

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

4.30,00

D

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

HOMENAGEM <i>POST MORTEM</i> – PHILOMENO J. DA COSTA – CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA	3
--	---

DOCTRINA

A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente – MARISTELLA BASSO	15
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	25
→ Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA	33
C direito do acionista de participação nos lucros sociais – PEDRO A. BATISTA MARTINS	40
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – MAURO GRINBERG	51

ATUALIDADES

Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	59
Dos conceitos de financiamento e pré-financiamento – ARNOLDO WALD	74

MERCOSUL

Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – PAULO BORBA CASELLA	79
--	----

TEXTOS CLÁSSICOS

→ Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell' Impresa</i> , 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de Fábio Konder Comparato	87
---	----

JURISPRUDÊNCIA

Responsabilidade civil do Estado – Banco Central do Brasil – Falta de cumprimento do serviço de fiscalização em instituição financeira – Inocorrência da responsabilidade – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	101
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	111
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM – Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

JURISPRUDÊNCIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – BANCO CENTRAL DO BRASIL – FALTA DE CUMPRIMENTO DO SERVIÇO DE FISCALIZAÇÃO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INOCORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Ementa – Administrativo – Responsabilidade Civil – Mercado de capitais – Prejuízos Causados pelo Grupo Coroa-Brastel – CF, Art. 37, § 6.º – Lei 4.595/65 – Lei 6.024/74.

1. Afastada a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva. 2. Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas de juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeiam essas operações. Se reconhecido o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital, eliminando-se o risco nas aplicações especulativas. 3. Procedentes jurisprudenciais. 4. Recurso provido.

STJ – 1.ª T. – REsp. 43.102-6-DF - j. 05.04.1995 – Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros

Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 5 de abril de 1995 (data do julgamento).

RELATÓRIO – O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): o presente Recurso Especial (art. 105, III, *a e c*, CF) impugna o *v. aresto* do colendo Tribunal *a quo*, consubstanciado na ementa, *in verbis*:

“Responsabilidade Civil. Ação de Investidores do Grupo Coroa/Brastel Contra o Banco Central do Brasil.

1. No *affaire* Coroa Brastel a responsabilidade do Banco Central do Brasil em relação aos investidores lesados decorre do fato de que, como entidade encarregada de fiscalizar e proteger os direitos destes investidores no mercado financeiro e de capitais, omitiu-se de forma integral no cumprimento de seu dever, suspendendo, inclusive, a fiscalização do Grupo que, comprovadamente, deparava-se com insuficiência de capital de giro para bancar o total de seus financiamentos e responsabilidades.

2. Embargos rejeitados” (f.).

Segundo o Recorrente, o *v. decisum* objurgado contrariou os arts. 18, 29, 40 e 45, da Lei 6.024/74 e ainda dissentiu da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos.

O Recurso não logrou admissão na origem, subindo a esta Corte por força do provimento que dei ao agravo de Instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO – O Senhor Ministro Luiz Pereira (Relator): ergue-se que a ação foi movida por investidores do mercado de capital, de conformidade com o relatório apropriado ao v. acórdão vergastado, porque, "... atraídos pela confiabilidade chancelada pelo Banco Central, investiram suas economias no Grupo Coroa S.A. – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, sob a modalidade de aquisição de letras de câmbio.

Ignoravam os demandantes, continua a inicial, que o órgão encarregado de fiscalizar a entidade, o BANCO CENTRAL, por conivência e erros grosseiros, fazia vista grossa aos desmandos e falcatruas que se passavam no Grupo Coroa S.A., o qual continuava crescendo aparentemente e com as portas abertas, atraindo o público incauto.

Assim, paralisou o BACEN, por dois anos, a fiscalização, embora já fosse do conhecimento da Autarquia ré, desde o ano de 1980, que era insolvente a financeira Coroa, conforme ficou apurado na sindicância procedida pelo próprio demandado, sindicância esta que também constatou já ser do conhecimento da alta cúpula do BANCO que havia na Coroa a emissão de letras de câmbio frias, existência de "Caixa 2" e outras práticas ilegais.

Invocam os petionários o teor da Lei 4.728/65, diploma que atribuiu ao BACEN e ao Conselho Monetário Nacional as tarefas de disciplinar e fiscalizar o mercado financeiro, protegendo os investidores de emissões ilegais e fraudulentas.

