

INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NA LEI SOCIETÁRIA. ATENDIMENTO DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE NO CUMPRIMENTO DO CONTRATO

RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. Os fatos - 2. A ilegitimidade dos autores - 3. A lesão - 4. O vício de vontade - 5. A ação societária - 6. O fundamento do pedido - 7. A prescrição e a decadência - 8. O regime de administração especial temporária - 9. A boa-fé - 10. Dano moral - 11. Conclusão.

1. Os fatos

"X" S.A. e "X" Holdings S.A., pelo seu ilustre advogado, ..., consultam sobre questões decorrentes de ação ordinária de seu interesse e informam:

"Trata-se de ação ordinária proposta pelos ex-controladores do Banco "Y" e empresas coligadas contra o Bacen, "X" S.A. e "X" Holdings S.A., perante a ...^a. Vara Federal da Seção Judiciária de ..., na qual postulam a condenação solidária dos doravante denominados isoladamente de "X" e "X" Holdings ou, conjuntamente apenas de "X", e do Banco Central do Brasil (Bacen) a indenizarem a Massa Liquidanda do Banco "Y" e/ou a eles próprios, ex-controladores, pelas perdas e danos, materiais e morais, que supostamente sofreram em decorrência da transferência dos ativos operacionais do Banco "Y" para o "X", consubstanciada no contrato de



<http://bdjur.stj.gov.br>

**Aposentado do cargo de ministro do STJ, a partir de 12/08/2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Indenização por Perdas e Danos. Decadência do Direito de Anulação do Contrato. Prescrição da Ação de Responsabilidade Civil Prevista na Lei Societária. Atendimento do Critério da Razoabilidade no Cumprimento do Contrato.

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n. 27, Seção Pareceres, p. 184-200, jan./mar. 2005.

compra e venda, de assunção de direitos e obrigações e de prestação de serviços e outras avenças firmado em ... e re-ratificado em ... ”.

Para a correta compreensão do feito, é necessária a apresentação do contexto histórico no qual se insere o negócio 'sub judice'.

Após décadas de inflação, o conhecido Plano Real, implementado em julho de 1994, conseguiu trazer estabilidade à economia, estagnando a espiral inflacionária que corroía a moeda nacional. Contudo, crises externas e fragilidades estruturais, notadamente na área de concessão de crédito, trouxeram para o ano de 1995 especial ameaça de crise no setor bancário, que não mais contava com os ganhos do regime inflacionário.

Em agosto de 1995, o Bacen decretou a intervenção no Banco "Z", instituição de grande expressão nacional, o que gerou forte repercussão no então fragilizado mercado financeiro, daí decorrendo para o governo federal premente necessidade de tomar diversas medidas.

Assim, foram editadas duas medidas provisórias: (i) a MedProv 1.179, de 03.11.1995, dispondo sobre o PROER - programa de estímulo à reestruturação e ao fortalecimento do sistema financeiro, através do qual seriam concedidos créditos a instituições bancárias com problemas de liquidez, e (ii) a MedProv 1.182, de 18.11.1995, aperfeiçoando regras dos regimes de RAET - Regime de Administração Especial Temporária, de intervenção e de liquidação extrajudicial das instituições financeiras, objetivando a retirada e a responsabilização de maus controladores de entidades financeiras, com serenidade, organização e salvaguardas para todo o sistema financeiro nacional.

Neste contexto, estava o Banco "Y" também abalado por graves dificuldades de caixa e de crédito. Os seus controladores pediram ao Bacen

a decretação do RAET, no que foram atendidos, em ..., por força do Ato Presidencial n.º ... do Bacen, pelo prazo de 12 meses, estendendo-se tal regime especial ao Banco "Y" Investimentos S.A., "A" Sociedade Corretora de Valores S.A., "Y" Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., e "Y" Leasing Arrendamento Mercantil S. A.

Na mesma data, a diretoria do Bacen se reuniu e aprovou a proposta de enquadramento do "Y" no Proer, autorizando-o a adquirir créditos contra o FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial como garantia dos empréstimos que lhe seriam destinados, bem como autorizou o conselho diretor do RAET a assinar o contrato de transferência de ativos e passivos do "Y" para o "X", o que foi efetivamente realizado através dos instrumentos supracitados, quais sejam, contrato de compra e venda, assunção de direitos e de prestação de serviços e outras avenças firmado em ... e re-ratificado em

Por fim, tendo em vista a insuficiência patrimonial e a incapacidade financeira, inclusive em virtude do rombo fraudulento descoberto na contabilidade da instituição, o Banco "Y" teve decretada a sua liquidação extrajudicial em através do Ato Presidencial n.º ..., do Bacen.

Decorridos sete anos da operação de transferência, foi apresentada ação ordinária contra o Bacen, "X" e "X" Holdings, com pedido de indenização em favor da Massa Liquidanda do Banco "Y" e/ou a eles próprios pelas perdas e danos, materiais e morais, que pretensamente sofreram em decorrência da referida transferência dos ativos operacionais bancários do Banco "Y", pois o preço pactuado teria sido alegadamente vil, 'seja pela avaliação subestimada de bens e de direitos, seja pela entrega graciosa de ativos e de mais de R\$... em dinheiro'.

A pretensão dos ex-controladores se baseia nas premissas de que o Bacen teria se limitado a estabelecer, como preço de venda, o valor contábil dos ativos transferidos ao "X", acrescido de um ágio insignificante, no valor de R\$... (... reais) à época, sem levar em conta adequadamente o fundo de comércio, especialmente porque a responsabilidade por obrigações do passado remanesceu com a massa liquidanda do Banco "Y", com o recebimento, pelo "X", de dinheiro à vista para pagar dívidas exigíveis no longo prazo, beneficiando-se da aplicação financeira desses recursos, enquanto o Banco "Y" teria pagado juros altíssimos ao mercado e ao Bacen, fatos que denotariam 'conluio' entre os réus da ação".

