

RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO CENTRAL

Maria Isabel Vergueiro de Almeida Fontana, advogada, associada de Demarest Advogados, finalizou seu LLM na Queen Mary University, em Londres, em Commercial Law e é mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo pretende investigar a responsabilidade do Banco Central do Brasil ("Banco Central") por danos causados a terceiros, principalmente em casos de omissão ou falha no exercício de suas funções de fiscalização, intervenção e liquidação de instituições financeiras.

O estudo está baseado no entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, tendo sido constatado que, via de regra, em casos de omissão, a responsabilidade do Banco Central é subjetiva e muitas vezes com aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, devendo o próprio Banco Central demonstrar o cumprimento fiel de suas obrigações.

No entanto, na prática, raríssimos são os casos de condenação do Banco Central ao pagamento de indenização, por ausência de nexo causal direto entre a conduta do Banco Central e o dano causado a investidores, elemento essencial para caracterizar a responsabilidade civil.

1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é uma das grandes estrelas do direito. Aparece na esmagadora maioria das discussões jurídicas e das ações judiciais.

Afinal, é natural imaginar a quantidade de danos dos mais diversos tipos que são suportados na vida em sociedade, bem como razoável se esperar que aquele que tenha sido atingido pretenda ser indenizado e colocado em situação análoga à anterior, como se tal dano nunca tivesse ocorrido.

Todavia, não é raro nos depararmos com ações indenizatórias propostas por vítimas que visam a transferir o risco assumido para terceiros.

Assim, a missão do Poder Judiciário nesses casos é apurar a existência de todos os elementos ensejadores do dever de indenizar, quais sejam, (i) o ato ilícito, (ii) o dano e sua extensão, (iii) o nexo de causalidade entre conduta e dano e (iv) a culpa do agente, salvo em casos de responsabilidade objetiva, em que a culpa é dispensada.

Processualmente, a regra imposta pelo Código de Processo Civil é que cabe ao autor da ação provar os fatos constitutivos de seu suposto direito. No entanto, especialmente em casos de hipossuficiência econômica e/ou financeira do Autor, o ônus da prova é invertido para que ao Réu seja imposto o dever de provar os fatos desconstitutivos, extintivos ou modificativos do direito o Autor.

Em casos de ações judiciais propostas por investidores contra o Banco Central, por omissão deste no exercício de sua função de fiscalização de Instituições Financeiras, a Doutrina e a Jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que é necessária a constatação de culpa do Banco Central, no entanto, ela é presumida. Ou seja, cabe ao próprio Banco Central demonstrar que atuou com diligência, prudência e perícia no exercício de suas funções.

Muito embora a culpa seja o elemento responsável pela polêmica ao redor da Responsabilidade Civil, o que se vê em casos envolvendo o Estado e principalmente o Banco Central é a descaracterização do nexo de causalidade direto e efetivo entre a omissão do Banco Central e o dano suportado pelos investidores ou credores.

Isso porque nos casos de ações indenizatórias propostas por investidores de determinada instituição financeira contra o Banco Central, deve ser demonstrado que caso o Banco Central tivesse adotado outra postura ou agido de forma diferente, aquele banco ou instituição não teria liquidado e, conseqüentemente, os investidores não teriam suportado os alegados danos.

No entanto, o que se percebe numa análise prática é que normalmente a liquidação dos bancos – pelo Banco Central - decorre de má gerência destes ou de características externas do mercado, riscos estes que são assumidos pelos investidores e pelos administradores das instituições financeiras, rompendo assim o nexo de causalidade com a conduta do Banco Central.

De qualquer forma, tendo em vista a importantíssima função exercida pela autoridade monetária nacional, busca-se no presente trabalho apurar quais exatamente são as funções do Banco Central e quais as conseqüências da atuação inadequada ou insuficiente desta Autarquia Federal, competente por zelar pela liquidez e solvabilidade das Instituições Financeiras.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Em regra, são indenizáveis os danos causados em decorrência da prática de ato ilícito, de forma dolosa ou culposa.

Muito embora em regra o dever de indenizar exija a conduta culposa ou dolosa do agente, o Brasil adotou o chamado sistema dualista. Isso porque a própria lei também prevê exceções em que a responsabilidade civil subsiste mesmo em casos em que se constate que o ato ilícito não foi intencional, tampouco decorrente de negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil prevê a Responsabilidade Civil Objetiva, que tem como fundamento a teoria do risco. Esclarece tal dispositivo que em casos especificados em lei ou em casos em que a atividade desenvolvida seja de risco, o dever de indenizar subsistirá mesmo que a conduta não tiver sido culposa ou dolosa.

