

PARECERES

Direito Empresarial. Apelações Cíveis interpostas contra sentença que julgou extinta, sem resolução de mérito, por inépcia da inicial, ação de responsabilidade civil proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, após 16 (dezesesseis) anos em curso.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RJ

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0054190-13.1997.8.19.0001

Apelante 1: MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelante 2: Geraldo Eugênio Tonelli

Apelante 3: Espólio de Francisco Murilo Zerbini, representado por seu inventariante José Eduardo Zerbini

Apelante 4: Roberto Freire Severino Duarte

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO

Ana Lúcia Catão Magalhães Pinto e Outros

Relator: Desembargador Dr. Wagner Cinelli

EMENTA: *Direito Empresarial. Apelações Cíveis interpostas contra sentença prolatada em junho de 2013, julgando extinta sem julgamento do mérito, **por inépcia da inicial**, ação de responsabilidade civil proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 1997, visando o ressarcimento de prejuízo que, à época da propositura da *actio*, atingia o montante de **R\$7.594.518.406,61 (sete bilhões, quinhentos e noventa e quatro milhões, quinhentos e dezoito mil quatrocentos e seis reais e sessenta e um centavos)**. Através de decisão complementar, provocada por embargos declaratórios, foram mantidas as cautelares referentes a constrições de bens de alguns dos réus. Apelação ministerial que deixa claro o erro cometido pelo magistrado sentenciante ao extinguir uma ação, após 16 (dezesesseis) anos em curso, eis que inexistente a inépcia reconhecida. Resta patenteado que a exordial reúne os elementos indispensáveis para que a *ampla defesa* pudesse ser exercitada ensejando, destarte, uma sentença de mérito. Fundamento de *falta de descrição individualizada da conduta de cada réu* para o desvio bilionário perpetrado que se esboça diante da própria tese, hoje prevalente no E. Superior Tribunal de Justiça,*

caracterizada pela *responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova*. Mesmo em sede penal, onde está em jogo a *liberdade de locomoção*, a jurisprudência da supracitada Corte de Justiça mitigou, em sede de direito penal econômico, tal requisito. Processo que chegou à fase instrutória com realização, inclusive, de perícia contábil, estando praticamente maduro para sentença final de mérito. Condições de bens que devem ser mantidas eis que a cautelar só perde o objeto após o trânsito em julgado da ação principal (REsp 320.681/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon). Parecer no sentido do **conhecimento e provimento do recurso ministerial, “reformando-se a r. sentença de fls. 5188/5225, possibilitando o julgamento do mérito da demanda pelo MM. Juízo de 1º grau”** e pelo desprovimento dos apelos formulados pelos ilustres Drs. Advogados com relação às medidas constritivas de bens, mantendo-se, assim, a decisão complementar de fls. 5306/5307.

PARECER:

Excelentíssimo Desembargador Relator, Egrégia Câmara:

Tratam os autos de *apelações cíveis* regular e tempestivamente interpostas pelo Ministério Público e pelas defesas de Geraldo Eugênio Tonelli, Espólio de Francisco Murilo Zerbini e Roberto Freire Severino Duarte contra a sentença de fls. 5188/5225, de lavra do MM. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana, que, em ação de responsabilidade civil, rejeitou as *“preliminares de ilegitimidade ativa, de falta de interesse de agir, e de decadência do direito e ação”* (verbis, grifado no original), acolhendo, outrossim, *“a preliminar de inépcia da inicial, para o fim de extinguir o feito sem apreciação de mérito, na forma do art. 267, I, art. 295, I, pg único, I, do CPC”* (sic, grifado no original). Não houve condenação da parte autora, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos ônus sucumbenciais, eis que não constatada a comprovada má-fé no tocante à propositura da *actio*. A sentença foi complementada por força dos embargos declaratórios de fls. 5241/5244, rejeitados pela decisão que se encontra às fls. 5306/5307 assim lançada: *“Com efeito, a sentença embargada foi alvo de apelação ministerial recebida nesta oportunidade nos efeitos suspensivo e devolutivo, e, por óbvio, pode ser modificada, o que recomenda a manutenção das condições sobre os bens dos réus, determinadas nas cautelares que precederam a este feito, até porque os arrestos têm por objetivo garantir a satisfação de eventual provimento condenatório nesta ação de responsabilidade civil. Assim, considerando que o recurso possui caráter manifestamente infringente, eventual irrisignação deverá ser manifestada perante a E. Instância Revisora”* (ipsis litteris). Razões e contrarrazões estão acostadas ao processo, essas últimas prestigiando o *decisum* monocrático, excetuando-se os três apelantes que pleitearam a reforma parcial do mesmo para cessação das condições impostas nos seus bens.

