



**A CRIMINALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS E A LEI N.º 7.492/1986:
DE UMA SOCIEDADE DE RISCO SURGE UM DIREITO PENAL DE INCERTEZAS**

*Yuri Coelho Dias¹
Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis²
Leandro Barbosa da Cunha³*

RESUMO: O presente texto parte do cenário jurídico de inseguranças criado pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de modo a analisar a atecnia de algumas expressões que nela estão presentes e como contribuem para vilipendiar os preceitos penais e constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, a responsabilização penal costuma vir acompanhada de processos correlatos a diversos outros âmbitos, tais quais o cível e o administrativo, de modo a colocar ainda mais em risco o patrimônio pessoal dos diretores de bancos e de outras instituições financeiras que, embora possam se utilizar de diversos mecanismos atenuadores de riscos – dentre os quais se destaca o seguro *D&O* –, não estão totalmente protegidos contra o uso arbitrário dos aparelhos repressivos do Estado.

Palavras-chave: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; responsabilização penal; instituições financeiras; seguro *D&O*.

***THE CRIMINALIZATION OF FINANCIAL ACTIVITIES AND LAW N.º
7.492/1986: FROM A RISK SOCIETY ARISES A CRIMINAL LAW OF
UNCERTAINTIES***

ABSTRACT: *This text starts from the legal scenario of insecurities created by the Law on Crimes against the National Financial System, in order to analyze the technicality of some expressions that are present in it and how they contribute to vilify the penal and constitutional precepts of the Brazilian legal system. Nevertheless, criminal liability is usually accompanied by processes related to several other areas, such as civil and administrative, in order to put even more at risk the personal assets of bank directors and other financial institutions that,*

1 Advogado. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento no IDP., yuri.dias@cavalcantereis.adv.br.

2 Advogado. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento no IDP., iuri@cavalcantereis.adv.br

3 Estagiário. Graduando em Direito pelo UniCEUB., leandro@cavalcantereis.adv.br;



although they can use various risk mitigation mechanisms - among which D&O insurance stands out - are not fully protected against the arbitrary use of state repressive devices.

Key-words: *Law on Crimes against the National Financial System; criminal liability; Financial Institution; D&O insurance*

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 7.492/1986 prevê os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e traz uma série de delitos ligados à atuação dos particulares no mercado financeiro. Conquanto uma parcela de tais delitos não demande qualidade especial do infrator, não é incomum que o administrador ou diretor da instituição financeira figure como sujeito ativo. Não obstante, desde a sua tramitação enquanto projeto, tal diploma apresenta diversas imprecisões que muito prejudicam a dinâmica do Direito Penal, resultando em insegurança jurídica para o administrador e para o próprio Mercado Financeiro como um todo.

Ademais, como a estrutura do ilícito é ontologicamente singular (HOFFBAUER, 1945, p. 24), a prática de um suposto crime contra o sistema financeiro nacional poderá engendrar a responsabilização do administrador em outras searas, produzindo graves consequências que repercutirão tanto no que concerne à liberdade quanto ao seu acervo patrimonial, uma vez que não é raro que o processo penal figure como fator gerador de improbidades administrativas, instauração de processos administrativos disciplinares, dentre outros similares.

A fim de diminuir tais riscos e estimular a adoção de uma Gestão Corporativa no âmbito da instituição financeira, diversos instrumentos legais podem ser utilizados para oferecer maior segurança ao administrador, como a carta de conforto e os mecanismos de *compliance*, além do denominado seguro *D&O* (*Directors and Officers Liability Insurance*), que se mostra promissor para garantir maior segurança no que tange à tomada de decisões pelos diretores e gestores de bancos e afins.

Contudo, apesar das boas perspectivas futuras que acompanham tal modalidade contratual, há de se observar que diversas seguradoras procedem de maneira totalmente temerária no que se refere à análise dos sinistros, porquanto, posto que presentes os requisitos para cobertura nos exatos termos da apólice, inúmeras recusas arbitrárias são hodiernamente



realizadas, fazendo com que o segurado busque amparo no Poder Judiciário para obter o ressarcimento das quantias gastas com advogados ou despesas processuais.

Por isso, é de suma importância que tanto o Poder Judiciário quanto as demais instituições que o circundam compreendam que o respeito aos princípios penais e constitucionais não importam em leniência no que concerne aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, mas em uma garantia necessária para que os diretores das instituições financeiras possam desempenhar suas atividades com o mínimo de excelência que lhes é esperado. No mesmo sentido, devem as seguradoras utilizar a boa-fé e a razoabilidade durante a análise da rejeição de eventual cobertura.

1 – DOS CRIMES DE RUA AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O Sistema Financeiro Nacional desenvolve os nevrálgicos serviços de captar e intermediar recursos oriundos de agentes superavitários, que optaram por poupar ou investir seus excedentes, a sujeitos deficitários que deles necessitam para empreender seus projetos pessoais ou empresariais. Tais atividades, por serem imprescindíveis para o funcionamento regular da sociedade e de suas instituições, acabaram por atrair a tutela fragmentária do Estado por intermédio do Direito Penal.

Trata-se de tendência que surgiu devido à enorme e complexa estrutura social que se consolidou a partir do século XX, porquanto condutas individualmente consideradas poderiam, quando inseridas em determinados papéis sociais, irradiar consequências nocivas sobre toda a coletividade, uma vez que o fenômeno da globalização acabou por comprimir as fronteiras do espaço-tempo. Assim, com a intensificação das relações interpessoais, a probabilidade de se imiscuir sobre a esfera jurídica alheia evoluiu a ponto de se conceber o corpo social moderno como uma sociedade de risco (BECK, 2010, p. 25-26).

Tal fenômeno se justifica, em contrapartida, pelo variado plexo de direitos e garantias fundamentais que foi positivado pelo Estado contemporâneo, e que inclusive permitiu qualificá-lo como que erigido numa era dos direitos (BOBBIO, 2004, p. 58-59), impulsionada pelas diversas alterações de ordem epistemológico-jurídicas do Direito a fim de se



desenvolverem teorias capazes de figurar a uniformização do espaço-tempo que se operou com o advento das inovações tecnológicas e dos avanços econômico-industriais.