Entre as muitas questões que a causa sugere, examino as que dizem com a legitimidade ativa; a inviabilidade da ação indenizatória antes de encerrada a liquidação da instituição financeira e sem a anulação do ato viciado que seria o causador do prejuízo; a inaplicação do art. 403 do Código Civil; a prescrição da pretensão deduzida em juízo; a legitimidade da ação governamental ao decidir pela alienação dos ativos e passivos operacionais do Banco "Y" e dos contratos então celebrados; a ofensa à boa-fé objetiva e a inexistência de dano moral indenizável.

2. A ilegitimidade dos autores

Os autores pediram a condenação dos réus a pagarem à massa liquidanda do Banco "Y" indenização por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da transferência da atividade operacional do Banco "Y" ao "X"; se inviável o pedido, que fossem os réus condenados a pagarem dita indenização em favor dos autores, com a restrição de o montante ser transferido pelo juízo à massa liquidanda.

(a) Uma vez decretado o regime especial de administração temporária no Banco "Y" (Ato Presidencial n.º de ...) e, depois, a sua liquidação extrajudicial (Ato Presidencial n.º ..., de ...), a representação da

instituição financeira passou a ser exercida pelos diretores nomeados para o primeiro regime e, após, pelo liquidante. Nos termos desses atos administrativos da autoridade financeira e de acordo com a legislação aplicável, todos foram investidos de plenos poderes de gestão (art. 3.º do Dec.-lei 2.321, de 25.02.1987 (RAET); art. 16 da Lei 6.024, de 13.03.1974). Logo, a representação judicial da massa liquidanda cabe, na fase de liquidação, ao liquidante, assim como a da massa falida toca ao síndico (art. 12, III, do CPC; art. 63, XVI, da Lei 7.661, de 21.06.1945; art. 34 da Lei 6.024, de 13.03.1974). Na verdade, explica Pontes de Miranda, trata-se de um dos casos em que alguém, "de ofício, pode exercer a pretensão à tutela jurídica - tem ação" (Comentários ao CPC, I/221).

O direito de crédito da massa permite que a pretensão contra os causadores do dano seja deduzida em juízo pelos titulares desse direito ou, em casos especiais, pelo substituto processual. Quem pode promover ação em nome e em favor da massa é o liquidante. Na espécie, os autores não titulam direito de crédito e não estão autorizados pela lei a agirem de ofício em defesa dos interesses da massa, nem se enquadram na situação de substitutos extraordinários. Por isso, nos termos dos arts. 3.º e 6.º do CPC, os demandantes não têm legitimidade para demandar pela indenização a que a massa teria direito. Não podem fazê-lo em nome da massa, cuja administração está entregue ao liquidante, e não lhes cabe agir em nome próprio em defesa do interesse da massa por não ser caso de legitimação extraordinária. "Tendo em conta razões de conveniência, por vezes, a lei substitui aquele que ordinariamente seria legitimado por terceiro, que é então a parte legítima, a parte em sentido formal, que vai pleitear em nome próprio direito alheio." (Tornaghi, Comentários ao CPC I/100). Inexiste norma atribuindo aos ex-administradores e sócios controladores a legitimidade excepcional para agir como parte em situação assemelhada.

Com isso, fica afastada a legitimidade dos autores para formularem em juízo demanda em favor da massa liquidanda do Banco "Y".

Num segundo momento, os autores propuseram, como alternativa ao descabimento do primeiro pedido, ação em nome próprio, com a restrição de ser o produto da indenização carreado diretamente à massa liquidanda. É o mesmo pedido de um crédito de que é titular a massa, pois a ela deve ser transferido o produto da indenização, e por isso sofre o mesmo impedimento do primeiro. Sendo da massa o crédito e a ela transferido o resultado alcançado com a sentença favorável, a legitimidade para a causa é dela, e a legitimidade para o processo, do liquidante. Isto é, os autores ou são os credores e buscam em juízo a satisfação do seu crédito (e nesse caso não seria admissível a transferência do produto à massa), ou são terceiros que atuam em benefício da massa (mas para isso não receberam da lei legitimação especial para agir em nome próprio), e tanto em uma hipótese como em outra ressalta a ilegitimidade ativa.

(b) O fato gerador do dano está no contrato de compra e venda, assunção de direitos e obrigações e de prestação de serviços e outras avenças datado de ..., depois re-ratificado em ..., documentos assinados pelo "X", Banco "Y" e "X" Holdings, sabendo-se que o regime de administração especial temporária fora decretado em ... daquele ano. O dano, portanto, teria sido praticado depois da intervenção do Banco Central no "Y", estando os atos subscritos pelo administrador nomeado pelo Bacen. Instalada a liquidação em ..., a existência do prejuízo porventura sofrido pela instituição liquidanda somente poderá ser apurada ao final da liquidação, depois de cumpridas as etapas legais para a elaboração do quadro de credores e feito o levantamento do patrimônio da massa. Sem a verificação da situação econômica e financeira da empresa em liquidação

não há condições de exame da alegada insuficiência da contraprestação contratada entre o Banco "Y" e o "X".

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em inúmeros casos que o prejuízo alegadamente sofrido pelos investidores, por atos da instituição financeira posta em liquidação, somente pode ser objeto de decisão indenizatória ao término do procedimento extrajudicial (Resp 51.702/DF). A argumentação expendida para aqueles casos serve às inteiras para o nosso, uma vez que o prejuízo que teria sido causado à massa, pela desproporção entre o valor dos bens transferidos ao "X" e o que por este foi repassado ao Banco "Y", somente poderá ser aferido com o levantamento da realidade econômico-financeira do Banco "Y".

Esse entendimento será alcançado ao final do processo de liquidação, o que significa a impossibilidade de ser de logo apreciado o pedido, carecendo os autores da ação por falta de interesse de agir.