Preliminarmente, comungo do mesmo sentimento, que eu traduziria de perplexidade, externado pelo ilustre colega de *Parquet* quando assinala:

“Após 16 anos de tramitação da presente ação de responsabilidade em face dos ex-administradores do Banco Nacional, com o objetivo de ressarcimento do passivo a descoberto de R\$7.594.518.406,61 (SETE BILHÕES, QUINHENTOS E NOVENTA E QUATRO MILHÕES, QUINHENTOS E DEZOITO MIL, QUATROCENTOS E SEIS REAIS E SESSENTA E UM CENTAVOS), a coletividade, representada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, é surpreendida com a extinção do processo sem resolução do mérito, por inépcia da inicial, sob o fundamento de ausência de causa de pedir” (*verbis*, grifos no original).

Em artigo de minha autoria, publicado na Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro número 13 (jan./jun.2001), intitulado *“A vaidade e as formas jurídicas (Limites Éticos ao Princípio da Ampla Defesa)”*, assim me expressei:

*“O processo civil é o campo fértil para as manifestações narcísicas. Até porque o nosso Código de Processo Civil, se mal utilizado, pode levar o vaidoso ao clímax do formalismo. Quanto mais complicada a questão, quanto mais dinheiro estiver em disputa, maior número de folhas terá o feito. Abundam as citações, as digressões, as explicações, as interpretações, as empolações. Qualquer interlocutória merece um agravo. O mandado de segurança é outra opção estratégica. E o parecer encomendado a um grande jurista? Como diz Roberto Lyra Filho no seu grandioso livrinho “O que é Direito”: *Catar frases é um passatempo de quem só faz negócio com assinatura de avalista e vive procurando uma firma célebre e desprevenida para as suas promissórias. Um pensamento, uma filosofia é um organismo em movimento, uma resposta intelectual aos estímulos duma práxis e cada noção, conceito, proposição têm de ser, não pinçados mas inseridos no movimento da obra.*¹ Fato é que a decisão final parece inalcançável. Sofre aquele que possui o bom direito porque num determinado momento, cansado da espera e sem entender as explicações de seu advogado, numa atitude de defesa psicológica, começa a achar que não tem razão...O bom direito se perdeu no labirinto processual...”*

¹ Roberto Lyra Filho, *“O que é Direito”*, pág.111, “Editora Brasiliense”, 1982.

E, num parágrafo distinto, acrescentei:

“Interessante notar que esse jogo estético é discriminatório e antidemocrático, concentrando-se, especialmente, nos processos que envolvem partes de poder aquisitivo alto. Tanto assim que em sede penal, onde a clientela predominante se constitui de pobres, predomina a concisão, a laconicidade e o desenfeite. E o processo se torna rápido e contundente. A vaidade está presente mas de molde a não atrapalhar o desenrolar do feito: ela é apenas cerimonial.”

I- DO APELO MINISTERIAL:

Como muito bem analisado pelo ilustre e culto Promotor de Justiça Dr. Márcio Souza Guimarães, no judicioso parecer de fls. 5228/5239, a **petição inicial não pode ser considerada inepta** apresentando fundamentos que, a nosso juízo, são inquestionáveis e imbatíveis, merecendo transcrição de excertos nas linhas que seguem, evitando-se, com isso, *bis in idem* supérfluo neste parecer :

“Em que pese o brilho do i. magistrado sentenciante, laborou em grave erro ao extinguir o processo sob o argumento principal de que:

“a ação deflagrada está viciada em seu nascedouro”.

Assim o fez com fundamento na modificação da posição jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade dos ex-administradores de instituições financeiras.

Como cediço, tal responsabilidade, quando da propositura da presente ação, **era considerada de natureza objetiva**, sendo necessária somente a demonstração de que se tratava de um ex-administrador de instituição financeira para que fosse obrigado ao ressarcimento do passivo a descoberto quando do decreto de liquidação extrajudicial (STJ Resp 172736/RO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, Julgado em 10/06/2003).

A jurisprudência mais recente do E. Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do eminente Min. João Otávio de Noronha, foi modificada, passando a interpretar que trata-se de **responsabilidade subjetiva com presunção iuris tantum de culpa** (STJ, REsp 962265/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, 4ª Turma, Julgado em 14/06/2011).