Concluem que o proceder da Autarquia demandada tornou-a responsável pelos prejuízos causados aos investidores da instituição financeira por ela fiscalizada, porque só em 27.06.1983 é que veio a intervir na financeira COROA S/A.

A sentença julgou procedente o pedido por entender presente o ilícito indenizável.

Determinou o julgado que fossem os autores indenizados nos valores nominais aplicados, estes representados pelas letras de câmbio, devidamente corrigidos a partir da data do vencimento, incidindo juros de mora em percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação" (f.).

Com a rejeição do Embargos Infringentes, prevaleceu o julgado sumariado na seguinte ementa:

"Administrativo – Responsabilidade Civil – Falta do Serviço de Fiscalização no Mercado de

Capitais – Prejuízos causados pelo Grupo Coroa-Brastel.

1. Preliminares de carência de ação que se afastam à míngua de pertinência, porque fundamentada a controvérsia em responsabilidade civil objetiva (art. 149 do CC e art. 37, § 6º, da CF).

2. Desinfluyente a legislação invocada, Leis 4.595/65 e 6.024/74, para afastar a responsabilidade do BACEN.

3. Ausência de Fiscalização comprovada, em transgressão aos deveres legais – Lei 4.595/65.

4. Indenização procedente pelo valor integral dos investimentos.

5. Apelo improvido – Sentença confirmada."

O aguilhão recursal (art. 105, III, a, c, CF), merece ser conhecido, tal como posto na decisão que proveu o Agravo de Instrumento.

Aberto o pórtico para o exame, bem se denota que a ação objetivou indenização por danos patrimoniais atribuídos à responsabilidade do Banco Central, ora recorrente, conseqüentes de faltosa fiscalização das atividades da Coroa S.A. Corretora de Valores, de quem os investidores, aqui recorridos, adquiriram Letras de Câmbio.

Feito o momento para a compreensão da relação jurídica litigiosa, para escumar os pontos controvertidos, no pertencente às suscitadas preliminares, sem a necessidade de alçapremar outras razões, igualmente desacolhendo-as, porque convincentes, sustento a fundamentação marcada no aguilhoetado v. aresto.

Na enseada do mérito, sem tardança, particularizo o bem elaborado voto condutor da maioria, como prelóquio, recordando precedentes da Corte Suprema e a Lei 6.024/74 (art. 39), embora encastoando a culpa, fazendo a conjugação com o art. 37, § 6.º, Constituição Federal, no sentido de atribuir responsabilidade ao Banco Central, averbou:

"... Se as irregularidades existentes na instituição financeira não tivessem a culposa conivência do BACEN, resolver-se-ia o ressarcimento pelas normas insertas na Lei 6.024/74, cabendo à empresa a liquidação dos prejuízos.

Entretanto, como ficou demonstrado, não é possível que a falta de competência fiscali-

zadora do BACEN ausente por absoluta má-fé a que serviu de elemento protetor às fraudes nas emissões de letras de câmbio frias, não leve à responsabilizar a Autarquia, eis que aí reside o nexo de causalidade entre a falta de serviço e o dano. E este, *data venia* é inquestionável.

A posição do Juiz Olindo Menezes no sentido de entender que na responsabilidade objetiva o dano deve ser direto, o que, na hipótese afastaria o nexo da causalidade, não me impressiona, *data venia*, porque, como dito, a própria Lei 6.024/74, se fosse observada pelo BACEN, teria evitado o prejuízo que aqui se questiona, pelo mecanismo das reservas destinadas a atender os investidores. E estas, no caso da Coroa, não existiam, em evidente desrespeito às normas pertinentes.

Houve, sem dúvida, falta de serviço que, se existente, impediria a monumental fraude, cujas conseqüências estão sendo imputadas aos investidores, em absoluto descompasso com a responsabilidade do órgão público" (f.).

Pelas estrias das razões lineadas, vicejado o debate que se seguiu (f.), embora se cogitasse, até mesmo, da culpa concorrente (subjéctiva), a final, anotada a proclamação do resultado do julgamento, "nos termos do voto a Sra. Juíza Relatora" (cert. f.), abordando que houve a omissão, prevaleceu a responsabilidade objetiva por omissão (art. 37, § 6.º, CF). Donde me parece, nesse aspecto, equivocada a afirmação, quanto à admissibilidade do recurso, contida na r. decisão de f., assoalhando que "...a questão jurídica posta em debate foi resolvida à luz do art. 159 do CC (...)". Engano conseqüente à errônea referência feita pela parte recorrente (f.).