3. A lesão

Examino a questão relacionada com a anulação.

É comum a distinção entre atos nulos e anuláveis. A nulidade do negócio jurídico decorre da ausência de elemento essencial do ato, com ofensa à norma de ordem pública, a que se nega definitivamente a consequência jurídica pretendida com aquele negócio. E caso de ineficácia em sentido amplo e o direito de atacar a nulidade surge desde logo, porque o vício está já no momento da celebração do contrato, pode ser exercitado a qualquer tempo e por qualquer um, o seu decreto independe de ação e até de alegação da parte, porquanto pode ser a nulidade decretada de ofício. A anulabilidade se distingue porque, embora também contenha um vício de origem, é ato eficaz até o juiz decretar a sua invalidade. Para todos os efeitos, inclusive para a demanda indenizatória, os atos são "reputados"

válidos, na precisão terminológica de Teixeira de Freitas, até a sentença de anulação.

Diferente da nulidade e da anulabilidade estaria a rescindibilidade de atos e negócios jurídicos, que também é um defeito presente no nascimento do negócio e permite a sua extinção. A lesão, que se caracteriza pela desproporção entre o valor e o preço, é um defeito que pode levar à rescisão do contrato.

Quando se alega que o preço pago é irrisório, a hipótese é de lesão enorme, ou até 'lesão enormíssima', segundo o nosso direito antigo, quando a distância entre o que vale o patrimônio transferido e a contraprestação é superior a 50%.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica da lesão, se caso de nulidade, de anulação ou de rescisão do contrato. Hoje, segundo o Código Civil, a lesão enseja a anulação do negócio.

No caso em apreço, a versão oferecida na petição inicial é a de que teria havido um defeito no momento da celebração do negócio em razão da desproporção entre o preço pago e o valor dos bens e serviços do Banco "Y" transferidos ao "X". Por isso, pleiteiam uma indenização.

Aceitando-se que o desequilíbrio entre prestação e contraprestação constitua caso de lesão, e que a lesão é hipótese de anulabilidade, admite-se como corolário que a parte prejudicada, - que pode ser tanto o vendedor quanto o comprador (embora a lesão tenha surgido no direito romano para proteger o vendedor do imóvel), - peça o desfazimento do negócio, com a decretação da ineficácia do contrato de compra e venda. Isso significaria, no caso, o restabelecimento da situação anterior à transferência da atividade operacional bancária do "Y" ao "X", retornando ao *statu quo ante*. Nas circunstâncias atuais, tal solução é

absolutamente inexecutável em razão da própria natureza do negócio e dos desdobramentos subsequentes, desde o decreto de regime de administração especial temporária e, muito mais agudamente, depois da liquidação do "Y".

Essa impossibilidade está admitida pelos autores, que não pediram a anulação do ato inválido, apenas a indenização pela sua prática.

Ora, se o dano decorre do vício presente no negócio, a indenização há de ser decorrência do reconhecimento judicial do ilícito contratual. Sendo o ato anulável, ele mantém sua eficácia até a anulação, e, sem esta, não há como deferir indenização por ato que, até agora, é reputado como válido e é eficaz. Falta um pressuposto para a responsabilidade civil dos réus, exatamente o primeiro deles, que é o ato ilícito, porquanto somente em casos especiais - que não ocorrem aqui - seria possível deferir indenização por ato lícito.

Admitida a eficácia da avença e mantido o contrato, os autores não poderiam estar a pleitear uma indenização, mas apenas um sobrepreço, isto é, a recomposição das condições do negócio. Está hoje pacificado nos tribunais que os contratantes podem discutir em juízo eventual abuso de cláusula contratual e pedir a sua invalidade, ou a sua modificação (ou revisão). Na espécie, apenas se cuida da modificação, pois a anulação não foi requerida. Mas esse direito à alteração é concedido às partes e não a terceiros com simples interesse econômico a defender. No nosso caso, a interferência requerida ao juiz não se dá a pedido dos vendedores nem dos compradores, mas de terceiros, que eram sócios da pessoa jurídica cujas atividades foram objeto do negócio. Ora, não está no nosso sistema a possibilidade de terceiros (ainda que economicamente prejudicados, mas sem titularidade jurídica) ingressarem na economia do contrato para obterem a sua revisão judicial. É preciso realçar a

bilateralidade do contrato, característica que limita a ação de terceiros que não foram partes; tanto assim que, em princípio, para a anulação, apenas se permite a ação dos contratantes, conforme o ensino de Betti: "A iniciativa para pedir a anulação representa o exercício de um poder para o que, no negócio jurídico bilateral, só está legitimado quem é parte do negócio e interessado nele..." (*Teoria General Del Negocio Jurídico*, p. 354).

Tratando-se - como se trata - de simples recomposição judicial, retorna-se ao tema da ilegitimidade ativa: os sócios não podem promover em juízo ação para modificar o negócio celebrado pela administração da sociedade. Podem ser vistos como interessados mediatos na alteração do negócio, mas não são os "interessados" a que a lei se refere quando trata de enumerar os legitimados à ação, pois esse acertamento das cláusulas do negócio não está previsto para benefício direto deles, mas da companhia.

4. O vício de vontade

Poderia ser dito que a ação está fundada na anulabilidade do contrato por vício de vontade, uma vez que a narrativa feita na inicial permite nela vislumbrar a assertiva da prática de dolo na celebração dos atos incriminados, realizados mediante conluio havido entre o administrador e o "X". Seria uma das hipóteses de responsabilidade civil do administrador prevista no art. 158. II, da Lei das S.A. (Lei 6.404/76), resultante de ato praticado com dolo.

Mas essa alternativa não vem a calhar por duas razões: (i) em primeiro, porque a demanda não está aforada contra o administrador a que se refere o dito dispositivo legal, e sim contra a autoridade administrativa que decretou o RAET e contra a companhia que assumiu a atividade bancária desenvolvida pelo "Y"; (ii) em segundo, na formulação final do

pedido, é feita referência apenas à desproporção entre o "preço pago" e o "preço justo", o que limita o debate ao tema da lesão.