Neste sentido, buscando adequação à realidade contemporânea, engendraram-se os chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Definidos pela norma do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos são transindividuais e se referem a pessoas indeterminadas as quais se situam em grau genérico (GRINOVER, 1984, p. 3). Por sua vez, os coletivos tratam de determinados grupos ou classes que podem ser identificados, enquanto a categoria dos individuais homogêneos refere-se a pessoas específicas, porém cujo âmbito abrange diversos outros sujeitos que se encontrem nas mesmas circunstâncias.

De toda sorte, mais que categorias impensáveis nos séculos anteriores, os direitos coletivos *lato sensu* impulsionaram uma evolução organizacional do Poder Judiciário que, perdendo o caráter exclusivo de atenuador de conflitos entre duas partes (CASAGRANDE, 2008, p. 47), passaria a adotar uma visão sobretudo prospectiva de cada litígio, porquanto cada desfecho mostrar-se-ia capaz de afetar as esferas jurídicas de incalculáveis cidadãos ao longo do território do país, ou, até mesmo, de estrangeiros situados noutros Estados Nacionais.

Inexoravelmente, o Direito Penal também foi afetado por tal ideário, de modo que se iniciou no Brasil uma campanha legislativa contra os delitos praticados por empresários e outros diretores, uma vez que tais sujeitos, devido ao poder diretivo, costumam se envolver com decisões de alta repercussão. A referida tendência repressiva surgiu num contexto de reação à chamada criminalidade de colarinho branco, também denominada de *white collar crimes* (SUTHERLAND, 1985, p. 30), na qual os infratores pertencem, em regra, às camadas de privilégio da sociedade que até então não se submetiam aos seletivos parâmetros do sistema penal brasileiro.

Isso porque, conquanto se almeje a imparcialidade, todo o aparato estatal repressivo do Brasil historicamente se orientou (e ainda se orienta) contra os menos favorecidos e, por conseguinte, contra os tipos criminais que lhes são associados (BATISTA, 2007, p. 25). Neste sentido, dados do Infopen de 2018 informam que cerca de 61,7% da população carcerária era negra ou parda⁴, e que, em 2019, dos mais de setecentos e cinquenta mil presos espalhados pelo território nacional, 43,74% cometeram crimes contra o patrimônio, 27,92% infringiram a

⁴ Disponível aqui:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em 02.12.2020



legislação atinente às drogas, e 13,5% praticaram delitos contra a pessoa, o que totaliza mais de 85% dos motivos de encarceramento⁵.

Com objetivo de transcender a criminalidade das massas, e já sob a tendência do fenômeno da expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 187), veio à baila a Lei n.º 7.492/1986, também denominada de Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cuja política criminal reverenciava a segurança e a transparência das operações financeiras, contribuindo para a construção de um mercado mais atrativo para os capitais interno e externo, e para atenuar a discricionariedade desregrada dos administradores das instituições financeiras em geral (BITENCOURT, 2016, p. 15).

Antes de resultar na Lei n.º 7.492/1986, o antigo Projeto n.º 273/1983, concepção embrionária do atual diploma, já apresentava, com a mesma essência, a seguinte justificativa para sua proposição:

O presente projeto representa a velha aspiração das autoridades e do e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários. (...) Em consequência, chega-se ao absurdo de processar-se e condenar um mero ladrão de galinhas, deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do vizinho, mas a nível nacional.⁶

Não se pode olvidar da grande importância em arrefecer a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dada a enorme lesividade aos interesses e ao funcionamento de tal mercado, uma vez que, numa grande maioria dos casos, não é possível sequer precisar o valor dos danos provocados, nem tampouco quais as pessoas que foram atingidas direta ou indiretamente pelas condutas delitivas. Por isso, de início, é totalmente compreensível o sentimento de revolta que guiou o legislador.

Todavia, o pretexto de romper com a histórica seletividade dos “crimes de rua” não pode servir como salvo-conduto para escamotear o princípio constitucional da taxatividade em proveito de um suposto e totalmente questionável combate aos chamados delitos de colarinho branco, conquanto delitos de tal jaez possam ser extremamente deletérios para toda a população brasileira:

Nem por isso, contudo, deve-se ter como legítima a recente tendência de compensar a ferro e fogo o largo período de impunidade dos crimes econômicos. Tão nefasta quanto a ideia, herdada da criminologia positivista, do estereótipo criminoso pertencente às “*classes inferiores*”, é a inversão do preconceito, o estigma às avessas, o incentivo e o aplauso a toda sorte de abuso ou arbitrariedade dirigido aos

⁵ Disponível aqui:

<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>> Acesso em 02.21.2020

⁶ Justificativa do PL n.º 273/1983. Diário do Congresso Nacional – 25/03/1983.



outrora inatingíveis acusados de delitos econômicos, em nome do fim da impunidade. (TÓRTIMA, 2002, p. 4).

Com o escopo de dismantelar tal nicho criminológico até então menosprezado pelo Estado brasileiro e punir o maior número de condutas possíveis, o legislador dispôs de normas jurídicas marcadas muitas vezes por imprecisões terminológicas e por conceitos demasiadamente amplos e incertos – cujas definições e delimitações, para fins de incidência, ficariam a crivo da prudência do julgador o qual, diante do caso concreto, teria a incumbência de interpretar, por exemplo, se determinada conduta pode ou não ser considerada temerária para fins penais.

Punir a todo custo, não obstante pareça ser a solução que mais agrada a opinião popular (AMARAL, 2014, p. 334), representa um retrocesso aos tempos medievoinquisitoriais que vai de encontro às disposições da Constituição Federal de 1988 e que em nada contribui para a consolidação de um Estado Democrático de Direito; ao contrário, adotar tal punitivismo exacerbado subvertê-lo-ia num novo modelo de Estado Penal, com a diferença de que os empresários e diretores das instituições financeiras também seriam constantes alvos dos aparatos públicos repressivos de maneira indevida.