Isso ocorre porque em tais atividades de risco o dano é previsível e chega, inclusive, a ser inserido no custo final do produto ou do serviço. Assim, usualmente os consumidores pagam mais caro e antecipadamente por um dano que eventualmente o fornecedor venha a ser condenado a ressarcir.

Há doutrinadores que defendem que nesse tipo de atividade de risco, apenas aquele que tenha tirado proveito do ato danoso responderá pelo dano. Trata-se da chamada Teoria do risco-proveito¹. Contudo, a teoria mais aceita é a do risco-criado, defendida por Sergio Cavaliere Filho² e Caio Mário³, de acordo com a qual o mero fato de a atividade exercida gerar riscos para terceiros já é suficiente para a caracterização do dever de indenizar.

Entretanto, como é notório, nem o agente que exerce atividade de risco pode ser condenado a indenizar terceiro por dano causado, se não estiver presente o vínculo entre a atividade e o dano, ou seja, o nexo de causalidade.

Assim, se da ação ou omissão não decorrer direta e imediatamente o dano, não há nexo de causalidade e, portanto, não há Responsabilidade Civil, eis que os requisitos ensejadores do dever de indenizar devem estar simultaneamente presentes.

¹ René Savatier defende a aplicação da teoria do risco proveito aos atos de necessidade, sob o fundamento de que retirando o proveito do seu ato, deveria o autor indenizar a vítima e afirmava que no ato de necessidade não haveria culpa, tratando-se de uma responsabilidade objetiva, qualquer que fosse seu fundamento. O ato necessário cessa de ser culposos, sob a condição de que o autor suporte a reparação do mal que fez a outrem. (LIMA, Alvino. Culpa e risco).

Facchini Neto, por sua vez, aponta que a responsabilidade civil “se explica porque o agente teria criado um risco para os demais, ou porque retirou algum proveito de uma coisa ou do trabalho de outrem”. (FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo Código”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2003)

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. Ed., rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

³ Caio Mário defende a teoria do risco criado e explica a diferença entre as teorias envolvendo o risco: “A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito de risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é; porém, mais equitativa para vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as conseqüências de sua atividade. O exemplo do automobilista é esclarecedor: na doutrina do risco proveito a vítima somente teria direito ao ressarcimento se o agente obtivesse proveito, enquanto que na do risco criado a indenização é devida mesmo no caso de o automobilista estar passeando por prazer. (cf Alex Weili e François Terré, Droit Civil, Les obligations, nº 590, p. 605)”. In PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, p.285.

Para se constatar a existência do nexo de causalidade, deve-se responder afirmativamente à seguinte pergunta: se aquela conduta não tivesse sido praticada, ou se determinada conduta obrigatória tivesse sido praticada, o dano teria sido evitado?

Normalmente, de todos os requisitos ensejadores do dever de indenizar, o nexo de causalidade é o mais difícil de comprovar, como veremos mais adiante.

3. O RISCO

O risco está ligado ao sucesso. Por mais que o prejuízo suportado por quem muito se arrisca possa ser grande, por outro lado, o sucesso dificilmente será alcançado por quem se mantém na zona de conforto. Nesse sentido, William Shakespeare já sentenciava:

“Nossas dúvidas são traidoras e nos fazem perder o que, com frequência, poderíamos ganhar, por simples medo de arriscar.”

Esse elemento desconhecido e ainda não verificado no tempo está diretamente relacionado ao sucesso material e à lucratividade. Quanto maior o risco assumido em investimentos, maior a rentabilidade. Como se sabe, a poupança por exemplo oferece pouca rentabilidade por ser um investimento de baixíssimo risco.

No cenário bancário, indaga-se: exercem as instituições financeiras atividades de risco? O investidor assume o risco inerente ao investimento? Há algum tipo de controle externo sobre os riscos ou sobre a relação banco-investidor? Em casos de liquidação de Instituição Financeira, de quem é a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados aos investidores?

Muito embora o risco seja de fato inerente à atividade financeira, há variáveis que extrapolam a razoabilidade ou até mesmo a legalidade na prática, caracterizados, por exemplo, por eventual fraude, abuso de direito ou mesmo má administração.

Justamente buscando evitar prejuízos ou danos que vão além daqueles previsíveis nos negócios jurídicos celebrados com instituições financeiras é que surge o Banco Central.