Trata-se, *mutatis mutandi*, nada mais, do que esse E. Tribunal de Justiça tanto conhece em matéria consumerista: **inversão do ônus da prova**. O fato é apontado pelo autor e o réu tem o ônus de provar ausência de culpa.

Desta feita, com o novo entendimento jurisprudencial, proposta a ação de responsabilidade em face dos ex-administradores de instituições financeiras, nos termos dos arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74, **demonstrando o fato de que eram gestores**, caberá aos ex-administradores a prova de que agiram dentro dos limites exigidos pela moderna teoria da *business judgement rule*, onde as decisões tomadas na gestão cotidiana foram *informadas, refletidas e desinteressadas*.

Em nota de rodapé: "Corte de Delaware. Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971): "a court will not substitute its own notions of what is or is not sound business judgment if the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company". Processo Administrativo Sancionador CVM Nº RJ 2005/1443 - julgado em 10.05.06."

Cabe, assim, ao autor da ação, o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, demonstrar o fato: quem eram os ex-administradores da instituição financeira no período legal alcançado pela norma inserta no art. 36, § 1º, Lei 6.024/74, qual seja 12 (doze) meses anteriores ao decreto de liquidação extrajudicial.

A modificação jurisprudencial fez com que o i. sentenciante julgasse que o Ministério Público não foi capaz de demonstrar, em sua exordial, quais foram os fatos imputados aos ex-administradores do Banco Nacional S.A., para que estes pudessem exercer o direito de defesa, elidindo a presunção de culpa contra eles indicada.

Todavia, parece ao *Parquet* que tanto em **1997**, bem exerceu seu *munus*, como em **2013**, se fosse o caso, nada mudaria na redação de sua petição inicial.

Realmente a ilustre representante do Ministério Público, Dra. Norma Chrissanta Dias, "bem exerceu seu *munus*" como se pode depreender do bojo da peça inicial apresentada **em 1997**, consoante se pode ler do trecho abaixo transcrito:

"Foi nomeada uma Comissão de Inquérito pelo Presidente do BACEN para apurar as causas que levaram a empresa à situação ruínosa e apontar os responsáveis pelas irregularidades praticadas na gestão da mesma, sendo os réus únicos administradores da empresa liquidanda nos períodos acima mencionados em que foi constatado passivo a descoberto, e responsáveis pela prática dos graves atos descritos minuciosamente na conclusão da apuração e no relatório da Comissão de Inquérito do BACEN, a cujos termos se reporta o requerente, e que passam a fazer parte integrante da presente para todos os fins de direito.

Concluído o inquérito, foi apurado o prejuízo de **R\$7.594.518.406,61 (sete bilhões, quinhentos e noventa e quatro milhões, quinhentos e dezoito mil, quatrocentos e seis**

reais e sessenta e um centavos) todo ele de responsabilidade dos ex-administradores do BANCO NACIONAL S/A (artigo 40, Lei 6.024/74), que demonstra a situação de insolvência da liquidanda, bem como a impossibilidade de pagamento dos credores apenas com o seu patrimônio líquido.

Tão grave quanto o montante do dinheiro ilicitamente desviado pelos ex-administradores é o fato de que foram violadas regras do sistema financeiro, desconsiderando a autoridade de ocupantes dos mais altos escalões da República, afetando o regime de reservas cambiais e monetárias do país, com reflexos incalculáveis na nossa situação econômica e pondo em risco a sua estabilidade.

Os ex-administradores se utilizaram de ilegais manobras contábeis para ludibriar a fiscalização e fazer crer que o ativo da empresa era capaz de torná-la respeitável e sólida, mantendo em níveis regulares a captação de clientela, enquanto eles, candidamente, remetiam expressivas quantias para o exterior, ora se valendo de empresas coligadas ou não, ora se valendo de inexistentes contas bancárias de correntistas não residentes no país, ora se utilizando do pretexto de quitar dívidas contraídas por meio de cartão de crédito internacional, além de uma ampla e variada gama de manobras financeiras fraudulentas.

Enquanto os correntistas traziam seus recursos e aplicações para o banco, os ex-administradores, após convertê-los em dólar, deles se apossavam.

Os expedientes e manobras desta natureza se repetiram de forma surpreendente, durante os últimos nove anos, havendo possibilidade de anteriores e assemelhadas ilicitudes, já que, por exiguidade temporal, a comissão de inquérito não pôde mais se aprofundar.