Por isso, o legislador, com o legítimo e compreensível objetivo de aumentar a segurança do mercado financeiro e de suas instituições, acabou, em contrapartida, por criar um cenário de incertezas ao gestor, aos correntistas e aos investidores, porquanto a responsabilização penal paira sobre eles como uma espécie de espada de Dâmocles que se encontra sob o alvedrio do Poder Judiciário, dado que determinados tipos penais previstos pela Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro são demasiadamente abertos e carentes de uma definição mais consistente.

No que concerne a tais apontamentos, o crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/19867, por exemplo, apresenta uma enorme imprecisão terminológica, porquanto não se sabe ao certo que tipo de conduta poderia ser classificada como “temerária”. No caso concreto, tal expressão muito prejudica as atividades gerenciais exercidas pelo administrador, já que, como a lei não estabelece precisamente seu âmbito de incidência, eventual ação ou omissão poderá render-lhe uma futura denúncia oferecida pelo Ministério Público, de modo a restringir sobremaneira sua liberdade para agir e planejar.

7 Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.



Não foi outro o motivo que levou diversos doutrinadores a defenderem a inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da referida lei, porquanto se trata de termo extremamente vago e aberto, o qual, ao menos potencialmente, ofende o princípio da taxatividade (NUCCI, 2019, p. 935). Na prática, pode inclusive gerar uma espécie de responsabilização penal objetiva dos diretores, haja vista que o texto normativo do crime de gestão temerária coloca em risco os postulados constitucionais que são assegurados em um Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2016, p. 266), tal qual o de que não existe crime sem lei anterior que o defina.

Noutro giro, o art. 10 da Lei n.º 7.492/19868 prevê o crime de falsidade em demonstrativos contábeis. Dentre os elementos objetivos do tipo, encontra-se o verbo “fazer inserir”, cuja interpretação mais acertada traduz-se pelo ato de se valer de terceiros para inserir informações inverossímeis em sede dos registros contábeis. No entanto, por atecnia de redação, o legislador não incluiu a conduta de tão somente “inserir”, de modo que, *prima facie*, fazer inserir dados falsos por intermédio de terceiros seria crime, mas, quando pela mão do próprio gestor, ter-se-ia fato atípico.

O esquecimento da referida conduta de “inserir” pode levar o aplicador da lei a proceder interpretação extensiva sob o argumento de corrigir a falha legislativa e não permitir que ocorra uma injustiça, já que: “se o menos grave (fazer inserir) é punido, com maior razão, a situação mais séria (inserir) também deve ser” (NUCCI, 2019, p. 948). Nitidamente, tal solução não harmoniza com os preceitos gerais do Direito Penal, nem tampouco com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, pois o Juiz não deve ser um justiceiro social, e sim, na maior medida do possível, imparcial e atrelado aos preceitos legais.

Até porque o conceito de justiça acaba por ser variável de indivíduo para indivíduo, uma vez que o homem não tem acesso a valores absolutos que lhes garantam segurança suficiente para definir de maneira definitiva o justo e o injusto (KELSEN, 1997, p. 11). Neste sentido, sob o pretexto de corrigir eventuais lacunas normativas e evitar uma situação de impunidade, o julgador pode acabar por cometer injustiças ainda maiores ao impor de modo indevido o vilipêndio dos direitos e garantias fundamentais do acusado, além de transgredir os preceitos básicos de um sistema acusatório. Neste sentido:

Criminalizar condutas a pretexto de esquecimento do legislador, *venia concessa*, é violar todos os princípios mais comezinhos do direito penal da culpabilidade. A

8 Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.



partir deste momento, nossa perplexidade maior deixa de ser a esdrúxula construção tipológica do legislador, que é superada pela interpretação do ilustre penalista, que arremata com a sugestão duplamente equivocada de adotar uma “interpretação extensiva” à tipificação de crime, para inserir – sem querer fazer trocadilho – conduta não prevista pelo legislador. O primeiro equivoco refere-se à violação da taxatividade estrita da tipicidade que, em hipótese alguma, admite interpretação extensiva (que não se confunde com interpretação analógica, que é admitida quando expressamente prevista); o segundo equivoco está em confundir interpretação extensiva com analogia, que não é método interpretativo, mas forma de colmatar lacunas legais, igualmente inadmissível em direito penal material, especialmente in malam partem, como a sugerida. (BITENCOURT; BREDA, 2014, p. 158).

Para incrementar o cenário de incertezas para os investidores das instituições financeiras, o art. 11 da Lei n.º 7.492/19869 previu o crime de contabilidade paralela (popularmente denominado de “Caixa 2”), cujo elemento objetivo do tipo é conduta bastante ampla, abarcando, *primo conspectu*, a situação do empresário que mantenha uma escrituração auxiliar, paralela à contabilidade legal, com o objetivo de acompanhar com maior precisão a vida contábil da empresa (PIMENTEL, 1987, p. 92).

Diferente do caso anterior do art. 10 do mesmo diploma, em que não se pôde proceder interpretação ampla para suprimir o suposto erro do legislador, no art. 11, o magistrado deveria, sob pena de cometer uma injustiça, restringir a aplicação do tipo aos casos nos quais a contabilidade estivesse associada às atividades financeiras e, ainda, orientada a finalidade de obter vantagem indevida (PRADO, 2019, p. 169) – tal como era a previsão legal do art. 398 do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal: “manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, com o fim de obter vantagem indevida”.

Da análise dos mencionados dispositivos da Lei n.º 7.492/1986, apresentados apenas para título de exemplificação das várias falhas do referido diploma repressivo, pode-se demonstrar a extrema insegurança a que estão submetidos os investidores, correntistas e, principalmente, o administrador da instituição financeira, porquanto ele poderá ser responsabilizado civil e penalmente por suas condutas a depender da interpretação que o magistrado fará dos termos vagos e imprecisos constantes da Lei n.º 7.492/1986.

A bem da verdade, a atual Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional mostrou-se problemática desde os primórdios de sua tramitação. O próprio relator do projeto na Câmara dos Deputados, João Gilberto, descontente com as modificações que se fizeram presentes no seu resultado final, afirmou à imprensa que:

o projeto sai imperfeito e reclamará em curto prazo nova legislação para revisar alguns pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo

9 Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.



estágio em que se encontra o processo legislativo. Pela Constituição e Regimento, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova. Infelizmente, fazemos este registro porque o Projeto suscitou debates amplos na comunidade jurídica do País e pela Imprensa e muitas contribuições ou críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas. (PIMENTEL, 1987, p. 21-22).