Como a atividade bancária envolve interesse público, deve ser regulada e fiscalizada. Sobre essa questão, Ivo Waisberg, em obra sobre o tema, pontua:

“(...) A atividade bancária envolve o interesse público não só pela grande influência exercida na situação monetária, com a criação de moeda escritural, pelo papel de viabilização de alocação de recursos vital ao capitalismo, mas também por ser utilizada como instrumento na condução da política econômica do Estado e por tratar com a massa enorme de poupadores. Em razão disso, tal atividade é visualizada de forma diferenciada, com grande regulamentação e fiscalização. Todo o processo de interpretação das normas ligadas à atividade bancária deve sempre ter como base a defesa do interesse público.”⁴

Para nos aprofundarmos no tema, imprescindível analisarmos o surgimento do Banco Central no Brasil e no mundo, sua real função e suas obrigações, o que faremos a seguir.

4. A ATIVIDADE BANCÁRIA

A atividade bancária consiste, em suma, na intermediação de crédito, ou seja, receber à vista e emprestar à prazo. Instituições financeiras de um modo geral fazem intermediação e concedem empréstimo por meio da criação de moeda escritural.⁵

⁴ Waisberg, Ivo. “Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais: regimes especiais de intervenção, liquidação judicial e Regime de Administração Especial Temporária – Raet. São Paulo. Ed. RT, 2002”. P. 28.

⁵ Para Ivo Waisberg, “As instituições financeiras podem ser bancárias e não bancárias. As bancárias englobam os bancos comerciais e os bancos múltiplos. As não bancárias são bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de arrendamento mercantil, as cooperativas de crédito, as sociedades de crédito imobiliário e as associações de poupança e empréstimo.” Waisberg, Ivo. Responsabilidade Civil dos Administradores de bancos comerciais: regimes especiais de intervenção, liquidação judicial e Regime de Administração Especial Temporária – Raet. São Paulo. Ed. RT, 2002. P 37.

Fábio Ulhoa Coelho, ao dissertar sobre contratos bancários, defende que "a atividade típica de banco é a intermediação de recursos monetários, ou seja, dinheiro."⁶

Há, contudo, doutrinadores que defendem que o papel do banco não é de intermediação, uma vez que o banco atua em nome próprio. Fran Martins, por exemplo, define banco como "empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros e o empréstimo de importâncias em seu próprio nome, aos que necessitam de capital".⁷

Qualquer que seja a definição de atividade bancária adotada, fato é que a natureza da atividade bancária é diferenciada e extremamente complexa. Não é por outra razão que possui tratamento especial e um regime jurídico próprio e diferenciado, que visa principalmente a assegurar a confiança do mercado.⁸

O elemento confiança nas instituições financeiras é imprescindível para o desenvolvimento de um Estado Capitalista, sendo que a quebra da confiança pode gerar um colapso e a quebra do sistema financeiro nos moldes capitalistas.

Nesse sentido, o objetivo do Conselho Monetário Nacional, de acordo com a Lei 4595/64 é (i) adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional, (ii) regular o valor interno e externo da moeda, (iii) orientar a aplicação de recursos das instituições financeiras, (iv) zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras e (v) coordenar as políticas monetárias, creditícia, orçamentária e fiscal.

⁶ Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Direito de empresa. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. Vol. 3. p. 126 - 127

⁷ Martins, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Rio de Janeiro. Forense. 1993. P. 485

⁸ Segundo Luis Roberto Troster, o tratamento especial dos bancos também advém da vulnerabilidade de tal atividade, "a partir do momento em que se disseminam simples boatos sobre as dificuldades de uma instituição, o que não é raro num processo de negociação, especialmente quando submetido a um processo público demorado de avaliação e aprovação, como são os submetidos ao CADE" Troster, Luis Roberto. Os bancos são diferentes? Concorrência e Regulação no sistema financeiro.

Dada a importância da atividade financeira e sua relação com o interesse público, imprescindível a criação de um órgão estatal responsável pelo controle e fiscalização das instituições financeiras, o Banco Central.

5. O SURGIMENTO DO BANCO CENTRAL NO BRASIL E NO MUNDO

O primeiro Banco Central da história foi criado na Inglaterra, em 1694. Após a Conferência de Bruxelas, em 1920, quarenta e oito Bancos Centrais foram criados, principalmente na América Latina.

No entanto, no Brasil, o Banco Central foi criado apenas no início da Ditadura Militar, em 1964, através da Lei nº 4595/64.

Antes disso, o papel de emissor de moeda era desempenhado pelo Banco do Brasil (de 1908 a 1945) e pela Superintendência da Moeda e do Crédito – Sumoc (de 1945 a 1964).