5. A ação societária

Os arts. 158 e 159 da Lei das S.A., tratam da ação de responsabilidade que compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ser intentada para a reparação dos prejuízos causados ao seu patrimônio por ato do administrador que age com dolo ou culpa, contra a lei ou contrato (ação social *ut universi*). Essa mesma ação poderá ser proposta pelo acionista, se a companhia omitir-se nos três meses seguintes (ação social *ut singuli*, art. 159, § 3.º). Tais dispositivos regulam a ação de indenização que cabe à companhia pelos danos por ela sofridos em virtude de ato do administrador que age com dolo ou culpa, com violação à lei ou ao estatuto.

Diferente dessa é a ação que toca ao acionista ou terceiro *"diretamente prejudicado por ato de administrador"*, conforme a expressa ressalva constante do art. 159, § 7.º (ação *ut socii*). Esse "prejuízo direto" é aquele que atinge unicamente o patrimônio jurídico do sócio, ou de terceiro juridicamente interessado, e que por isso gera a pretensão apresentável por eles - e só por eles - na ação indenizatória, porquanto é deles o direito que foi atingido. *"Trata-se de ação individual, na qual não estão em jogo os interesses da companhia, mas sim os interesses do lesado pelo ato do administrador faltoso."* (Nelson Eizirik, Questões de direito societário e mercado de capitais, p. 111). Modesto Carvalhosa enumera as hipóteses de sua ocorrência: *"A admissibilidade da ação individual ocorre toda vez que o administrador, por abuso ou desvio de poder, ou por descumprimento da lei ou do estatuto negue ou protele o exercício de direitos pelo acionista; ou, tão, cause-lhe prejuízos materiais, em termos de depreciação do valor de suas ações ou dos dividendos*

respectivos ou da fraudulenta indução à sua negociação. Será cabível, ainda, a ação individual, no caso de ato ilícito nas relações contratuais diretas entre o administrador e o acionista, ligadas ao exercício de funções deste no seio da companhia, como o já citado exemplo das procurações outorgadas, na forma e para os efeitos do art. 126" (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 3/339).

Na espécie, os autores alegaram a existência de administração predatória pelo administrador designado para executar o regime de administração especial temporária, que teria causado "prejuízo direto" ao Banco "Y" e suas empresas coligadas, e assim, indiretamente, atingido o interesse econômico dos sócios.

Logo, a ação proposta não é a prevista no art. 159, § 7.º, da Lei 6.404, de 15.12.1976, porque nela não se pretende a reparação de dano direto de acionista. Não sendo a desse dispositivo, também não é a dos §§ 3º e 4º do mesmo artigo porque ausentes as circunstâncias ali referidas. Isto é, a ação não encontra respaldo na lei societária.

6. O fundamento do pedido

O pedido inicial está baseado *"nos termos do art. 403 do Código Civil que, tal como o diploma anterior (art. 1.060), assenta os princípios para a indenização, nos casos de responsabilidade contratual e também aquiliana"*

Os dois dispositivos que serviram de fundamento ao pedido cuidaram de regular o inadimplemento das obrigações, tal como se infere do título em que se encontram (Título IV - Do inadimplemento das obrigações) e do conteúdo dos preceitos, iguais nos dois diplomas, com a única diferença de que no vigente é incluída referência à lei processual:

"Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

Esse dispositivo legal é inaplicável ao caso.

No processo instaurado, cuida-se de verificar o defeito existente no contrato de compra e venda, de assunção de direitos e obrigações e de prestação de serviços e outras avenças e sua re-ratificação. Defeito presente no momento da celebração, vício que teria maculado a vontade dos contratantes (dolo) ou atingido a equivalência entre as prestações (lesão). Sempre uma falha genética, nascida na fonte da negociação. Tanto assim que nenhum fato foi arrolado para demonstrar a inexecução de alguma das cláusulas acordadas, mesmo porque o contratado foi integralmente cumprido pelas partes.

A nossa hipótese é de dano contratual e pressupõe a existência das duas avenças que estão na base da pretensão deduzida pelos autores: imediatamente, o negócio celebrado em ... entre o "X" e o "Y"; mediamente, o contrato plurilateral de sociedade do Banco "Y", pois os autores agem na condição de sócios do banco em regime de administração especial temporária. Mas não se cuida aqui de dano pela inexecução do contrato de 1995.

Logo, o dispositivo legal invocado na petição inicial - sobre o efeito do inadimplemento - não serve para amparo do pedido de indenização pelo dano patrimonial, e outro não foi referido.

7. A prescrição e a decadência

É possível afirmar que hoje há, na nossa doutrina, certa harmonia quanto à distinção entre prescrição e decadência e para isso colaborou de modo decisivo o novo Código Civil.

A pretensão que acompanha o direito de crédito permite ao credor exigir do devedor a prestação devida, o que pode acontecer em juízo mediante a propositura de ação de cobrança. O tempo atua sobre essa situação e atinge a pretensão encobrindo-a, na linguagem de Pontes de Miranda, e a esse fenômeno a lei denomina prescrição: *"Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206"* (art. 189 do CC/2002).

Os direitos sem pretensão, isto é, os direitos formativos ou potestativos, em que o titular não tem pretensão a uma prestação do outro, estes são exercidos de tal modo que a outra parte simplesmente deve a eles se submeter ou aceitar, pois dela não se exige uma prestação.

O direito ao desfazimento do ato jurídico, com nulificação ou anulação, rescisão, resolução ou modificação do contrato, é direito formativo ou potestativo a ser exercitado por ação constitutiva negativa, destinada à desconstituição, por nulidade ou anulação, ou à modificação do contrato impugnado. Esse direito, porque desacompanhado de pretensão, não sofre a prescrição (que atinge a pretensão), mas é atacado pelo fenômeno da decadência.