Outra falha fundamental na formulação do referido projeto foi a ausência de apoio jurídico durante as fases do processo legislativo – o que resultou em alguns dos termos legais imprecisos e confusos que foram aludidos brevemente neste trabalho. Como sua tramitação ocorreu sem o prévio planejamento necessário, a Lei n.º 7.492/1986 também não se mostra adequada para o contexto contemporâneo, que é muito mais dinâmico que aquele existente no final da década de oitenta. Assim:

a referida legislação decorreu da urgência de regulação da matéria, num momento histórico em que a política monetária expandia-se pelo mundo inteiro. O vazio normativo causava apreensão, sendo necessária a imediata tutela do sistema financeiro nacional. Afinal de contas, sua fragilização implicava a desigualdade de acesso à riqueza, especialmente com relação ao crédito, tendo em vista o desvirtuamento de disponibilidade da moeda circulante e sua expressão. Essa providência legislativa emergencial acabou por gerar um projeto de lei cheio de defeitos, o que foi reconhecido, à época, até mesmo pelo Executivo que o remeteu ao Congresso. Houve a promessa de, em tempo reduzido, propor-se um novo projeto mais elaborado, o que nunca aconteceu. A verdade é que vigora uma lei com defeitos visíveis, demandando o cuidado extremo do intérprete para sua aplicação. (ROSA, 2005, p. 467).

Para além de tais questões problemáticas, a depender da natureza jurídica da instituição financeira, em razão do ilícito penal, o administrador poderá responder também por improbidade administrativa, na dicção da Lei n.º 8.429/1992, impactando diretamente sobre o seu patrimônio pessoal, ou inclusive poderá ter a pessoa jurídica de sua titularidade processada com base na Lei n.º 12.846/2013, resultando em altas multas aptas a provocar até mesmo a liquidação extrajudicial da referida instituição financeira.

Ou seja, devido aos termos vagos, imprecisos e pouco técnicos, utilizados ou omitidos pelos parlamentares, o gestor da instituição financeira, ao realizar as atividades hodiernas da pessoa jurídica, poderá responder com todo seu patrimônio pessoal pelo suposto ilícito que, ao alvedrio do Juízo, vier a ser constatado. A situação é ainda mais grave, conforme mencionado, quando se observa que, costumeiramente, a pessoa investigada por atentar contra o sistema financeiro também será responsabilizada noutros âmbitos, desencadeando uma espécie de efeito dominó em decorrência da suposta prática criminosa.

Assim, o anseio punitivista do legislador, quase a ponto de lograr uma responsabilidade penal objetiva no que tange aos chamados crimes de colarinho branco, engendrou um cenário bastante inseguro aos administradores, investidores e correntistas das



instituições financeiras numa clara tentativa de compensar todo o período de impunidade que existia até então, porém o fez em detrimento do próprio mercado financeiro e de suas instituições, de modo a contrariar a própria *ratio legis* guiou a edição da Lei n.º 7.492/1986.

2 – OS DIVERSOS ÂMBITOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A atividade financeira, por si só, pressupõe a exposição a múltiplos e multifacetados riscos que são inerentes à sua própria natureza, porquanto há um enorme número de pessoas envolvidas e de fatores que podem variar repentinamente (ROQUE, 2017, p. 136). No caso do responsável por gerir a instituição financeira, a vulnerabilidade é ainda mais sensível, uma vez que o administrador se submete de maneira mais intensa aos ditames repressivos da Lei de Crimes contra o Sistema Nacional.

Consoante visto, a interpretação e a aplicação das regras do referido diploma criminal guardam um elevado nível de obscuridade, porquanto grande parte do texto normativo é composta por normas penais em branco e elementos valorativos cujo preenchimento deve ser feito pelo magistrado diante o caso concreto – o que, naturalmente, gera variações conforme a carga existencial e a mentalidade de cada julgador, arrefecendo o sentimento de segurança e de estabilidade das instituições.

Além disso, há de se observar que as infrações penais – principalmente aquelas ligadas ao Direito Penal Econômico – podem possuir fortes repercussões na seara cível, de modo que a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional muito provavelmente impactará de maneira direta sobre o patrimônio pessoal do administrador da instituição, não obstante os preceitos secundários daquela lei não possuam um *quantum* de pena tão elevado, uma vez que é cabível, *in abstracto*, para praticamente todas elas, o novo Acordo de não Persecução Penal previsto pela norma do art. 28-A do Código de Processo Penal.

A bem da verdade, a responsabilização do administrador das instituições financeiras pode ir muito além das searas criminal, cível e administrativa que já foram mencionadas, haja vista que ele poderá responder também nos âmbitos tributário, trabalhista, previdenciário, ambiental, concorrencial, consumerista, dentre outros diversos ramos que, a depender do caso concreto, podem vir a incidir (FARIA, 2015, p. 20).



A depender da suposta infração praticada, por exemplo, as multas impostas em decorrência dos atos de improbidade administrativa podem atingir altos patamares, sem prescindir da cumulação com outras sanções, tais quais: a suspensão dos direitos políticos por determinado período, a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, a perda do exercício da função pública, o ressarcimento integral dos danos, dentre outras medidas (NEVES; OLIVEIRA, 2019, p. 181).

Neste sentido, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Galvão deu deferimento ao recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo a fim de determinar a indisponibilidade dos bens do ex-prefeito de Ferraz de Vasconcelos (Município do Estado de São Paulo), acusado de cometer improbidade administrativa, a fim de assegurar o ressarcimento integral dos danos patrimoniais que, somados às multas previstas pela Lei n.º 8.429/1992, chegaram ao elevado patamar de R\$ 791.000,00 (setecentos e noventa e um mil reais)¹⁰.