Mas por que o Banco Central do Brasil foi criado tão tarde, comparado com o resto do mundo? De acordo com as explicações do próprio Banco Central⁹, uma das principais razões pela longa demora na sua criação foi a existência do Banco do Brasil, constituído em 1808, por D. João.

O Banco do Brasil desempenhava um duplo papel: exercia funções de depósitos, desconto e emissão de moeda, além de venda de produtos privatizados da administração e contratos reais.

Durante a presidência de Getúlio Vargas foi criada a Sumoc, com a finalidade de controlar o mercado financeiro e combater ou ao menos controlar a inflação que ameaçava o país.

⁹ www.bcb.gov.br

As principais funções da Sumoc eram: fixar percentuais de reservas obrigatórias dos bancos comerciais, das taxas do redesconto, da assistência financeira de liquidez, dos juros sobre depósitos bancários e supervisionar a atuação dos bancos comerciais, orientar a política cambial e representar o País junto a organismos internacionais.

O Banco do Brasil, por sua vez, controlava as operações de comércio exterior, o recebimento dos depósitos dos bancos comerciais e a execução de operações de câmbio em nome de empresas públicas e do Tesouro Nacional.

Durante este período quem exercia a função de emissor de Moeda era o Tesouro Nacional.

Finalmente em 1965 o Presidente Castello Branco promulgou a lei 4.595/65, que transformou a Sumoc em autarquia federal, com sede na capital da república (ou seja, inicialmente no Rio de Janeiro e posteriormente no Distrito Federal, Brasília), com personalidade jurídica e patrimônio próprio.

O Banco Central, então, passou a adotar mecanismos voltados ao desempenho do papel de "banco dos bancos", até que em 1988 a autoridade monetária foi transferida do Banco do Brasil para o Banco Central e as atividades relacionadas ao fomento e à administração da dívida pública federal foram transferidas para o Tesouro Nacional.

Importante mencionar que Banco Central não é considerado uma instituição financeira por não realizar operação de intermediação. É uma autoridade monetária nacional, destinada ao abastecimento do sistema econômico, conforme a seguir se verá mais pormenorizadamente.

5. O BANCO CENTRAL DO BRASIL E SUAS FUNÇÕES

Tendo em vista a importância das funções exercidas pelas instituições financeiras, o desenvolvimento da atividade bancária deve sofrer intervenção estatal tanto (i) no âmbito regulatório, ao estabelecer quais são as políticas monetárias que

devem ser respeitadas, quanto (ii) no âmbito de fiscalização, ao exigir das instituições financeiras o cumprimento fiel às normas e política financeira para autorização de funcionamento - que por sua vez pode ser repressiva ou preventiva.

Como se viu no tópico anterior, o Banco Central foi criado em 1964, através da Lei 4595/64 que extinguiu a antiga Sumoc e a transformou na autarquia federal, Banco Central do Brasil.

Na qualidade de autarquia federal, o Banco Central possui personalidade jurídica de direito público. Assim sendo, sua responsabilização pode ser equiparada à responsabilidade do Estado - o que não significa que o Estado responda ou seja solidariamente responsável pelos atos praticados pelo Banco Central, como se verá oportunamente.

Como o Banco Central do Brasil é uma autarquia, deve ter quantas funções a lei determinar. O Banco Central atua nos planos regulatório e de fiscalização e suas funções são listadas pelo Artigo 10 da Lei 4595/64.

No entanto, as funções típicas, clássicas, habituais do Banco Central do Brasil são as seguintes:

- (i) **Execução da Política Monetária**: tal função pode ser resumida na emissão de moeda e, via de consequência, no controle da quantidade de moeda em circulação no país. Tal competência exclusiva do Banco Central é outorgada pelo artigo 164 da Constituição Federal, bem como pelo artigo 10, I da Lei 4595/64;
- (ii) **Administração de reservas estrangeiras**: em outras palavras, cabe ao Banco Central o controle da política cambial, o que está previsto pelo artigo 10, VII e VIII da Lei 4595/64;
- (iii) **Preservação da liquidez do sistema bancário**: para exercer tal função, o Banco Central deve emprestar – por meio de redesconto – o valor suficiente para que determinado banco consiga liquidar

diariamente as suas posições. Ou seja, justamente para preservar o sistema bancário, o Banco Central tem um controle diário sobre a situação dos Bancos.