Feito o alinhamento desses tópicos, pela banda da omissão, sufragada pelo v. julgado a responsabilidade objetiva, é preciso considerar o seu conceito jurídico e aplicação, ou não, ao caso concreto.

Com esse projeto fim, cumpre dizer que, em relação à Administração Pública, necessariamente, a responsabilidade objetiva só poderá resultar de comportamentos que atinjam os administrados. Essa garantia, nas suas várias etapas da história do Direito Brasileiro, no pertencente ao exame acima proposto, teve acolhimento constitucional desde a Carta de 1946, continuando expressamente forrada na atual (art. 37, § 6.º).

Implica dizer que, ocorrendo o dano, quanto à sua progênie, dispensando-se a demonstração do dolo ou culpa, só cogitável na hipótese do direito regressivo contra o responsável; contudo, necessária a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ente público.

Nesse cenáculo, também deve ser mencionado que, na espécie, conforme o conteúdo do julgado quanto à responsabilidade objetiva, presagiada a falta de serviço, não se identifica qualquer chamamento específico a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo (este, dispensando a "falta do serviço").

Fincados esses pontos, agora, tem primazia o somido da omissão, cônsono o julgado, causa de cogitado ato ilícito, vertente da obrigação do BACEN indenizar os alardeados prejuízos patrimoniais aos investidores, ora recorridos, nesse toar, pela pertinência, anotando-se que:

"Em face do texto constitucional brasileiro, de conseguinte, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores de reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não – a causou. Donde não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva" (Celso Antonio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. Malheiros 1993, p. 447 a 451).

Com entusiasmada e manifesta adesão, sobre o tema, objetivamente, perfilou a exímia administrativista Lúcia Valle Figueiredo, a dizer:

"No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso Osvaldo Aranha Bandeira de Mello.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjéctiva.

Assim é porque, para configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente” (in *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed., Malheiros Ed., p. 176).

Em assim estudada a responsabilidade objetiva, o julgado revela contradição. Sim, porque, na esteira das lúcidas lições colacionadas, se a lesividade ocorreu por omissão, “... haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou — “Donde não há cogitar, neste caso, de responsabilidade objetiva” (autores e obras cit.). Por último, aponto que essa contradição poderia ter sido corrigida na via dos Embargos Declaratórios, se interpostos pelos Recorridos; porém, silentes, permitiram que a fundamentação do julgado persistisse.

Arrematando, pela senda argumentativa do v. julgado, afastadas as teorias do “risco integral” e do “risco administrativo”, tal como posto, incorreu a responsabilidade objetiva *por omissão*.

Sim, a foco da omissão, advindo danos, então, serão imputáveis a terceiros, porque a causa lesiva é outra. Como predito, a omissão teria condicionado sua ocorrência, mas não a causou, de conseguinte, descogitando-se da responsabilidade objetiva “por omissão”, não estando pautado no julgado o comportamento comissivo, de vez que, sem ele, repita-se, não haverá causa. Nesse toar, não podendo esse alguém responder pelo que não fez, por essa ordem de idéias, como a omissão supõe dolo ou culpa, em tese, amoldar-se-ia a responsabilidade subjetiva.

Davante, pois, ficando acentuado pelo v. acórdão de que se trata de comportamento omissivo, elidindo a culpa presumida, faltando o elemento psicológico-normativo (culpa ou dolo) para vincular o BACEN, com estridência, desata-se que o julgado não pode prevalecer.

De permeio, no âmbito do nexa causal, flagelando a conduta administrativa com os reclamados danos patrimoniais sofridos pelos investidores, procede reparar que se prenderiam aos riscos próprios do mercado financeiro, no qual a atração reside nas altas taxas dos juros e expectativa de lucros sobre o capital investido. As taxas de juros, de regra, são bem maiores daquelas pelo mercado comum, por correspondência com os altos riscos das aplicações financeiras (v.g.: letras de câmbio, CDB etc.). Aliás, por ser público e notório, sabe-se que à época, a Coroa S.A. pagava juros altíssimos, bem acima da média do mercado financeiro, fato que, por si, deveria servir de alerta para os aplicadores, diante de evidente sinalização de que vigorosos riscos rodeavam as operações. A frustração dos lucros avultados, substituídos pelos prejuízos, estão ao redor dos investimentos especulativos de risco. Daí não se filiar à boa razão, compartilhar socialmente os prejuízos, certo que, se obtidos os lucros não seriam socializados. Junte-se que, a rigor, reconhecer o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital especulativo, elidindo-se o risco do mercado de capitais, instrumento da economia capitalista.