Assim, a obrigação de ressarcir os prejuízos causados aos credores da liquidanda funda-se no direito e na moral, especialmente no artigo 46 da Lei nº 6.025/74 e art. 19 do Decreto-Lei 2.231 de 25-02-1987.

Os prejuízos causados aos credores e investidores da liquidanda atingiram o direito indisponível da coletividade, requerendo, desta forma, a punição daqueles que aproveitando-se da condição de administradores lesaram inúmeros credores" (verbis).

Onde há inépcia da petição inicial? Destaque-se, v.g., do item 2.2.2 do relatório elaborado pela Comissão do BACEN, apontado na exordial, que doze ex-administradores “apresentaram explicações de conteúdo idêntico, razão pela qual podem ser analisados em conjunto (fls.12967/12990)” (verbis). E mais:

“As alegações apresentadas não ofereceram nenhum esclarecimento que pudesse modificar as responsabilidades dos ex-administradores, como consignado na ‘Conclusão da Apuração’, para os efeitos do artigo 43 da Lei nº 6.024/74.”

Os ex-administradores praticamente limitaram-se a arguir ausência de imputação individual de responsabilidade. Alegação esta descabida de se discutir no inquérito, por não ser aqui o foro próprio para o debate. Como, aliás, está fartamente demonstrado em nossa introdução” (ipsis litteris, fls. 18/19).

Importante salientar, também, que outros ilustres magistrados funcionaram no presente feito ao longo de todo esse tempo. E aquele que, em primeiro lugar, tomou conhecimento da inicial, foi o saudoso e festejado Desembargador Dr. Paulo Cesar Salomão, com quem tive a honra de trabalhar. E, ao invés de determinar a aplicação do artigo 284 do Código de Processo Civil, exarou, simplesmente, o despacho “Citem-se” (verbis, fl. 42), em 10 de julho de 1997. Sua Excelência poderia, se fosse o caso, ter determinado a emenda ou a complementação da petição inicial, no prazo de dez dias e se o Ministério Público não cumprisse a diligência, a exordial seria indeferida, ensejando, destarte, a hipótese prevista no artigo 267, inciso I, do diploma processual. Fato é que o Juiz, à época, entendeu estar “em termos a petição inicial”, cumprindo o disposto no artigo 285 do CPC. Mas outra não poderia ser a solução porque **A PETIÇÃO INICIAL NÃO É INEPTA**.

O processo prosseguiu normalmente chegando à fase instrutória com o despacho proferido pelo ilustre magistrado Dr. Orlando de Almeida Secco, proferido em 16 de agosto de 2001, nos seguintes termos:

“Especifiquem provas, justificando-as, para o devido exame das suas necessidades ao deslinde do ‘themma’” (verbis, fls. 2541).

E a prova pericial, fundamental para o deslinde da demanda, chegou a ser produzida, conforme se verifica do laudo acostado às fls. 3129 *usque* 3211. Ora, depois de todo esse trabalho desenvolvido pelas partes, pelo perito e pelo próprio Juiz durante todos esses anos, chega-se à conclusão que a petição inicial é inepta e que o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito?

Retornando-se ao ponto central da discussão, recorreremos, novamente, aos ensinamentos ministrados pelo ilustre colega Dr. Márcio Souza Guimarães:

“Em **26 de junho de 1997**, quando a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça era no sentido da responsabilidade objetiva dos ex-administradores do Banco Nacional S.A., o **MINISTÉRIO PÚBLICO** não poderia ter redigido outra petição inicial, senão a apresentada.

O Prof. Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 23ª ed. , Atlas: São Paulo, 2012, p.356) bem define o que vem a ser a **causa de pedir**, dividindo-a em próxima e remota, *verbis*:

‘A necessidade de indicação da causa de pedir vem expressa no art. 282, III, do CPC, que fala em fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Os fatos a que se refere a norma são os que compõem a causa de pedir próxima, ou seja, os fatos que – segundo a descrição do demandante – lesaram ou ameaçaram o direito de que o mesmo afirma ser titular. Já os fundamentos jurídicos são, em verdade, a causa de pedir remota, ou seja, o título (o fato constitutivo) do direito afirmado pelo autor’.

A **causa de pedir próxima** (*os fatos*) está bem delineada na inicial, demonstrando: 1) a decretação da liquidação extrajudicial do Banco Nacional S.A. e 2) quem eram os seus ex-administradores.

E a **causa de pedir remota** (*direito afirmado pelo autor*) é evidente, com fundamento nos arts. 39, 40 e 46 da Lei 6.024/74, não sendo necessário maior exercício de raciocínio nesse ponto.