Na hipótese, o contrato que padeceria dos vícios apontados foi celebrado em e depois re/ratificado em ... do mesmo ano.

A partir dali, começou a correr o prazo de decadência previsto para a anulação do ato, que seria, nos termos da lei civil em vigor àquele tempo, o do art. 178, § 9.º, V, b do CC/16: prescreve em quatro anos a

ação para anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo, contado este do dia em que se realizar o ato ou o contrato, no caso de erro, dolo, simulação ou fraude. Ou, com melhor redação, segundo consta no Código Civil em vigor: *"Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: ... II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico."*

Celebrado o contrato em ... 1995, o prazo decadencial fluiu por inteiro em ... 1999. Proposta a ação em ... 2003, com juntada aos autos do mandado de citação em ... daquele ano, já há muito vencido o prazo decadencial. No final do ano de 2000, foi realizada interpelação judicial, mas tal ato não tem efeito sobre a contagem do período de extinção do direito, que não se interrompe. De qualquer forma, teria vindo já a destempo, isto é, depois de vencidos os quatro anos.

Lembro - apenas para argumentar, porquanto não se trata desta ação - que a ação de indenização de danos resultantes de conduta culposa ou dolosa dos administradores teria sua pretensão prescrita no prazo de três anos, contado para os acionistas e administradores da data da publicação da ata da assembléia que aprovou o balanço referente ao exercício em que a violação ocorrera, e, para o liquidante, da data da publicação da ata da primeira assembléia geral posterior à avaliação (art. 287, II, *b*, itens 2 e 3, da Lei 6.404/76). Segundo informação constante dos autos, a ata que aprovou o balanço referente ao exercício no qual teria sido praticado o ato ilícito foi publicada em junho de 1997. O período de três anos, previsto no art. 287, II, da Lei 6.404/76, já estaria vencido em junho de 2000, antes da providência interruptiva adotada no final daquele ano e muito antes do ajuizamento da ação de indenização, em 2003.

Assim, estava extinto o direito ao decreto de anulação do ato celebrado em 1995, cujo prazo decadencial de quatro anos fluiu desde então e por inteiro, muito antes da iniciativa judicial dos autores; de sua vez, a iniciativa de buscar em juízo a indenização pelo dano que teria sido provocado por ato do administrador que celebrou o contrato objeto da insatisfação dos autores aconteceu depois da fluência integral do prazo de três anos fixado no art. 287 da Lei das Sociedades Anônimas, contado do termo inicial lá estabelecido.

Em resumo, o direito à anulação ou à modificação do contrato, que poderia ter sido objeto de pedido, já perecera antes de qualquer iniciativa. Já a pretensão indenizatória efetivamente deduzida em juízo não foi dirigida contra o administrador, cuja responsabilidade civil está regulada na Lei das S.A., e foi ajuizada depois dos três anos lá previstos.

8. O regime de administração especial temporária

A MedProv 1.179, de 03.11.1995, depois transformada na Lei 9.710, de 19.11.1998, regulou o *"programa de estímulo à reestruturação e ao fortalecimento do sistema financeiro nacional (PROER), instituído pelo Conselho Monetário Nacional com vistas a assegurar liquidez e solvência ao referido sistema a resguardar os interesses de depositantes e investidores"*.

Logo depois sobreveio a MedProv 1.182, de 17.11.1995, que, além de permitir, no seu art. 4.º, a capitalização da instituição financeira em dificuldade, estabeleceu:

"Art. 4º. No resguardo da economia pública e dos interesses dos depositantes e investidores, o interventor, o liquidante ou o conselho diretor da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, quando prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, poderá: I -

transferir para outra ou outras sociedades, isoladamente ou em conjunto, bens, serviços, direitos e obrigações da empresa ou de seus estabelecimentos; II - alienar ou ceder bens e direitos a terceiros e acordar a assunção de obrigações por outra sociedade..."

Essa medida provisória foi depois transformada na Lei 9.447, de 14.03.1997, cujo art. 6.º repetiu o art. 4.º da MP 1.182/95.

No dia ..., o Presidente do Banco Central expediu o Ato Presidencial nº ..., pelo qual decretou o regime de administração especial temporária no Banco "Y", procedimento regulado na Lei 6.024, de 13.03.1974, e no Dec.-lei 2.321, de 25.02.1987, e nomeou os integrantes do conselho diretor, com plenos poderes de gestão.

No mesmo dia ..., e ainda autorizado pelo Banco Central, o presidente do conselho diretor do Banco "Y" - nomeado pelo ato que instituíra o RAET - celebrou contrato de compra e venda, de assunção de direitos e obrigações e de prestação de serviços e outras avenças com o "X" S.A. e "X" Holdings S.A. Por essa avença, o "X" assumiu a atividade operacional bancária do Banco "Y", dele adquiriu bens do ativo permanente, e acordou a transferência de ativos e passivos do "Y" para o "X".

Segundo a inicial, valioso patrimônio do "Y" foi praticamente doado ao "X", uma vez que a contraprestação prevista foi irrisória diante do valor efetivo dos bens e serviços apropriados.

Porém, a crise em que se debatia o Banco "Y", motivo do decreto de administração especial, era extremamente grave. Constou dos considerandos do Ato Presidencial ...: "tendo em vista crise de liquidez enfrentada pela instituição, capaz de expor a risco seus credores." Os jornais da época reproduziam notícias sobre a situação do "Y", e a sentença

criminal lançada em processo penal instaurado contra seus administradores não destoa ao pintar o quadro:

"A fraude operada contra o sistema financeiro na presente hipótese, com a qual contribuíram os acusados ora declarados condenados, representou um incalculável prejuízo ao Tesouro Nacional. Segundo as conclusões do laudo contábil, as rendas falsamente geradas pelas contas de Natureza "000" no período da fraude, ou seja, de junho de 1988 a junho de 1995, foram de US\$... (... dólares americanos)..."