Essas razões, outrossim, encontram seguro ancoradouro na autorizada manifestação do eminente Ministro José Dantas, lembrada nos autos e contida na Suspensão de Segurança 5.761 (reg. 6182569), assim:

omissis “No caso, dolorosa seria essa lesão, ao fazer-se substituir o devedor inadimplente pelo Tesouro, jogando-lhe aos ombros o insucesso do especulador, apenando-se o Estado pela culpa *in eligendo* de quem, por livre operação na mesa do *over* ou do *open*, preferiu a sedução das maiores taxas prometidas pelas financeiras à oferta das maiores garantias de tradição no mercado, da seriedade dos negócios, de competência das gerências, garantias essas facilmente aquilatáveis pelo investidor”.

A tocar sobre os prefalados riscos igualmente, calha à fiveleta, sobre a temática, os incisivos comentários com o timbre do eminente Ministro Eduardo Ribeiro:

“... se me afigura que o Tesouro Nacional não haverá, como disse, de arcar com tais ônus. Quem entra no mercado financeiro sabe dos riscos e, se não deseja corrê-los, existem tipos

de investimentos que são, sabidamente, integralmente garantidos pelo Governo Federal. Preferindo os que carecem de tais garantias assumem eles próprios os riscos" (Ap. Cível 100.455-X – Rel. Min. Américo Luz – in DJU de 07.08.1986).

Em derradeiro lanço, bandeando-se a perquirição pelas veredas da jurisprudência, em recursos manejando a mesma questão de fundo, levantar-se precedentes contrários à pretensão indenizatória, confira-se: Apo. Cível 104.593-RJ - rel. Min. Assis Toledo - in DJU de 24.08.1987; Resps. n. 23.721-3-RJ e 47.223.7-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, respectivamente, julgados em 26.08.1992 e 23.05.1994.

Por todo o exposto, tal como lineado no v. acórdão sob a verina recursal, afastando o "risco integral" e o "risco administrativo" e, no caso, desordenada a responsabilidade objetiva *por omissão*, voto provendo o recurso.

É o voto.

Aditamento ao Voto

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Senhor Presidente, em razão da fundamentação do voto, pode ter sido gerada a impressão de que a relação jurídica litigiosa cinge-se unicamente à questão constitucional. Não, não é, à vista da fundamentação do acórdão. O recurso abordea legislação infraconstitucional mencionada, inclusive com a invocação do art. 159 CC, de certo modo, revelando contradição do julgado: colaciona idéias em torno do art. 159 quanto à culpa, ou seja, quanto à responsabilidade subjetiva; trata da responsabilidade objetiva por omissão, à luz do art. 37, § 6.º, CF e, a final procurou demonstrar que teria havido negligência por parte do Banco Central, desatendendo exigências que são feitas pelas leis que organizaram o sistema financeiro brasileiro com especiais alusões à Lei 6.024, de 1974.

Fiz esse aditamento porque no prólogo do voto, não esmiucei as razões do provimento do agravo e com isso, poderia parecer que fiquei desatento aos requisitos de admissibilidade.

Há um outro aspecto: nesta Turma, foram julgados três precedentes sobre a mesma questão: portanto, conhecidos os recursos. Outrossim, o eminente Advogado, da tribuna referiu-se a precedente da egrégia Segunda Turma.

Assim, Senhor Presidente, foram essas as minhas considerações aditivas como razões, a mais, para justificar o conhecimento do recurso.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de março de 1995.

VOTO VISTA – O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: – Sr. Presidente, Srs. Ministros, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira fez o seguinte relatório sobre o feito: (lê)

"O presente recurso especial (...) agravo de instrumento interposto."

Após esse relatório, o eminente Min. Milton Luiz Pereira demonstrou haver vários precedentes nesta egrégia Corte, tanto na colenda Primeira Turma quanto também na conspícua Segunda Turma todos no sentido de acolher a tese defendida pelo Banco Central afastando a responsabilidade do mesmo, tendo que ressarcir, por perdas e danos, os investidores portadores de títulos da Coroa Brastel.