Ressalte-se que caso a petição fosse distribuída em **2013**, esse **Parquet Empresarial** não adotaria postura diferente, eis que os fatos alegados e o direito indicado, seriam os mesmos, havendo apenas a **inversão do ônus da prova**, cabendo aos réus a demonstração de que: 1) ou não eram administradores ou 2) apesar de terem sido administradores, não agiram culposamente para a liquidação extrajudicial do Banco Nacional S.A., **elidindo, assim, a presunção de culpa**, nos termos da nova jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, caso fosse identificado na ação de responsabilidade civil que os réus não tiveram qualquer culpa na liquidação extrajudicial do Banco Nacional S.A., como parece fazer crer a r. sentença vergastada, seria hipótese de extinção do processo com resolução do mérito, julgando-se improcedente o pedido, mas jamais, com todas as vênias, **rechaçar a inicial do MINISTÉRIO PÚBLICO, decorridos 16 (dezesesseis) anos, sob a pecha de inepta”** (*verbis*).

Outro fundamento relevante a ser analisado diz respeito à **impossibilidade de se detalhar de forma minuciosa, a conduta de cada réu na prática do ilícito objeto de apuração judicial**. Mesmo em sede penal, onde a **liberdade de locomoção** está em jogo, a jurisprudência de nossos Tribunais concluiu pela inexistência dessa “descrição”, quando da instauração do processo por crime societário. É o que se pode ler da jurisprudência abaixo colacionada.

Processo

AgRg no REsp 1265623/RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2011/0160529-1

Relator(a)

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150)

Órgão julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data de Julgamento

26/11/2013

Data da Publicação/Fonte

DJe 11/12/2013

Ementa

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 142, 145, 146 E 149 DO CTN. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MATÉRIA ANALISADA NO HC N. 103.424/RS. 2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO VERIFICAÇÃO. DINÂMICA DELITIVA DEVIDAMENTE NARRADA. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. 3. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA INOCORRENTE. SÓCIOS ADMINISTRADORES. 4. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 5. OFENSA AO ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTASE VOTOS. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. NÃO OBSERVÂNCIA AO ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC E AO ART. 255/RISTJ. 7. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tema relativo à violação aos arts. 142, 145, 146 e 149 do Código Tributário Nacional, haja vista a suposta ausência

destituição definitiva do crédito tributário, já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 103.424/RS. Patente, portanto, já ter ocorrido a devida prestação jurisdicional.

2. A denúncia atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, tendo o Ministério Público apontado de forma clara a conduta perpetrada, descrevendo como teria ocorrido a dinâmica do crime e em que circunstâncias os fatos aconteceram. Tem-se, portanto, assegurado o conhecimento da conduta criminosa imputada, de forma a permitir o perfeito exercício do direito de defesa, não podendo, assim, ser apontada como inepta a inicial acusatória.

3. Tem-se admitido como válida a denúncia nos denominados crimes societários, que embora não descreva minuciosamente a atuação individual dos acusados, efetivamente demonstra o liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado, no caso, pela condição de sócios-administradores da empresa.

4. Não é possível no recurso especial revolver fatos e provas com o fito de verificar se o arcabouço carreado aos autos mostra-se apto a respaldar a condenação penal, nos termos do que dispõe o verbete n. 7 da Súmula desta Corte: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

5. Devidamente demonstrado o dano no montante de R\$ 48.555.281,68 (quarenta e oito milhões, quinhentos e cinquenta e cinco mil, duzentos e oitenta e um reais e sessenta e oito centavos), valor que efetivamente justifica a incidência da causa de aumento trazida no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990.

6. Os recorrentes não se desincumbiram de demonstrar a suposta divergência jurisprudencial nos termos do que disciplinam os arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, deixaram de proceder ao devido cotejo analítico, não tendo demonstrado as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, limitando-se a transcrever ementas e votos o que inviabiliza o exame do apontado dissídio.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Consoante salientado pelo ilustre colega de *Parquet*:

“Com a complexidade que se verifica a atividade empresarial nos dias atuais, é praticamente impossível uma investigação mais detalhada de todas as atividades desses agentes dentro da empresa, não sendo razoável exigir a individualização destas, sob pena de se abraçar a impunidade e a ineficácia das leis, que regem o tema” (verbis).