Teria havido administração desastrosa, fundada em dados falsos, fraudes societárias e fiscais que permitiram o enriquecimento dos controladores em muitos milhões de dólares, levando a empresa a uma situação insustentável:

"E não foi somente ele (o administrador) o beneficiário direto, as outras empresas do conglomerado de que era também um dos titulares: a "Y" Cia. de Seguros e a "Y" Administração e Participações auferiram lucros, respectivamente de ... dólares e ... dólares. Além dessas duas empresas, a "B", holding principal do grupo, teve rendimento decorrente dessa operação em cerca de ... dólares. Os valores aquinhoados naturalmente passaram a fazer parte do acervo patrimonial da família "C" ..."

Segundo afirmação feita nos autos pelo Banco Central, a comissão de inquérito nomeada para apurar as causas que levaram o "Y" ao regime de administração especial elaborou o relatório em ... e verificou *"a existência de prejuízos, nos cinco anos que antecederam a data da decretação do RAET, no montante aproximado de R\$.... e passivo a descoberto, na data da decretação do regime, ou seja, em ..., da ordem de R\$"*

E, mais adiante, contestando o pedido, a autoridade financeira informou:

"Os autores são acionistas, diretos ou indiretos do Banco "Y", e exerceram, até a decretação do RAET em ..., o efetivo controle da instituição. Durante essa gestão foi praticada uma das mais escandalosas e lucrativas fraudes contábeis já conhecidas no país, caracterizada na manipulação de 652 contas sob o código "000" do sistema de contas correntes.

Tal manobra fraudulenta que ficou conhecida como "Natureza '000'", consistia, grosso modo, nas seguintes operações:

(i) criação de créditos fictícios com a manutenção na conta "Empréstimos", mediante a prorrogação unilateral do vencimento inicial de operações de crédito, de valores ajuizados por inadimplência dos devedores, quando tais valores já deveriam ter sido transferidos para a conta "Créditos em Liquidação";

(ii) reconhecimento de receitas pela apropriação de juros sobre tais operações, cujo montante no período de 1991 a 1995 totalizou R\$..., mediante utilização de taxas diferentes das inicialmente contratadas.

"Esse artifício contábil proporcionou a apuração de lucros fictícios sem qualquer possibilidade de realização financeira, garantindo a distribuição de dividendos e possibilitando a captação de recursos por meio de novas subscrições de ações, a aplicação dos instrumentos de captação, a melhoria da imagem do Banco perante o mercado, e a sobrevivência da instituição até a decretação do RAET"

O parecer elaborado pela Consultora "D", depois de referir as conclusões do trabalho da comissão de inquérito nomeada pelo Bacen, discorreu sobre a avaliação do patrimônio do "Y":

"O valor real dos ativos intangíveis do Banco "Y", além de ser inerentemente desconhecido pela 'aparência de robustez', mostrou-se extremamente volátil ao se tornarem conhecidas as peculiaridades danosas da administração temerária" (n. 4, do parecer).

"(...) Diferentemente do que ocorre em outros segmentos econômicos, o maior patrimônio do sistema financeiro, seu maior ativo intangível é a credibilidade. Porém, essa característica do sistema bancário (no caso Banco "Y"), teve seu valor desmoronado por sua própria fragilidade. A instituição que parecia sólida, na verdade não o era. O grau de volatilidade de seus ativos foram potencializados de forma abrupta pelas práticas administrativo-contábeis de seus gestores. Não é de se admitir que, conhecido o estado de insolvência do Banco "Y", seus ativos intangíveis poderiam ser considerados como ostentando o valor que teriam em situação de funcionamento regular." (n. 4, in fine)

Havia, portanto, uma grave crise econômico-financeira abatendo-se sobre o Banco "Y" a exigir providência imediata da autoridade central, que tratou inclusive de publicar Medidas Provisórias elaboradas para dotar o Banco Central de meios legais eficazes e recursos financeiros suficientes para enfrentar a situação provocada no mercado com a intervenção no Banco "Z" e, logo depois, com a divulgação do estado em que se encontrava o Banco "Y", crise que ameaçava alastrar-se. O PROER serviu para fornecer os recursos necessários e considerados indispensáveis pela Comissão Parlamentar de Inquérito instalada no Congresso Nacional:

"Os empréstimos efetivados ao "Y"/RAET, no âmbito do PROER, tiveram por escopo viabilizar a transferência da atividade bancária para o "X", de forma a resguardar o interesse de depositantes, poupadores e investidores, assegurando, principalmente, a tranqüilidade do mercado. A forma de atuação do Bacen está amparada na legislação e justifica-se pelas peculiaridades do sistema financeiro, as quais impõem aos agentes públicos envolvidos o cuidado de evitar a disseminação de crises, que trariam prejuízos à ordem econômica como um todo" (Diário da Câmara dos Deputados de 30.05.2002).

Idêntica a conclusão da Consultora "D":

"Havia no "Y" grave crise de liquidez, irremediável efeito pernicioso para a continuidade normal de suas atividades. Para efeitos gerenciais, o que se considera é a realidade, ou seja, o que efetivamente serve de meios de pagamento e o que realmente representa necessidades de pagamentos. Sem o suporte de recursos externos, o "Y" não conseguiria manter-se mais tempo. Nesse cenário, tornou-se imperiosa (e única possível) a participação do Bacen, via PROER, para se evitar colapso maior" (Parecer "D", n. 8.1).

Essas informações e análises sobre os fatos então ocorridos permitem deduzir que a decretação do regime de administração especial temporária do Banco "Y" era de imperiosa necessidade, tanto que solicitada pelos seus administradores, e o uso dos recursos do PROER, em altíssimos valores, serviu para garantir o funcionamento do banco posto sob regime especial e, com isso, manter a sanidade do sistema financeiro como um todo, ameaçado pelo alastramento da crise bancária e de um abalo sistêmico.