Pedi vista dos autos, porque fiquei em dúvida com relação à admissibilidade do recurso, mas pela leitura dos autos tive plena consciência de que não poderia pairar dúvida quanto ao conhecimento. Assim analisando melhor o feito, verifico que estão presentes os pressupostos da admissibilidade.

Conheço do recurso e, na linha dos precedentes, como bem demonstrado pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, acompanho S. Exa. para dar-lhe provimento.

VOTO VISTA — O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: — Sr. Presidente, Srs. Ministros, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira fez o seguinte relatório sobre o feito: (lê)

“O presente recurso especial (...) agravo de instrumento interposto.”

Após esse relatório, o eminente Min. Milton Luiz Pereira demonstrou haver vários precedentes nesta egrégia Corte, tanto na colenda Primeira Turma quanto também na conspícua Segunda Turma todos no sentido de acolher a tese defendida pelo Banco Central afastando a responsabilidade do mesmo, tendo que ressarcir, por perdas e danos, os investidores portadores de títulos da Coroa Brastel.

Pedi vista dos autos, porque fiquei em dúvida com relação à admissibilidade do recurso, mas pela leitura dos autos tive plena consciência de que não poderia pairar dúvida quanto ao

conhecimento. Assim analisando melhor o feito, verifico que estão presentes os pressupostos da admissibilidade.

Conheço do recurso e, na linha dos precedentes, como bem demonstrado pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, acompanho S. Exa. para dar-lhe provimento.

CERTIDÃO — Certifico que a Egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Democrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de abril de 1995.

COMENTÁRIO

No momento em que vários setores da sociedade brasileira discutem a responsabilidade do Banco Central do Brasil diante da quebra recente de vários bancos de grande e médio porte e de uma enorme quantidade de instituições pequenas no País (Banespa, Banerj, Econômico, Nacional etc.), *calha bem à fiveleta*, na expressão do douto Juiz Relator do STJ, Ministro Milton Luiz Pereira, expressar algumas considerações sobre o tema, conforme tratado no acórdão ora comentado. A decisão vertente não é isolada, pois o tema, conforme tratado no acórdão ora comentado. A decisão vertente não é isolada, pois aresto posterior veio a confirmá-la (REsp. 45.952 — 1.ª T., do mesmo relator, DJU 18.09.1995, transcrito na íntegra na RT 722/305). A preferência pela abordagem da primeira dessas decisões deu-se pelo fato do desenvolvimento mais amplo da matéria, que ali foi dada.

Nesta ocasião, retomo o assunto da responsabilidade do Estado, que foi ob-

jeto de comentário feito anteriormente, no número 90, p. 75, desta mesma Revista, procurando enriquecer o leitor, assim, como a orientação adotada pelos tribunais nesse tipo de controvérsias.

Como se recorda, o Grupo Coroa-Brastel teve a sua liquidação extrajudicial decretada na década de 80, da qual resultou prejuízo financeiro para inúmeros investidores, alguns dos quais ajuizaram ações de responsabilidade civil contra o Banco Central do Brasil.

No caso do acórdão sob exame, a sentença de 1.ª instância julgou procedente o pedido, por entender presente o ilícito indenizável. Na apelação, a sentença foi confirmada tendo em conta, segundo a ementa correspondente, ter ocorrido falta de serviço de fiscalização no mercado de capitais, de cuja configuração decorreria a responsabilidade do órgão fiscalizador.

As razões acolhidas na apelação foram, em síntese, as seguintes:

a) os credores prejudicados haviam sido atraídos pela confiabilidade chanceada pelo Banco Central, tendo investido suas economias no Grupo Coroa-Brastel;

b) Ignoravam que o BACEN, *por conivência e erros grosseiros, fazia vista grossa aos desmandos e falcatruas praticados naquele grupo financeiro, o qual continuava com as portas abertas e aparentando crescimento normal;*

c) Teria sido fartamente comprovado pela própria *alta cúpula do BACEN*, previamente à liquidação, *que havia na Coroa a emissão de letras de câmbio frias, existência de "Caixa 2" e outras práticas ilegais;*

d) Assim sendo, o procedimento da Autarquia demandada tornou-a responsável pelos prejuízos causados aos investidores, porque somente em 27.06.1983 veio a intervir na financeira Coroa.

e) Caso o Banco Central não tivesse sido culposamente conivente, as irregularidades existentes naquelas instituições financeiras teria sido resolvidas apenas e tão-somente pela aplicação da Lei 6.024/74, cabendo à empresa a liquidação dos prejuízos.

f) O nexó de causalidade entre as irregularidades e o dano sofrido pelos credores residiria, justamente, *na falta de competência fiscalizadora do BACEN, ausente por absoluta má-fé e que serviu de elemento protetor nas emissões de letras de câmbio frias.*

g) Dessa forma, prevaleceu a responsabilidade objetiva por omissão.