Paradoxalmente, assinala o MM. Juiz prolator da sentença, às fls. 5.212, que:

“Com o assentamento, pela jurisprudência do STJ, da responsabilização subjetiva dos ex-administradores de instituição financeira, não há como aferir a prática de gestão temerária ou fraudulenta do agente sem que antes lhe seja imputado dolo ou culpa nos atos de administração.

Na responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova – aplicável ao caso presente – o diferencial em relação à responsabilidade subjetiva simples se restringe ao aspecto processual de distribuição do ônus da prova, mas permanece o elemento da culpabilidade, que deve estar inserida na conduta imputada” (*sic*, grifamos).

E, como asseverado pelo douto representante do *Parquet*:

“Nesse diapasão, não poderia a r. sentença recorrida acolher a tese dos réus de que o Ministério Público deveria indicar todas as condutas praticadas por estes (ressalte-se que são 25 réus na presente ação). **Pelo contrário, tal ônus cabe a cada um dos réus, ex-administradores do Banco Nacional, comprovando que agiram com total zelo na época em que exerciam a função de gestores**, baseados na indigitada teoria da *business judgment rule*.

É esse o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão, estranhamente, fundamentou a r. sentença recorrida” (verbis).

Eis o aresto do E. Superior Tribunal de Justiça supracitado:

Processo

REsp 962265/SP

RECURSO ESPECIAL

2007/0109773-8

Relator(a)

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Órgão julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data de Julgamento

14/06/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 22/06/2011

RSTJ vol. 223 p. 447

Ementa

DIREITO CIVIL E BANCÁRIO. REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA (RAET). AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEI N. 6.024/1974, ARTS. 39 E 40. DECRETO-LEI N. 2.321/1987, ART. 15. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OCORRÊNCIA EM TESE. INEXISTÊNCIA DE CREDORES INSATISFEITOS E DE PASSIVO A DESCOBERTO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CABIMENTO.

1. O art. 39 da Lei n. 6.024/1974 trata de hipótese de responsabilidade subjetiva dos administradores e conselheiros fiscais de instituição financeira submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial, falência e administração temporária. Respondem eles somente pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido com culpa ou dolo.

2. O art. 40 também cuida de responsabilidade subjetiva e apenas complementa o dispositivo anterior, estabelecendo a solidariedade entre os administradores culposos e a instituição financeira em relação às obrigações por esta assumidas durante a gestão daqueles, até que sejam cumpridas.

3. *A Lei n. 6.024/1974, todavia, autoriza a inversão do ônus da prova, de modo que compete aos administradores da instituição demonstrar que atuaram com o devido zelo, a*

fim de não serem responsabilizados pelos prejuízos causados (grifamos).

4. O art. 15 do Decreto-Lei n. 2.321/1987 prevê, uma vez decretado o Regime de Administração Especial Temporária - RAET, a responsabilidade objetiva do controlador, que, solidariamente com os ex-administradores da instituição, responderá pelas obrigações por esta assumidas, até o montante do passivo a descoberto, apurado em balanço que terá por data-base o dia da decretação do RAET.

5. Controlador é a pessoa natural ou jurídica que detém parcela do capital votante que lhe possibilite exercer a administração de fato da companhia, não se confundindo, no caso das empresas estatais, com os agentes políticos que representam a pessoa de direito público titular dessas ações.

6. O Ministério Público é parte legítima para propor ação de responsabilidade contra administradores de instituições financeiras sujeitas ao regime de administração especial temporária. Poderá nela prosseguir, mesmo em caso de levantamento do regime especial, desde que remanesça interesse público a ser tutelado.

7. Falta-lhe, no entanto, interesse processual para propor ou prosseguir em ação de responsabilidade objetiva se comprovada a inexistência de credores não satisfeitos e de passivo a descoberto da instituição, caso em que a discussão a respeito da legitimidade ativa torna-se inócua.

8. O Ministério Público, em ação civil pública e suas subsidiárias, só pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais em caso de comprovada má-fé.

9. Recurso especial desprovido. Recurso especial adesivo não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e não conhecer do recurso especial adesivo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antônio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, pela parte RECORRIDA:

ANTÔNIO AUGUSTO MESQUITA NETO

II - DOS APELOS INTERPOSTOS PELOS RÉUS GERALDO EUGÊNIO TONELLI, ESPÓLIO DE FRANCISCO MURILO ZERBINI E ROBERTO FREIRE SEVERINO DUARTE.

