês após ter sua eleição sido homologada pelo BACEN, o recorrente enviou carta à autarquia informando terem sido detectadas operações irregulares com empresas vinculadas e o BACEN entendeu que essa carta seria uma prova de que ele sabia das irregularidades e que, por isso, mereceria ser punido. A situação, como já mencionei linhas atrás, ganha ares “kafkianos” já que o recorrente não teria saída: se não informa terem sido descobertas as irregularidades, estaria acobertando os ilícitos, se informa, seria uma prova de que sabia delas, embora estas não tenham sido criadas por ele.

20. Pelos motivos acima elencados, voto por dar provimento ao recurso de Ricardo Gribel para arquivar o processo em relação a ele.

38 Registre-se que as conclusões do presente exame jurídico, não afastam a possibilidade de responsabilização de ocupantes de cargos nos Conselhos Fiscal e de Administração. Essa responsabilização também exigiria uma análise sobre os deveres legais e estatutários dos conselheiros e da forma de atuação destes indivíduos perante a irregularidade.

39 PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financeira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

CONCLUSÃO

46. Os apontamentos deste parecer servem como subsídios à instauração e *análise jurídica* de processos administrativos sancionadores, no âmbito do BCB. Não se afasta, contudo, a necessidade de formulação de consultas específicas à esta Procuradoria-Geral, para dirimir dúvidas a respeito de casos concretos em exame, que envolvam a atuação indevida de administrador de fato.

47. Cumpre reforçar que a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas deve estar amparada em suficiente conjunto probatório e sempre considerar as circunstâncias do caso concreto e a necessidade de observância do princípio da individualização a pena.

48. Por fim, classifico o grau de acesso da presente manifestação jurídica em “pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso”, nos termos do art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, uma vez que as informações nela contidas não estão sujeitas a hipótese normativa de restrição de acesso.

À sua consideração.

HUMBERTO CESTARO TEIXEIRA MENDES
Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/SP 257.789

De acordo.

À Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG).

ELIANE COELHO MENDONÇA
Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 78.456

De acordo.

Ao Derad, aos Chefes de Gabinete do Diretor de Relacionamento Institucional e Supervisão de Conduta (Direc) e do Diretor de Fiscalização (Difis), para conhecimento da opinião legal.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG)
OAB/DF 10.000

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>