Um segundo passo foi a transferência das operações bancárias do "Y" ao "X", negócio instrumentalizado pelos contratos agora postos sob exame. As importâncias despendidas corresponderiam ao seu justo valor. Questionada sobre o ágio pago pelo "X", a Consultora respondeu que ele foi razoável, e explicou:

"O preço total pago pelo "X" foi de R\$..., sendo R\$... pelas participações societárias detidas pelo "Y" nas companhias controladas, do país e do exterior, e agências no exterior. Esse valor foi pago em ações do "X" e da "X" Holding, sendo que estas ações foram posteriormente vendidas por aproximadamente R\$..., tendo gerado, portanto, lucro para a massa de quase R\$ Cabe ressaltar ainda, que durante o período compreendido entre ... e ... o Banco "Y" recebeu do "X" e da "X" Holdings dividendos no valor total de R\$.... Foi ainda pago um ágio de R\$... - a título de ágio pelo intangível..." (Parecer, n. 9)

A utilização do valor contábil para a definição das quantias a serem pagas ficou igualmente justificada:

"Como a situação do "Y" demandava solução emergencial para salvá-lo da ruína, utilizou-se da verificação contábil para a sua avaliação (...) Nesse contexto é importante ressaltar que um fundamento da operação não era a análise financeira de curto prazo do "Y", mas a avaliação correta e justa, importando em correspondente pagamento de seus ativos contabilmente demonstrados." (Parecer, n. 8.1)

O Banco Central também reafirmou a oportunidade, a conveniência e a justiça do negócio celebrado, insistindo na adequação dos valores pagos:

"O balancete, demonstração contábil de periodicidade mensal, deve refletir a posição atualizada do patrimônio da instituição financeira. Os

valores transferidos refletiam a posição contábil apurada em ... (...) Se a operação devesse ocorrer como agora pretendem os autores, ela simplesmente não teria ocorrido por absoluta impossibilidade, em razão do tempo e dos custos envolvidos. A alternativa, diante da gravidade da situação econômico-financeira do Banco "Y", até para evitar a corrida dos credores à Instituição, precipitando-lhe a queda, seria a liquidação extrajudicial desde o primeiro momento, com enormes prejuízos para credores e desproporcional risco para o sistema financeiro nacional" (fl. 2159/2160).

De todo o exposto, sobressai a conveniência do RAET e do PROER, medidas extremas para amenizar a situação a que o Banco "Y" foi levado pelos seus administradores - que usaram das práticas descritas nos documentos dos autos - e assim garantir em parte o direito dos depositantes e investidores, impedir o alastramento da crise e manter a operacionalidade dos serviços bancários até ali desempenhados pelo "Y". Na época, a administração pública optou pela continuidade de atividade bancária e permitiu a celebração dos contratos mencionados na inicial, com o pagamento de contraprestação considerada adequada às circunstâncias. Depois de roçar o fundo de crise, que não teriam condições de superar por suas próprias forças, não procede a reclamação dos antigos controladores contra os valores considerados para a negociação, que garantiram a retribuição pelos valores apurados segundo critérios que os especialistas aceitam.

O enriquecimento da massa com os fabulosos valores mencionados pelos autores vai terminar beneficiando aos antigos administradores e controladores, como se estes merecessem prêmio em razão da gestão que exerceram, causa de todas as peripécias pelas quais passou o Banco "Y" e do elevado prejuízo daí derivado. Tais sejam os

critérios de cálculos e de reajustes, não é de descartar esse verdadeiro paradoxo.

9. A boa-fé

A boa-fé objetiva é princípio ético que preside o sistema jurídico e impõe a todos os que participam da relação, seja de direito privado ou público, o dever de lealdade a fim de assegurar ao outro a plena realização dos interesses legítimos que justificaram a prática do ato ou a celebração do negócio.

A boa-fé é hoje uma cláusula geral inserida no ordenamento privado através do Código Civil de 2002, que tem mais de um dispositivo consagrando a boa-fé ora como parâmetro a orientar os contratantes na formação e na execução do contrato (art. 422), ora como critério geral para aferição do exercício regular dos direitos assegurados pelo sistema (art. 187).

Porém, já antes da vigência da nova codificação, a boa-fé era aceita e acolhida como princípio a inspirar o intérprete e o aplicador da lei, com três funções principais: (i) criar deveres que não estavam previstos no contrato ou na lei, mas que se impunham por exigência ética de lealdade, como o de indenizar os danos resultantes da culpa *in contrahendo*, de informar convenientemente a contraparte, etc; (ii) propor restrições ao exercício dos direitos assegurados pela lei ou pelo contrato, mas que seria incompatível com as circunstâncias do negócio; (iii) oferecer parâmetro para a interpretação do contrato.

No nosso caso, os administradores do Banco "Y", depois de praticarem a administração que os autos revelam, passível de tanta crítica e merecedores de sanção penal já aplicada em termos severos, adotaram, em certo momento, um programa que poderia levá-los a sair da situação

em que se encontravam: de um lado, entabularam negociações com empresas que poderiam assumir o negócio bancário e o securitário, de outro, solicitaram ao Bacen a decretação do regime de administração especial temporária.

Por isso, o Banco "Y" entrou em tratativas com o "X" para viabilizar o negócio de transferência de suas atividades operacionais, conforme constou da missiva encaminhada ao Banco Central:

"Como é do conhecimento do Banco Central, há algum tempo vimos estudando com o "X" a unificação das atividades financeiras dos dois bancos, e apesar dos progressos alcançados na definição dos princípios da operação são ainda necessários levantamentos e detalhamentos para sua implementação. Nada obstante, nas duas últimas semanas a divulgação de notícias sobre esses assuntos, bem como de boatos a ele relativos, deram origem a uma crise de iliquidez no nosso Banco..." (ofício de ...).