Nas razões constantes de fls. 5.325/5.335, os ilustres patronos de Geraldo Eugênio Tonelli, reconhecem que *"após a produção das provas, foi proferida na ação principal (ação indenizatória em referência), a qual foi julgada extinta, sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, I c/c 295, parágrafo único, I do CPC..."* (verbis). Sustentam, em síntese, que se aplica à hipótese em julgamento o disposto no artigo 808, inciso III, do diploma processual, assinalando, outrossim que *"a cessação da eficácia da medida cautelar independe do trânsito em julgado da ação principal. Isto porque a existência de uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ou de improcedência implica na inexistência do fumus boni iuris autorizador da irradiação dos efeitos da ação acessória acauteladora"* (litteris). Ao final, requerem *"a reforma da decisão de primeira instância apenas no tocante a cessação da eficácia das medidas cautelares 0080460-11.1996.8.19.0001 e 0080493-98.1996.8.19.0001, com a determinação de imediato cancelamento da constrição sobre os bens indicados às fls. 16/17 da ação cautelar de arresto nº 0080460-11.1996.8.19.0001 e às fls. 9/10 da ação cautelar de arrolamento nº 0080493-98.1996.8.19.0001"* (verbis). Os ilustres Advogados do Espólio de Francisco Murilo Zerbinini, nas razões de fls. 5.355/5.360, sob o fundamento de que *"no curso desta demanda, o apelante foi absolvido criminalmente, tendo o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconhecido sua inocência e o eximindo de quaisquer responsabilidades por eventuais fraudes ocorridas no âmbito do extinto Banco Nacional (fls. 4.133/4.274)"* (verbis), sendo que a referida decisão absolutória já transitou em julgado (fls. 4.384), requerem, ao final, seja reconhecida a cessação da eficácia das medidas cautelares, *"ordenando-se, por conseguinte, o imediato cancelamento das constrições efetuadas sobre todos e quaisquer bens de sua propriedade nos autos da ação cautelar de arresto nº 1996.001.077776-9 e de arrolamento nº 1996.001.077805-1"* (litteris). Finalmente, os ilustres patronos de Roberto Freire Severino Duarte, nas razões recursais de fls. 5.426/5.431, afirmando, também, que o Apelante foi absolvido criminalmente, por decisão transitada em julgado e que *"mesmo diante da extinção desta ação sem resolução do mérito, o que culminou na cessação dos efeitos da medida cautelar (art. 808, III, do CPC), o MM. Juízo entendeu por bem manter o arresto"* (litteris), requerem a reforma da sentença para que seja reconhecida a cessação da eficácia das medidas cautelares, *"ordenando-se, por conseguinte, o imediato cancelamento das constrições efetuadas sobre todos e quaisquer bens de sua propriedade nos autos da ação cautelar de arresto nº 0080449-79.1996.8.19.0001 (1996.001.077774-5) e da ação cautelar de arrolamento nº 1996.001.977829-4"* (verbis).

As contrarrazões foram apresentadas pelo ilustre Promotor de Justiça Dr. Márcio Souza Guimarães e se acham acostadas às fls. 5.635/5.638.

Consoante salientado pelo ilustre colega de Parquet:

"Os apelantes argumentam ser imprescindível a cessação da eficácia das medidas cautelares deferidas em seu desfavor, em razão da prolação de sentença que extinguiu o processo principal

sem julgamento do mérito. Para tal, invocam o disposto no artigo 808, inciso III do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

- I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;
- II- se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;
- III- se o Juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito."

Entretanto, olvidam-se que o art. 808, III do CPC deve ser interpretado sistematicamente, levando em conta o teor do art. 807 do CPC, segundo o qual as cautelares conservam sua eficácia na pendência do processo principal. Isso ocorre porque o processo cautelar tem função meramente instrumental e objetiva proteger a futura prestação jurisdicional, que, eventualmente, pode ser submetida a risco de desgaste em razão da demora na entrega do provimento jurisdicional definitivo, a ser dado no processo principal.

No presente caso, é evidente que a prematura cessação da eficácia das medidas cautelares traria enorme prejuízo no caso de eventual reforma da sentença de fls. 5.188/5.225. Conforme consta dos autos, há uma imensa coletividade de credores na hipótese em comento, sendo certo que foi descoberto um passivo de R\$7.594.518.406,61 (SETE BILHÕES, QUINHENTOS E NOVENTA E QUATRO MILHÕES, QUINHENTOS E DEZOITO MIL, QUATROCENTOS E SEIS REAIS E SESSENTA E UM CENTAVOS), corrigidos apenas até a data da distribuição da inicial da ação de responsabilidade civil, que se deu em 26/06/1997!