No Recurso Especial, o STJ reverteu a orientação até então dada pelo Judiciário, por votação unânime, deixando de reconhecer responsabilidade ao Banco Central.

A conclusão à qual chegou aquele corte passou, em síntese, pelo estudo da caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, da relação de causa e efeito e da existência de livre arbítrio dos investidores, como participantes de um mercado de risco.

De acordo com o STJ, a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva do Estado, mas, adotando confessadamente conhecida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sujeita ao fato de que *os danos ensejadores da reparação hajam sido causados por agentes públicos (...) e, se não forem eles os causadores, se incorrem em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, sua responsabilidade objetiva (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed., 1993, p. 447-451).*

Sabe-se, de acordo com os grandes administradores brasileiros (Celso Antônio Bandeira de Mello, Aguiar Dias, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, entre tantos outros), que a responsabilidade pública tem sido discutida à luz de três teorias principais, a da *culpa administrativa*, a da *falta de serviço* e a do *risco integral*.

1. A *culpa administrativa* teria lugar nas hipóteses de acidentes imputáveis ao Estado, desde que não se conseguisse apurar qual o funcionário responsável;

2. O reconhecimento da existência de *falta de serviço*, ou, ainda, do *mau ou do tardio ou, ainda, do não-funcionamento do serviço* gerariam a responsabilidade direta e objetiva do Estado, não sendo necessário examinar-se a culpa, seja civil, seja administrativa (Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1994, 4.^a ed., p. 237-238). A

teoria não apresentaria uma aplicação absoluta e generalizada, mas teria lugar, no caso concreto, diante de uma situação média daquilo que poderia ser razoavelmente exigido do Estado, como comportamento.

3. Quanto à *teoria do risco integral*, seu ponto fulcral estaria na existência de dano causado pelo Estado, independentemente da identificação do autor individual, preconizado o seu pagamento por Cretella Júnior, mesmo nas situações de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções. Segundo essa teoria, a responsabilidade do Estado nasceria diante da simples demonstração da existência de um nexo causal entre a ação ou omissão e o dano dela resultante. Já não seria o caso de necessitar-se cogitar de culpa, nem da razoabilidade da prestação do serviço público, mas, apenas, da presença de relação entre a causa proveniente do Estado e o resultado danoso experimentado pelo particular (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Saraiva, SP, 1980, p. 87).

Segundo essa última doutrina, ainda, a culpa da vítima deve ser levada em conta, desse fato decorrendo três possibilidades: responsabilidade exclusiva do Estado, responsabilidade concorrente com o particular, ou responsabilidade exclusiva do particular.

A grande questão, como se sabe, nas palavras do eminente Juiz Relator, estava em saber-se se o Estado omitiu-se ou se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de ficar caracterizada a insuficiência da prestação de serviço, tendo ele, no estudo do caso, em suas próprias palavras, procurado afastar-se da *teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo*.

Examinando-se detidamente a fundamentação do Recurso Especial, verifica-se que o STJ, pela sua 1.^a Turma, enten-

deu não cabível a responsabilidade do Estado, mesmo diante de uma omissão direta do BACEN na fiscalização do Grupo Coroa-Brastel porque, em primeiro lugar, a omissão por parte do órgão público poderia ter condicionado a ocorrência de danos, mas não foi sua *causa*; e, ainda, considerando-se que os investidores prejudicados teriam tido como causa dos danos que sofreram a sua própria iniciativa, pois presumidamente sabiam que não era normal a taxa de juros que o grupo financeiro Coroa-Brastel estava pagando aos títulos por ele emitidos, na época de suas aplicações.