Na mesma data de ... foi decretado o regime especial de administração e assinado o contrato de compra e venda, assunção de direitos e obrigações, prestação de serviços e outras avenças entre o Banco "Y" e o "X", o que foi feito com a aprovação da autoridade financeira e viabilizou a superação da grave crise.

Passados os tempos, mais de sete anos depois de efetivado o negócio que iniciara com as tratativas promovidas pelo "Y" - embora o contrato tenha sido celebrado com o gestor que exercia a administração especial - os sócios controladores da companhia vêm alegar a absoluta insuficiência do preço pago para o "X" para assumir o negócio.

Ora, foram os ex-administradores do Banco e seus controladores que levaram o "Y" à situação de crise de liquidez para a qual não tinham condições próprias de superação; foram eles que procuraram o



"X" como uma alternativa para a saída negociada das dificuldades vividas; também deles a iniciativa de solicitar ao Bacen o regime de administração especial, que viria acompanhada de recursos suplementares do Proer; ainda deles a inércia durante longos anos, muito além dos períodos de prescrição e decadência de três e quatro anos previstos na lei para situações como a dos autos. Esse comportamento, visto na sua totalidade, permite concluir que não cabia aos ex-diretores e ex-controladores do "Y" voltarem sobre todo o caminho percorrido desde 1995 e pretender, agora, indenização pelo negócio que - ao tempo - foi a tábua de salvação da instituição financeira, dos depositantes e investidores (principalmente dos pequenos, porque os grandes já haviam saído).

O princípio da boa-fé impõe aos contratantes o dever anexo de permitirem a plena efetivação do negócio celebrado, isto é, devem agir a favor e não contra a avença e sua execução. De outra banda, a boa-fé não permite ao contratante que criou justas expectativas a respeito de certo negócio (tratativas com o Bacen) e praticou atos tendentes à sua realização (requerimento de RAET), - contra o qual nada suscitou durante o tempo válido previsto na lei para qualquer reclamação, nos termos da lei societária ou da lei comum, - o princípio não lhe permite, repito, retornar sobre os próprios passos e argumentar agora com a sua inconformidade em relação aos termos com que acertada a negociação, - que eram os previsíveis e contaram com a aprovação governamental, - esquecendo-se das circunstâncias próprias em que ocorreu, sua urgência, gravidade e perigo para a economia como um todo.

10. Dano moral

As vicissitudes sofridas pelos autores depois da divulgação dos fatos que levaram à insolvência do "Y", tradicional estabelecimento bancário e um dos maiores do País, são decorrência do comportamento dos

administradores e controladores do Banco. A repercussão pública advinda do estado de insolvência e, depois, da liquidação do grande banco, pelas causas conhecidas, muitas definidas na lei penal, não podem ser atribuídas ao "X", que concordou em assumir a atividade bancária, nem ao Bacen, que tratou de administrar a crise nos termos da legislação então editada.

A responsabilidade civil pelo dano extrapatrimonial tem como pressupostos, além de outros, a relação de causalidade entre o ato atribuído ao réu e o resultado e, ainda, que esse dano seja injusto, isto é, contra o direito, prejuízo a que o lesado não estava obrigado a sofrer. Na espécie, a causa do dano está no comportamento dos ex-administradores e ex-controladores do Banco "Y" pelas condutas que estão descritas nas sentenças criminais. A causa não está no contrato impugnado nesta ação. Além disso, o administrador de instituição financeira que pratica atos irregulares e ilegais tem o dever de suportar as conseqüências que daí decorrem, quanto ao constrangimento moral, perda de reputação social, crítica dos meios de comunicação, uma vez que foi ele mesmo o causador do dano, que deveria ter evitado com comportamento compatível, tanto mais esperado e exigível quanto mais alto o nível empresarial e pessoal dos envolvidos.

11. Conclusão

Pelas razões expostas, assim posso concluir:

1. Há um contrato eficaz cuja existência somente poderia dar causa à indenização por perdas e danos depois de anulado ou modificado pelos que dele participaram. Os autores não requereram a anulação do negócio - o que seria impraticável - nem a modificação de suas cláusulas, para o que não teriam legitimidade ativa.

1. Os autores estão promovendo uma ação de indenização pelos danos que teriam sofrido com a celebração de um negócio em que foi pago preço irrisório. Porém, eles não têm legitimidade para promover ação de modificação de contrato do qual não foram partes.

2. A ação proposta não está fundada na Lei das Sociedades Anônimas, nem preenche os requisitos das ali previstos.

3. Os dispositivos legais indicados no pedido (art. 403 do CC/2002; art. 1.060 do CC/16, vigente ao tempo) não se aplicam ao caso, que não versa sobre inexecução de contrato.

4. Quando do ajuizamento do pedido, já ocorrera a decadência do direito formativo de requerer a anulação do contrato, e a prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária.

5. A situação do Banco "Y" justificava o decreto do regime de administração especial temporária, o uso dos recursos do Proer e a negociação celebrada com o "X" para a assunção das atividades do "Y".

6. O desembolso feito pelo "X" atendeu ao critério da razoabilidade, conforme parecer de abalizada empresa de consultoria.

7. Não há responsabilidade dos réus pelo dano moral que teriam sofrido os autores, uma vez que não foram os demandados os causadores dos constrangimentos impostos aos ex-administradores e controladores do "Y", passíveis das conseqüências de seus atos.

É o meu parecer.

Porto Alegre,

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

ISSN 1518-2703

REVISTA
DE
DIREITO BANCÁRIO
E DO
MERCADO DE CAPITAIS

27

Ano 8 • janeiro-março de 2005

Coordenação: Arnaldo Wald

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Indenização por perdas e danos. Decadência do direito de anulação do contrato. Prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária. Atendimento do critério da razoabilidade no cumprimento do contrato. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 8, n. 27, p. 184-200, jan./mar. 2005. Parecer.