Embora o processo mencionado acima se trate de fraude à licitação – e não de crime contra o Sistema Financeiro Nacional propriamente dito –, é um claro exemplo do quão severas podem ser as sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, devido ao contexto das instituições financeiras, os delitos previstos pela Lei n.º 7.492/1986 podem envolver vultuosos valores e, por conseguinte, provocar repercussões ainda maiores no âmbito da improbidade administrativa, dado que o *quantum* das multas pode ser multiplicado pelo valor do acréscimo patrimonial ilícito ou do dano provocado, conforme inteligência dos incisos do artigo 12 da Lei n.º 8.492/1992¹¹.

10 REsp 1832939/SP (2019/0247510-7), Relator: Ministro Francisco Falcão, Data da Decisão: 16 de junho de 2020.

11 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.



Ademais, diversos ex-administradores e ex-diretores que integravam suas antigas instituições financeiras são processados devido aos insucessos que foram experimentados por elas ao longo do tempo, como se determinadas falhas comuns e humanas – e, sobretudo, em muitos casos, imprevisíveis – pudessem gerar responsabilidade objetiva em relação a tais pessoas, o que se mostra um grande despautério, porquanto:

Adotar a tese de que os ex-administradores de bancos comerciais em regimes especiais são responsáveis objetivamente e solidariamente pelas obrigações assumidas durante a sua gestão, nos termos do art. 40 da Lei 6.024/1974, como verdadeiros fiadores das obrigações, é impor aos administradores o risco da atividade bancária, que deve ser arcado pelo banco, como instituição. Na responsabilização dos administradores deve-se verificar se estes praticaram atos em desrespeito aos padrões de condutas que lhes são impostos no exercício do cargo, não sendo permitida a imputação de responsabilidade pelos insucessos da atividade financeira. (FARIAS, 2013, p. 65-87).

De toda sorte, as penalidades recair sobre a própria instituição financeira. Para fins de incidência dos preceitos contidos na Lei n.º 12.846/2013 (conhecida popularmente como Lei Anticorrupção), não é sequer necessário que a pessoa jurídica tenha praticado o ato lesivo imbuída de culpa, porquanto se trata de responsabilidade objetiva. Neste caso, as penalidades podem apresentar cunho pecuniário, como a multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício (PESTANA, 2016, p. 57), e sem prejuízo da desconsideração inversa da personalidade jurídica – podendo, então, atingir diretamente o patrimônio do administrador ou diretor.

A bem da verdade, de modo semelhante à dinâmica que foi construída pela Lei de Improbidade Administrativa, a denominada Lei Anticorrupção permite a cumulação das diversas sanções previstas, e outrossim não se limitam ao teor econômico, uma vez que:

As sanções da lei anticorrupção guardam íntima relação com as aquelas catalogadas na lei de improbidade administrativa, prevendo-se, em relação à pessoa jurídica infratora, (i) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido da infração; (ii) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (iv) a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, consequências que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 19, § 3º), sempre sob o enredo da responsabilidade objetiva. (CAMBI; GUARAGNI, 2014, p. 231-232).

Tendo em vista a grande quantidade de riscos aos quais se sujeita o gestor da instituição financeira, uma série de mecanismos foi implementada de modo a buscar o máximo de segurança no exercício das atividades administrativas, mas sem inviabilizar a

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.



gestão eficiente e criativa. Neste sentido, a própria Lei nº 12.846/2013 prevê o incentivo ao implemento de estruturas de *compliance*, que favorece a comunicação entre os órgãos das repartições da instituição financeira e a criação de canais de denúncias contra os infratores (VERÍSSIMO, 2017, p. 90).

No mesmo diapasão, a Lei n.º 9.613/1998 sugere em seu art. 9º a adoção do *compliance* como um mecanismo apto a aumentar a confiabilidade dos setores sensíveis à lavagem de dinheiro, bem como possibilitar que os atos suspeitos sejam comunicados às autoridades públicas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 59). Em geral, as boas práticas administrativas e inter-relacionais tendem a garantir a maior transparência das operações, uma vez que, pelo menos em teoria, os sócios e funcionários passariam a compreender que o crescimento da entidade só é possível com o apoio mútuo de seus integrantes – o que inclusive fortalece os canais de denúncia que vierem a ser eventualmente implementados.

Por isso, nas instituições financeiras, o *compliance* mostra-se muito importante, haja vista que, a depender da magnitude dos investimentos, elas podem apresentar estruturas organizacionais muito complexas, cujas repartições possuam pouca ou nenhuma comunicação entre si – criando um ambiente desfavorável para inibir a prática de ilícitos:

Com essa estrutura de capital, os bancos, além de diferentes, caracterizam-se geralmente por uma alta opacidade quando comparados a outras espécies de organizações. Com efeito, é muito mais difícil avaliar um portfólio de ativos financeiros e de empréstimos bancários do que uma fábrica ou maquinários, assim como é muito mais difícil para agentes externos a um banco avaliarem a qualidade dos empréstimos – que depende da capacidade de tomar crédito de cada mutuário – e prever a taxa de inadimplência em que será incorrida. Acresce-se a essa opacidade e complexidade o fato de que os bancos, como Ross Levine aponta, podem alterar a composição de risco de seus ativos mais rapidamente, bem como esconder problemas alongando empréstimos a clientes que não conseguiriam honrar as obrigações originais. (ROQUE, 2017, p. 62-63).

Por isso, a abertura do diálogo entre os setores das instituições financeiras, aliada à observância das boas práticas e de um código de ética, impulsionam a construção de um cenário mais seguro para que o administrador desenvolva suas atividades com menores riscos no que tange à exposição de seu próprio patrimônio a eventuais sanções. Neste sentido, incentiva-se a adoção de uma Governança Corporativa que, ao final, será benéfica não somente ao banco e ao mercado financeiro como um todo, mas também para eventuais investidores os quais terão maior segurança em aplicar seus recursos.

Contudo, embora atenuem a chance de ocorrência de ilícitos, os mecanismos de *compliance* não vedam completamente a possibilidade de responsabilização do administrador. Por isso, nas sociedades empresariais, é comum o uso da chamada carta de conforto, um instrumento no qual os sócios garantem com seus patrimônios eventual processo ou



condenação que o gestor venha a sofrer em decorrência do exercício de suas atividades rotineiras.