Diante desse quadro, é evidente que subsiste o interesse na manutenção da cautela enquanto não julgado definitivamente o processo principal, dada a possibilidade de alteração do entendimento anteriormente proferido. Adotar entendimento em sentido contrário, mormente no presente caso, significaria esvaziar a proteção dada à eficácia da decisão proferida no processo principal.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

"PROCESSUAL CIVIL- AÇÃO CAUTELAR - JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL - ART. 808, III, DO CPC - INTERESSE.

1. Embora a defeituosa redação do art. 808, III do CPC sugira a ideia de que, com a prolação da sentença na ação principal cessa a eficácia da medida cautelar, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 807 do mesmo diploma, segundo o qual a cautelar conserva sua eficácia na pendência do processo principal. Assim, somente perde o objeto a cautelar após o trânsito em julgado da ação principal.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 320.681/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2002, DJ 08/04/2002, p. 190)."

Este E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se manifestou de forma análoga consoante se lê da jurisprudência que ora trazemos à colação:

0042286-49.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. JESSE TORRES - Julgamento: 23/02/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. Medida cautelar. Decisão que declara extinto o arresto, liberando os bens da constrição, diante da extinção do processo principal. Recurso de apelação que se conhece diante do fato de que a decisão proferida não pode ser considerada como interlocutória; ainda que assim não fosse, diante do princípio da instrumentalidade das formas, é o caso de aproveitar-se o recurso, dada a inexistência de má-fé do apelante ou erro grosseiro. Preliminar de nulidade que se rejeita: embora haja previsão legal de suspensão do processo quando do falecimento da parte, não se há de cogitar a nulidade dos atos praticados posteriormente se não ocorreram prejuízos aos sucessores, a seu representante legal ou a seu procurador na lide (CPC, artigos 265, I, e 266). Aplicabilidade do princípio *pas de nullité sans grief* (CPC, artigos 249 e 250). *No mérito, o processo principal foi extinto, porquanto negado provimento ao recurso especial interposto, vindo aos autos notícia do respectivo trânsito em julgado.* Admissão, pela parte final do art. 807 do CPC, de modificação ou de revogação da medida cautelar a qualquer tempo, inclusive após haver sido proferida sentença, dado que esta não faz coisa julgada material diante da instrumentalidade da ação cautelar. Mantida a extinção do processo autônomo de execução por falta de título e de interesse de agir, não se percebe mais a presença dos requisitos específicos da tutela cautelar, a justificar a manutenção da liminar. Desprovimento do recurso. **(Grifamos em itálico).**

Outro aspecto a ser examinado, *in casu*, diz respeito à absolvição criminal de dois dos Apelantes, fato que pode gerar, em tese, a impossibilidade de prosseguimento da ação de responsabilidade civil em relação aos mesmos. Em tese porque, em determinados casos, elencados nos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal, ainda que absolvido criminalmente, o réu não fica a salvo de eventual ação de responsabilidade civil, como se dá, por exemplo, na hipótese da inexistência de prova suficiente para a condenação (inciso VII). Fato é que o tema em exame adentra o mérito da própria ação de responsabilidade civil que foi extinta prematuramente (apesar do longuíssimo tempo decorrido) por inépcia da inicial. **Parece-nos que, no caso destes autos, o que importará,**

em primeiro lugar, para a cessação ou não das cautelares, será o resultado final do julgamento deste feito. Daí a prudência do magistrado de primeiro grau em não antecipar qualquer decisão acerca da matéria, complementando a sentença em sede de embargos declaratórios com efeitos infringentes.

Para finalizar, reiteramos o **prequestionamento** dos artigos 267, I e 295, I e § único, I, do Código de Processo Civil e dos artigos 39, 40 e 46 da Lei 6.024/74 para eventual interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário.

Do exposto, adotando integralmente as razões expostas nos pareceres de primeiro grau, de lavra do culto Promotor de Justiça Dr. Márcio Souza Guimarães, a Procuradoria de Justiça opina no sentido do **conhecimento e provimento do recurso ministerial, “reformando-se a r. sentença de fls. 5.188/5.225, possibilitando o julgamento do mérito da demanda pelo MM. Juízo de 1º grau”** e pelo **desprovimento dos apelos formulados pelos ilustres Drs. Advogados com relação às medidas constritivas de bens, mantendo-se, assim, a decisão complementar de fls. 5.306/5.307.**

Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 2014.

Adolfo Borges Filho
Procurador de Justiça