O fato de o Banco Central ter permitido a continuidade no mercado de um grupo financeiro já reconhecido como patrimonialmente insolvente teria, segundo a concepção do STJ, em uma sutil linha de argumentação, apenas *condicionado* a ocorrência dos danos, mas não teria sido a sua *causa* econômica e jurídica. Esta *causa* teria sido exclusiva dos próprios investidores, os quais, por terem arriscado os seus cabedais em troca de uma remuneração expressivamente anormal, teriam logrado quebrar o nexo de causalidade que justificaria a aplicação da teoria de risco integral.

Procurando ilustrar a noção de *condicionamento do dano*, para seu melhor entendimento, poderíamos imaginar que a administração de um parque florestal colocasse uma fragilíssima ponte de cordas por sobre um abismo, dando-se ao transeunte a opção de ganhar tempo pela sua utilização, arriscando-se numa passagem altamente perigosa, ou seguir pelo caminho regular de uma ponte segura, cujo uso aumentasse o percurso a ser feito. Dentro desse exemplo, passar pela escada e sofrer um acidente seria culpa exclusiva da vítima, deixando de existir responsabilidade do Estado no caso de algum acidente. Reconhece-se a imperfeição do exemplo, mas parecer que ele dá uma certa noção da mensagem transmitida pelo STJ no julgamento em causa:

naquela oportunidade, a busca de lucro excessivo pelos investidores corresponderia a passa pela ponte de cordas, os quais assim teriam preferido ao invés de utilizar-se da passagem que dava a segurança necessária.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que, na visão do STJ, o exercício de fiscalização por parte do Estado corresponderia apenas a uma *obrigação de fazer* e não a uma *obrigação de resultado*. E mesmo, *deixar de fazer* não lhe atribuiria responsabilidade na medida em que não se estabelecesse relação de causa e efeito entre essa omissão e o dano sofrido por particular, no campo da atuação do poder fiscalizador estatal.

Nessa ordem de idéias, ao Banco Central caberia atuar no sentido geral da regularidade e eficiência do mercado como um todo, sem qualquer ligação direta com os particulares, sujeitos ao risco da perda de seus investimentos, risco esse inerente ao próprio mercado. Portanto, contrariamente a uma das afirmações da sentença de primeira instância, àquele órgão fiscalizador não caberia cancelar nenhuma instituição financeira individualmente considerada.

Além disso, segundo o STJ, o Judiciário estaria fugindo de suas atribuições e eliminando o risco normalmente existente nas aplicações financeiras, tomando uma atitude de proporcionar por sentença uma verdadeira socialização de prejuízo verificados no mercado.

Algumas questões permanecem em aberto, a serem respondidas por aquela Alta Corte diante de novas oportunidades nas quais o seu pronunciamento venha a ser requerido. Assim sendo, pode-se indagar se a decisão viria a ter a mesma direção nos casos em que os investidores tivessem aplicado seus re-

ursos na obtenção de taxas normais de juros e não segundo aquelas exorbitantemente praticadas pela Coroa-Brastel. Parece que o destino de uma ação judicial em tais circunstâncias seria o mesmo da isenção de responsabilidade do Estado, pois, segundo o Ministro Eduardo Ribeiro, ao Tesouro Nacional não caberia ressarcir credores, pois, *quem entra no mercado financeiro sabe dos riscos e, se não deseja corrê-los, existem tipos de investimento que são, sabidamente, integralmente garantidos pelo Governo Federal* (conforme a lembrança de sua manifestação, feita pelo Ministro Relator Milton Luiz Pereira no aresto em estudo, referente à Ap. Cível n. 100.445-RJ, DJU de 07.08.1986).

Nessa linha de argumentação, é melhor que o investidor se esqueça da existência do Banco Central como órgão fiscalizador e preocupe-se em examinar cuidadosamente onde e como aplicar as suas economias, se resolver fazê-lo nos mercados financeiro e de capitais, sabendo, apenas, que poderá contar, dentro dos limites estabelecidos, com o recentemente criado seguro de crédito, na medida em que esse sistema vier verdadeiramente a funcionar.

O risco é inerente ao mercado. O Estado somente seria responsabilizado perante os investidores em circunstâncias excepcionais, desde que houvesse relação direta de causa e efeito entre sua ação ou omissão e prejuízos que aqueles viessem a sofrer.

Por todas as mazelas que o Banco Central do Brasil tem passado nesses trinta e dois anos de existência, verifica-se que falta faz a sua verdadeira independência.

Investidores, façam o seu jogo! A banca está aceitando apostas.