Nas instituições financeiras, entretanto, tal medida não lograria grande êxito. Isso porque, caso os garantidores não possuam patrimônio suficiente, não seriam capazes de assegurar eventual condenação, e deve-se ter em vista que tais instituições costumam intermediar e negociar valores muitas vezes astronômicos que não poderiam ser suportados por um grupo de pessoas. Sem contar que seria um mecanismo pouco atraente para novos sócios ou integrantes, uma vez que, em face dos diversos riscos existentes atualmente, os membros novatos desejam a maior segurança possível no que tange às suas economias pessoais.

Por isso, uma opção que se mostra mais viável e eficiente, pelo menos num primeiro momento, é a contratação de um seguro *D&O* por parte da instituição financeira, que figurará como tomadora. Isso porque, em tal caso, a seguradora tornar-se-ia responsável pela cobertura de sinistros ligados a gastos processuais que envolvam o gestor ou diretor da instituição e suas atividades funcionais, de modo a garantir a ele uma maior segurança para que possa administrá-la sem expor em demasia seu próprio patrimônio.

3 – O SEGURO *D&O* E A ADMINISTRAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: UM POSSÍVEL CAMINHO PARA O IMPLEMENTO DE UMA GOVERNANÇA CORPORATIVA E AS SUAS LIMITAÇÕES NO PLANO CONCRETO

Historicamente, a presença do seguro *D&O*, em especial antes do Século XXI, nunca foi marcante no Brasil. Utilizado de forma originária dentro das sociedades anônimas e limitadas, tal modalidade de cobertura de sinistros atualmente se difundiu entre os diversos ramos, dentre os quais se destaca, para o presente trabalho, o das instituições financeiras, uma vez que seu administrador ou gestor, conforme visto, submete-se a uma série de riscos de responsabilização, seja de ordem criminal, seja de matéria cível.

O seguro *D&O* pode ser entendido como seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores (*Directors and Officers Liability Insurance*). Nele, a instituição financeira tomadora, mediante o pagamento do prêmio pactuado, estipula em favor de seus administradores, conselheiros e diretores, a cobertura de sinistros pela seguradora, quando



ligados a gastos correspondentes a processos ou inquéritos indevidos que decorram do exercício de suas atividades funcionais.

O sustentáculo de tal modalidade de seguro é possibilitar ao administrador da instituição financeira a tomada resguardada de decisões e o incentivo a uma gestão mais inteligente e criativa, mas que não venha a comprometer futuramente seu patrimônio devido a processos que decorram de suas atribuições. Até porque, ainda que venha a ser absolvido ao término do processo, o dispêndio com advogados para sua defesa, por si só, poderá lhe provocar grandes prejuízos econômicos:

No que concerne especificamente à contratação dos advogados que atuarão na sua defesa, o segurado pode escolhê-los, mas a seguradora deve aprovar previamente a escolha por escrito. Caso a reclamação envolva também a própria sociedade ou outras pessoas físicas ou jurídicas além do segurado, deverá ser acordada a respectiva alocação de custos entre as partes envolvidas, ficando a seguradora obrigada a indenizar os custos incorridos pelo segurado na sua respectiva proporção. Ademais, em linha com o previsto no art. 787, § 2º do Código Civil, o segurado não poderá celebrar acordos judiciais ou extrajudiciais nem assumir quaisquer responsabilidades sem o prévio consentimento da seguradora por escrito. (FARIA, 2015, p. 99-100).

Assim, com o advento de uma investigação ou de um processo, a depender dos termos acordados na apólice, o administrador poderá fazer a comunicação do sinistro à seguradora a fim de obter a antecipação dos valores correspondentes às despesas que sobrevieram, ou de que precisará realizar para permitir o custeio dos serviços advocatícios, por exemplo. Para tanto, é de suma importância que instrua adequadamente seu pedido com todas as provas cabíveis e aptas a demonstrarem que a hipótese se enquadra no âmbito da cobertura.

Sob a vigência de um seguro *D&O*, bem como das *best practices*, o administrador da instituição financeira certamente encontrará um cenário mais favorável para a construção de uma Governança Corporativa, porquanto a segurança jurídica e a confiança, elementos fundamentais do *compliance* (CARVALHO; BERTOCCELLI, 2020, p. 40), são indispensáveis para que as decisões possam ser tomadas de maneira mais apropriada. Diminuem-se as possibilidades, portanto, de que o gestor venha a ser responsabilizado por riscos que não foram previamente calculados – ou ainda, caso estes venham a sê-lo, estará o administrador acobertado pelo seguro.

Prima facie, por se tratar de um contrato de modalidade *all risks*, todas as custas, honorários advocatícios e eventuais condenações serão devidamente acobertados. Noutro giro, incumbe à seguradora estabelecer, nos termos da apólice, quais são as hipóteses de exclusão da cobertura de forma clara e explícita, de modo a permitir que tanto a tomadora quanto o



segurado tenham conhecimento acerca dos limites do negócio jurídico celebrado e das situações que serão objeto de eventual ressarcimento.

Casuisticamente, utilizam-se exclusões relativas a atos contra a Administração Pública e a processos e investigações correlatas à Operação Lava Jato, já que, com o surgimento da referida operação e de seus desdobramentos, elevaram-se sobremaneira os números de pedidos de cobertura de sinistros portadores de alguma conexão com ela, gerando um imenso receio por parte das seguradoras por terem de arcar com as despesas de inúmeros diretores e administradores que foram processados, tanto no âmbito criminal quanto no cível, pela prática de condutas inseridas no contexto da operação:

De acordo com os dados do SES (Sistema de Estatísticas da SUSEP), entre 2014 a 2017 o volume de prêmios diretos anuais arrecadados (em termos nominais) pelas seguradoras por todos os ramos de seguro aumentou em 9,92% no período enquanto o crescimento do ramo D&O foi de 78%. Há indícios de que o desenvolvimento atípico do mercado de seguros D&O no Brasil possui relação com a atualização dos agentes econômicos na percepção de exposição aos riscos cobertos por este seguro após a operação Lava Jato. A operação pertence à um processo de mudança de contexto jurídico no sentido de maior responsabilização e penalização de administradores públicos e privados por atos praticados no exercício de suas funções. (RENSI; CARVALHO, 2019, p. 2).