Sobre a última função descrita acima, qual seja, a preservação da liquidez do sistema bancário, importante lembrar que o Banco Central tem como ter controle da liquidez dos bancos. Nesse sentido, Ivo Waisberg pontua:

“(…) de se observar que em razão dela, **o BACEN possui o conhecimento diário da situação de liquidez do banco, pois se um banco vai por dias seguidos ao redesconto, é de se concluir que sua saúde financeira não está indo bem, e é um alerta para que o BACEN exerça seu poder de fiscalização** e utilizando-se dos instrumentos de intervenção, para evitar que se cause outro prejuízo ao mercado como um todo.”¹⁰ (Grifou-se)

O artigo 10 da Lei 4595/64, no entanto, prevê inúmeras outras funções, além das típicas supramencionadas¹¹, de modo a criar mecanismos para proteger o sistema financeiro, permitindo que o Banco Central intervenha sempre que necessário.

Pode-se dizer que essas demais funções previstas pela lei são **atípicas**, mas evidentemente devem ser obedecidas pela autoridade monetária.

Uma das funções atípicas é a de fiscalização, prevista, por exemplo pelo artigo 10, IX da Lei 4595/64, que permite que o Banco Central aplique penalidades às instituições financeiras.

¹⁰ WAISBERG, Ivo. Responsabilidade Civil do Estado no Exercício da Regulação da Atividade Bancária. In Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Pires, Luis Manuel Fonseca; Benacchio, Marcelo (coords), Responsabilidade civil do Estado – Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹¹ Jairo Saddi inclui no rol de funções típicas do Banco Central, o “exercício da Política Monetária” além das funções típicas aqui consideradas, quais sejam, execução da política monetária, administração de reservas estrangeiras e preservação da liquidez do sistema bancário. In verbis: “necessário distinguir as funções clássicas, habituais, próprias de qualquer banco central, daquelas outorgadas pelos vários diplomas legais, ao longo de sua existência... No primeiro grupo, podemos classificar como típicas as operações de poder emissor, de administração de reservas internacionais, da preservação da liquidez do sistema bancário, ou operações de assistência financeira ao mercado; e de exercício da política monetária” (Saddi, Jairo. O poder e o Cofre. 1995, p. 198)

Os demais incisos do artigo 10 da Lei 4595/64 também outorgam ao Banco Central direitos e obrigações fundamentais para o exercício da fiscalização e controle do sistema financeiro. Isso porque o inciso X de referido artigo confere ao Banco Central a competência para conceder a autorização às instituições financeiras para que possam funcionar ou realizar qualquer operação societária e o inciso XI, por sua vez, concede ao Banco Central a faculdade de estabelecer as condições para posse e exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas ou exercício de funções em órgãos públicos.

Significa dizer que o Banco Central de fato possui enorme responsabilidade, domínio, controle e poder sobre o mercado, pois além de autorizar ou não o funcionamento das instituições, também é quem aprova as pessoas que irão administrá-las.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹², ao comentar sobre a atuação do Banco Central, especialmente em períodos de recessão econômica, aduz o seguinte:

“(...) se atuar com prudência, diligência e perícia normais, está habilitado a oferecer aos investidores aquilo que ditas leis lhe impõe que ofereça: proteção, resguardo, de molde a evitar que sejam vítimas de ação fraudulenta, irresponsável, predatória no mercado, lesiva ao patrimônio de aplicadores”

Nesse cenário de fiscalização, como se viu, o Banco Central tem o controle documental das instituições, de forma que é de seu conhecimento - ou ao menos deveria ser – qualquer indício de que aquela instituição não vai bem, por recorrer reiteradas vezes ao redesconto bancário. Assim, o Banco Central não só pode como deve fiscalizar mais a fundo a saúde financeira daquela instituição para analisar a gravidade.

Por essa razão é que a Lei 6024/74 estabelece quais são as circunstâncias que não só permitem, mas **exigem** a intervenção ou liquidação pelo Banco Central.

¹² Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição. São Paulo. Malheiros, 1994.

O artigo 2º de tal lei elenca, em linhas gerais, as seguintes causas: (i) má administração, a ponto de submeter os investidores a riscos; (ii) infrações à legislação bancária; (iii) hipóteses e fatos também previstos na Lei 11,101/05, de Recuperação Judicial e Falência.¹³

Frise-se que não há discricionariedade do Banco Central não intervir caso constate as causas supramencionadas.

Diante das obrigações previstas na lei, indaga-se: se, porventura, o Banco Central deixar de cumprir com seus deveres de fiscalização, vigilância e repressão ou cumprir de forma equivocada ou tardia, contribuindo para a ocorrência de danos aos investidores das instituições financeiras, deve ser responsabilizado civilmente?