Pela mesma razão – e com escopo de evitar futuros escândalos ligados ao Governo –, costuma-se excluir a cobertura de atos perpetrados contra a Administração Pública Direta e Indireta. Visando a impedir que o administrador possa se valer da própria torpeza, também não haverá ressarcimento caso os danos provocados através do exercício das atividades funcionais resultem de dolo ou fraude por parte do segurado, sob pena de estimular a prática de ilícitos pelos gestores bancários.

Para garantir mais segurança aos diretores, é possível que a instituição financeira tomadora contrate extensões que não estavam previstas originalmente na apólice, como proteção ao patrimônio do cônjuge ou filhos do gestor – que serão acobertados caso a responsabilidade cível de alguma forma venha a incidir sobre o acervo econômico da família do segurado –, ou até mesmo a possibilidade de cobertura de processos que um diretor eventualmente instaure contra outro. Destaque-se, entretanto, que não se almeja blindar o administrador contra sanções decorrentes da prática de ilícitos – até porque, advinda sua condenação e constatada a conduta fraudulenta, ele deverá restituir os valores antecipados pela seguradora, sob pena de enriquecimento ilícito.

Convém salientar, ademais, que, a princípio, não há qualquer óbice em considerar como sinistro apto a ensejar cobertura as custas processuais oriundas de ação proposta pela própria instituição financeira tomadora em desfavor de seu administrador, salvo se tal situação



for expressamente excluída dos termos da apólice quando da celebração do contrato, ou ainda, em caso de modificação posterior, desde que haja anuência de ambas partes.

É possível verificar, portanto, que o seguro *D&O* mostra-se um interessante instrumento de proteção do patrimônio do administrador das instituições financeiras, bem como de incentivo à adoção de políticas de Governança Corporativa e *compliance* pelos seus integrantes, de modo a contribuir para a prevenção da ocorrência de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, além de colaborar para a longevidade de tais instituições. Possibilita-se, inclusive, uma nova perspectiva para o Direito Penal:

É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de *compliance* não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 255).

Não obstante os benefícios oriundos da celebração de um contrato de seguro de tal jaez, a realidade social tem mitigado vários de seus atributos positivos, uma vez que muitas seguradoras, em diversos casos de evidente ensejo de concessão de cobertura, rejeitam-na sob os mais absurdos e infundados motivos a fim de forçar o administrador ou diretor, que figura na condição de segurado, a suportar sozinho as despesas advindas de processos ou inquéritos policiais que contra ele foram instaurados em razão do exercício de suas funções.

Um dos argumentos mais utilizados para embasar as recusas é a prescrição, porquanto o art. 206, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Código Civil, dispõe que o prazo prescricional da pretensão do segurado contra o segurador é de um ano, a contar da ciência do fato gerador¹². Contudo, é necessário que se observe também a questionável Súmula n.º 229 do Superior Tribunal de Justiça¹³, uma vez que é muito comum que o segurado envie uma comunicação de sinistro à seguradora e aguarde, durante meses, uma resposta – até que finalmente receba a

12 Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

(...)

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

13 Súmula n.º 229 do STJ: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.”.



correspondência a qual, entretanto, nega-lhe o direito de ressarcimento sob pretexto do longo decurso temporal.

Por isso, em tese, após o protocolo do pedido de cobertura, o prazo prescricional será suspenso e só retomará sua contagem a partir da negativa, conforme teor do enunciado – o que é bastante criticável, haja vista que o prazo de um ano só deveria fluir a partir da negativa da seguradora, dado que somente a contar de tal momento o segurado teria uma efetiva pretensão jurídica contra ela. Inclusive, em que pese a lamentável redação da Súmula n.º 229/STJ ainda permaneça vigente, a jurisprudência brasileira vem adotando o entendimento de que a prescrição só inicia sua fluência a contar da negativa da seguradora, conforme recente julgado da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E/OU INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO. PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÕES DE SEGURADO/MUTÁRIOS CONTRA SEGURADORA. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO.

1. Ação declaratória de quitação de financiamento imobiliário.
2. O reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.
3. A incidência da Súmula 7 do STJ prejudica a análise do dissídio jurisprudencial pretendido. Precedentes desta Corte.
4. O termo inicial da prescrição da pretensão do beneficiário do seguro é o momento em que a seguradora é comunicada do evento e se recusa a indenizar. Precedentes.
5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1496807/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 18/12/2019)

O mesmo entendimento também está presente em diversos outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AREsp 1379114/RS, 4ª Turma, DJe de 07/10/2019; AgInt no AREsp 1.172.799/RS, 3ª Turma, DJe de 12/4/2019; e AgInt no REsp 1.497.791/SP, 4ª Turma, DJe de 7/12/2016). Deste modo, ainda mais no contexto consumerista que é predominante nos seguros, não se mostra razoável computar o prazo prescricional antes da obtenção de uma resposta por parte das seguradoras, posto que muitas delas ainda adotem tal entendimento.

Também é comum negar a cobertura de diretores e administradores das instituições financeiras quando estas integram a Administração Pública e, no contexto, fora instaurado inquérito policial ou processo penal para apuração de supostos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional. Muitas seguradoras, ante tal situação, alegam que não seria possível o ressarcimento de sinistros ligados a atos contra a Administração Pública – sendo que, contraditoriamente, a tomadora é integrante do setor público.



Levando em conta que o seguro *D&O* encontra o fundamento de sua existência no resguardo do gestor perante o exercício de suas atividades funcionais, seria um contrassenso recusar a cobertura sob o pretexto de que seus atos se relacionariam à Administração Pública; afinal, o cargo que ele ocupa pressupõe um plexo de funções embrionariamente conexas e indissociáveis do interesse público. Neste caso, inexoravelmente, o segurado nunca obterá sua cobertura, já que todo e qualquer ato que venha a produzir algum suposto prejuízo se relacionaria à Administração Pública.