O que se pretende aqui então apurar até que ponto pode o Banco Central ser responsabilizado por eventuais danos causados quando da intervenção ou decretação de liquidação/falência, ou quando a decretação ou intervenção deveria ter ocorrido e não ocorreu.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Pelo fato de o Banco Central ser uma autarquia federal, o estudo sobre a responsabilidade civil do Estado é importante para se delimitar também a imputação civil sobre tal autoridade monetária.

O artigo 37 da Constituição Federal, a exemplo do que também faz o artigo 43 do Código Civil, ao prever a responsabilidade civil do Estado estabelece o seguinte:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹³ Waisberg, Ivo. Op. Cit.

§6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**” (Grifou-se)

Da leitura desse artigo, não restam dúvidas sobre a responsabilização do Estado por eventuais danos causados a terceiros. Por outro lado, a mera leitura de tal artigo não permite a conclusão sobre o tipo de responsabilidade civil do Estado, se objetiva ou subjetiva.

Já que a lei não é suficiente para tanto, devemos nos socorrer de outras fontes do direito para apurarmos a forma de responsabilização do Estado, mas há divergência doutrinária sobre o tema.

Os que aplicam a Teoria do Risco Administrativo, como Nelson Nery Junior, Yussef Said Cahali e Weida Zancaner Brunini, defendem que qualquer que seja a conduta do Estado, se comissiva ou omissiva, deve este responder objetivamente. Assim, a constatação de culpa do agente público seria dispensável.

A tese está pautada no fato de que as funções desempenhadas pelo Estado envolvem interesse público, então obrigatoriamente são atividades de risco. Assim, o Estado assume o risco de causar danos aos particulares, devendo indenizá-los independente de culpa e mesmo se o ato praticado for lícito.

No entanto, a posição majoritária, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia di Pietro¹⁴ e outros, com a qual concordamos, diferencia a responsabilização do Estado em casos de comissão e omissão.

Em casos de condutas comissivas, a responsabilidade civil do Estado é de fato objetiva, de modo que a apuração de dano e nexos de causalidade entre a conduta do Estado e o dano seria suficiente para se constatar o dever de indenizar.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo. Atlas. 2003.

Todavia, em casos de condutas omissivas, a teoria objetiva perde o lugar para aquela que impõe a constatação da culpa ou dolo do agente público ou do Estado.

Isso porque em casos de condutas omissivas, deve-se demonstrar que o Estado deveria agir e não agiu ou que teria o dever de impedir o dano e não impediu, atuando, portanto, com negligência, imprudência ou imperícia. É o que se conhece por culpa administrativa ou falta do serviço público.

Vejamos os entendimentos esclarecedores de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso seja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade e por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva (...)¹⁵”

Há, contudo, uma tendência doutrinária e jurisprudencial de se adotar a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado, mas invertendo-se o ônus da prova. Ou seja, a culpa do Estado seria presumida, cabendo a ele demonstrar que atuou conforme a lei, com prudência, perícia e diligência.

O próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende com propriedade a responsabilidade subjetiva do Estado em casos de omissão, admite que certas condutas omissivas podem ou devem ser analisadas sob a ótica da culpa presumida da Administração Pública.

¹⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 895-896.

Nelson Nery Junior defende que a culpa presumida, com respectiva inversão do ônus da prova, *equivale praticamente à responsabilização objetiva*¹⁶. Mas Bandeira de Mello frisa que a inversão do ônus da prova, nesses casos, não transforma a responsabilidade subjetiva em objetiva, uma vez que o elemento culpa continua sendo essencial para gerar o dever de indenizar, *in verbis*:

“Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese da culpa – estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.”¹⁷

Assim, entendemos que a responsabilidade civil do Estado será subjetiva em casos de omissão, sendo a culpa do Estado presumida, cabendo a ele o ônus de provar que agiu na forma e nos limites da lei.

Seguindo as regras de direito civil, a responsabilização do Estado poderá ser excluída ou atenuada, dependendo do caso, na hipótese de restar demonstrado que a culpa pela ocorrência do evento danoso é exclusiva da vítima, de um terceiro ou derivou de caso fortuito ou força maior.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO CENTRAL

O racional utilizado na responsabilização do Estado não difere daquele que deve ser empregado na apuração da Responsabilidade Civil do Banco Central, principalmente por ser tal autoridade monetária uma autarquia federal, ou seja, pessoa jurídica de direito público.