A frequente negativa das seguradoras no âmbito do contrato de seguro *D&O* colabora para criar um ambiente de insegurança no qual o diretor da instituição financeira, em que pese saiba de sua condição de segurado, tem ciência de que provavelmente sua comunicação de sinistro não terá aptidão de gerar a cobertura – o que aumenta seu sentimento de vulnerabilidade e de exposição aos mais diversos riscos, pois uma única decisão que provoque algum tipo de prejuízo ao banco pode vir a ser interpretada como infração abrangida pela Lei n.º 7.492/1986, dada a obscuridade de seus termos.

É necessário que as seguradoras decidam acerca da concessão do pagamento munidas de boa-fé e razoabilidade, pois, do contrário, a judicialização dos contratos de seguro mostrar-se-á como uma *conditio sine qua non* para que o segurado possa obter o devido ressarcimento que fora estipulado na apólice – o que é um grande absurdo, porquanto os processos judiciais tendem a ser morosos e se prolongam até às últimas instâncias do Poder Judiciário até que, finalmente, o administrador possa recuperar as quantias gastas.

Por isso, o seguro *D&O* pode provocar, na prática, um efeito inverso daquele que é pretendido, haja vista que a proteção não é efetivamente conferida ao segurado. Isso é prejudicial tanto para o diretor quanto para a instituição financeira em si, porque a celebração de tais contratos, em certa medida, é muito vantajosa para os bancos pelo fato de diminuir eventuais discussões jurídicas diretamente com seus gestores, mas, se o seguro se torna meramente simbólico, para além de não surtir tal efeito, haverá gastos mensais ou anuais infrutíferos com o pagamento do prêmio às seguradoras.

A lastimável redação que erigiu grande parte da Lei n.º 7.492/1986 – que por si só já gera demasiada insegurança aos diretores, correntistas e investidores que integram o mercado financeiro –, combinada com a falta de mecanismos efetivos para atenuar a enorme quantidade de riscos aos quais se submetem os gestores bancários e das demais instituições financeiras, é um grave problema que precisa ser resolvido a fim de possibilitar a adoção de



uma Governança Corporativa no âmbito de tais entidades, além da tomada mais segura e inteligente de decisões.

Assim, conquanto o seguro D&O seja uma opção interessante para garantir uma maior segurança aos referidos diretores, há de se manter um senso crítico e, sobretudo, cético em relação a ele, uma vez que várias seguradoras, munidas de má-fé, recusam disparatadamente diversas coberturas de sinistros – ainda que as hipóteses estejam enquadradas nos exatos termos da apólice. Sob as luzes da *Theory of Punitive Damages*, deveriam haver respostas mais severas às recusas protelatórias proferidas pelas seguradoras, pois assim se construiria uma política mais rigorosa de análise dos sinistros.

É necessário, ademais, que o Poder Judiciário e o sistema penal como um todo busquem interpretações razoáveis para os obscuros termos da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de modo a diminuir o número de Ações Penais que não apresentem efetiva justa causa para lastrear seus oferecimentos, bem como para evitar, portanto, o eventual vilipêndio aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados, favorecendo a ascensão de um sentimento de maior segurança e dinamicidade nas operações do mercado financeiro.

CONCLUSÃO

A Lei n.º 7.492/1986 possui diversas imprecisões que contribuem para a construção de um cenário de incertezas que impacta negativamente no mercado financeiro e no desempenho das atividades gerenciais do administrador de tais instituições, o que provoca não apenas efeitos nocivos no âmbito bancário como também na própria dinâmica de aplicação do Direito Penal, uma vez que diversos preceitos basilares, como o da taxatividade, acabam por ser vilipendiados em prol do punitivismo exacerbado do legislador e dos órgãos do Poder Judiciário.

A grande celeuma é que, não obstante os riscos de responsabilização penal, o patrimônio do administrador ainda se submete aos efeitos cíveis e administrativos decorrentes da prática do ilícito, corroborando para uma situação de vulnerabilidade que recomenda a adoção de mecanismos de *compliance* e de outros instrumentos de proteção, mesmo que estes, conquanto imprescindíveis para a construção de um espaço de Governança Corporativa no âmbito da instituição financeira, não sejam suficientes para garantir total segurança ao gestor.



Dentre tal acervo de medidas, destaca-se o seguro *D&O*, cujo objetivo fundamental é cobrir gastos decorrentes de inquéritos ou processos relacionados ao exercício da função gerencial do administrador das instituições financeiras nos âmbitos cível, administrativo e criminal, dentre outros, colaborando para a consequente proteção de seu patrimônio pessoal e para a adoção de uma política de Governança Consensual no âmbito da instituição financeira, de modo a aumentar sua longevidade.

Contudo, apesar de promissor, o seguro *D&O* ainda não é uma opção ideal, haja vista que grande parte das seguradoras, eivadas pelo *animus lucrandi*, rejeitam sob as mais absurdas e inverossímeis razões a cobertura dos sinistros que são comunicados, de modo a criar um ambiente de desconfiança no qual o segurado não vê outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário – o mesmo que eventualmente pode lhe condenar com base nos termos obscuros da Lei n.º 7.492/1986 – a fim de lograr algum valor indenizatório contra a seguradora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.
- BADARÓ; Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 34ª. Ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico, v. 1. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo; VENTURINI, Otávio. Manual de Compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CASAGRANDE, Cassio. Ministério Público e judicialização da política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.



FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. O seguro D&O e a proteção dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015.

FARIAS, Ricardo Rodrigues Farias. A natureza da responsabilidade civil dos administradores de bancos em regime especial: Lei 6.024/1974 e Dec.-lei 2.321/1987. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 65-87, jan./mar. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. Revista de direito Administrativo, 1945.

KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: volume 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PESTANA, Márcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. São Paulo: Manole, 2016, p. 57.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Editora Revista Dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RENSI, Rafael Tonet; CARVALHO, João Vinicius de Franca. O impacto da operação lava jato no mercado de seguros de responsabilidade civil de administradores e diretores no Brasil. São Paulo: EAC/FEA/USP, 2019.

ROQUE, Pâmela Romeu. Governança corporativa de bancos e a crise financeira mundial: análise comparativa de fontes do cenário brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017

ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio de 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renata de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.



SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime*. New Haven: Yale University Press, 1985.

TÓRTIMA, José Carlos. Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.