A responsabilização do Banco Central deve ser apurada sob o prisma do cumprimento de seu poder-dever de fiscalização e intervenção no mercado bancário, a fim de assegurar a estabilidade do mercado financeiro e o interesse público relacionado à dinâmica econômica e social.

¹⁶ Nery Junior, Nelson. Responsabilidade Civil da Administração Pública. In Nery, Rosa Maria de Andrade (orgs) Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Ed RT, 2010, vol. 6, p. 32.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 895-896.

Conforme mencionado no tópico anterior sobre a Responsabilidade Civil do Estado, em casos de conduta comissiva, a responsabilidade civil do Banco Central é objetiva.

Significa dizer que se, por exemplo, o Banco Central intervier ou decretar a liquidação de um banco se estarem presentes os requisitos essenciais para tanto ou se não cumprir com seu dever de sigilo em referida intervenção, estaremos diante de condutas comissivas e ilícitas, sendo que a comprovação da culpa do agente do Banco Central seria dispensável nesse caso.

Caso, todavia, o Banco Central decretar a liquidação tardiamente, ou deixar de decretá-la quando deveria, estaremos diante de condutas omissivas do Banco Central.

Nesses casos, levando-se em consideração a Responsabilidade Subjetiva do Banco Central, este apenas será condenado ao pagamento de indenização se, e somente se, restar constatado:

- (i) O ato ilícito, ou seja, que os requisitos para a decretação da liquidação ou pelo menos da intervenção estavam presentes e não foram observados ou foram observados tardiamente;
- (ii) Os danos suportados por terceiros, normalmente investidores daquela instituição financeira, bem como a extensão de tais danos;
- (iii) A culpa do Banco Central na realização das suas funções impostas pela lei, por negligência, imprudência ou imperícia de tal autarquia (e não necessariamente de um agente) no cumprimento de seu poder-dever de fiscalização e, finalmente mas não menos importante,
- (iv) O nexo de causalidade direto e eficaz entre tal conduta comissiva do Banco Central e os prejuízos causados aos investidores.

Tendo em vista a dificuldade de demonstração da culpa do Banco Central e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, a doutrina tem entendido que a culpa do Banco Central é de fato presumida.

Assim, pela hipossuficiência dos investidores no acesso às provas principalmente documentais para instruir o processo, é aplicado o instituto da inversão do ônus da prova, sendo certo que ao invés de o Autor da ação indenizatória ter que provar os quatro elementos listados acima, caberá ao Banco Central a obrigação de demonstrar a inexistência de tais elementos ensejadores do dever de indenizar.

Como veremos a seguir com a pesquisa jurisprudencial realizada perante as cortes superiores, muito embora o elemento culpa seja aparentemente o responsável pela grande polêmica acerca da responsabilidade civil do Estado e/ou do Banco Central, é o nexo de causalidade o elemento crucial para que reste caracterizado o dever de indenizar.

Significa dizer que na grande maioria das vezes, mesmo presentes três dos quatro elementos ensejadores do dever de indenizar, é a ausência de nexo de causalidade que salva o Banco Central de condenações.

8. JURISPRUDÊNCIA

Separamos alguns julgados interessantes sobre a abordagem das cortes superiores em casos de ações indenizatórias propostas contra o Banco Central ou seus agentes, por conta de prejuízos sofridos por investidores:

8.1 Ausência de Culpa

O Supremo Tribunal Federal, no caso abaixo, claramente adotou a teoria da responsabilidade subjetiva na apuração do dever de indenizar do Banco Central e acabou por afastar a culpa da autoridade monetária por entender que este atuou de forma razoável no caso *sub judice*.

Vejamos:

“(…) em se tratando de dever de indenizar decorrente de omissão, tal responsabilidade seria subjetiva e, na hipótese dos autos, não ficou demonstrada a culpa ou dolo do Banco Central do Brasil. **Na verdade, de um lado, não há como caracterizar a conduta do Banco Central como culposa, ou dolosa, pois, agiu no caso de forma razoável, conquanto a fiscalização atuou e, frise-se, por oportuno, esta não tem o condão de colocar a salvo de qualquer risco o investidor, pois, é da essência do negócio de risco alguma álea, alguma possibilidade de perda;** e de outro lado, a insolvência da sociedade distribuidora decorreu da má-gestão de seus administradores e, evidentemente, **o Banco Central não concorreu para este estado de coisas. Aliás, a liquidação extrajudicial decorreu da efetiva atuação da autoridade fiscalizador.**” (STF. AI 694.796/SP. Min. Ellen Grace)

Como se vê, além de afastar a culpa do Banco Central, o Supremo Tribunal Federal ainda deixou claro que os investidores devem responder pelo risco inerente o investimento e que não cabe transferir a integralidade de tal risco ao Banco Central.

8.2 Ausência de Nexo de Causalidade

Como mencionado anteriormente, a ausência de nexo de causalidade entre a omissão do Banco Central e eventual dano causado à terceiros é muitas vezes utilizada como fundamento para afastar a condenação do Banco Central.

Isso porque deve restar comprovado que a omissão na fiscalização pelo Banco Central foi o que levou aquela instituição financeira à liquidação ou falência, ou seja, que se a atuação mais efetiva do Banco Central teria sido suficiente para evitar a quebra do banco.

Nesse sentido, vejamos acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afastou o nexo de causalidade em ação proposta também por investidores acerca da liquidação do grupo Coroa-Brastel:

“(…) Não é pela liquidação e ulterior falência que passou a União a ser responsável pelos prejuízos dos investidores. **Essa responsabilidade insere-se no campo do nexu causal** (...) Fiscalizar, per se, não significa atuar. **A mera omissão na fiscalização, ainda que existente, não levaria ao infeliz mas não imprevisível desate do Grupo Coroa-Brastel, dado o alto risco especulativo com que atuava. Há necessidade de nexu de causalidade eficaz entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado**” (STJ. RESP 44.500/MG)

Assim como no caso anterior, o Superior Tribunal de Justiça esclarece que há uma excludente de responsabilidade do Banco Central, aparentemente decorrente da culpa exclusiva do banco em liquidação, que atuava com alto risco especulativo.

Em ação bastante semelhante, o Superior Tribunal de Justiça manteve a coerência, decidindo o seguinte:

“Em se tratando de responsabilidade subjetiva, há necessidade de causa determinante do dano, ou seja, nexu causal entre a conduta e o resultado. Na espécie, **a eventual falta de fiscalização do Banco Central do Brasil não teria o condão de levar o Grupo Coroa à bancarrota ou evitar os prejuízos causados a seus investidores. A obtenção de altos lucros decorrentes do pagamento de taxas de juros especulativas pressupõe riscos também elevados.** Assim, o investidor que elege tais aplicações corre, de fato, o risco de perdas, não sendo razoável atribuir ao ente público a responsabilidade por prejuízos financeiros advindos da culpa *in eligendo* do investidor.” (STJ. Resp 242.513)

Além da ausência de nexu de causalidade, o Superior Tribunal de Justiça nesse caso também reconhece que os riscos assumidos pelos investidores eram elevados, cabendo exclusivamente a eles responderem pelos prejuízos sofridos com a liquidação.

8.3 Responsabilidade Subsidiária do Banco Central

Um dos escassos casos de condenação do Banco Central do Brasil ao pagamento de indenização dos consorciados foram estes, cujas ementas são transcritas abaixo:

“O Requerente figura como réu, juntamente com o Banco Central do Brasil - BACEN, em ação civil pública ajuizada pelo MPF para a tutela do direito de consumidores de consórcio e de probidade administrativa, tendo em vista a **atitude omissiva do Banco Central, que não teria tomado as providências cabíveis a fim de evitar e repreender a administração irregular da empresa** [de consórcio]. **A ação foi julgada procedente em primeira instância, tendo o ora Requerente sido condenado à perda do cargo** público de Delegado Regional do Banco Central do Brasil, bem como ao pagamento de multa e suspensão do direito de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais no prazo de três anos, **tendo a autarquia federal sido condenada a indenizar os prejuízos causados aos consorciados** do Consórcio Nacional Garibaldi. Em 5.8.2003, **o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, deu parcial provimento às apelações interpostas para assentar a responsabilidade parcial e subsidiária do Banco Central do Brasil** e reduzir a multa aplicada ao Requerente (Apelação em Ação Civil Pública n. 2002.04.01.03946-9/PR)” (STF AC 2485/PR)

Da leitura da ementa depreende-se que o agente do Banco Central foi condenado por conduta comissiva, tendo o Banco Central sido condenado subsidiariamente, por ter deixado de tomar as atitudes cabíveis contra referido agente.

Muito embora tenha o TRF abrandado a condenação, manteve a subsidiariedade, assim como no caso abaixo:

“A responsabilidade civil extracontratual do Bacen decorrente de comportamento omissivo frente a ato de sua atribuição é subjetiva. Conseqüentemente, sua responsabilidade somente ocorre no caso de o ente público atuar de forma omissa, quando a lei lhe imponha o dever de impedir o evento lesivo.

3. In casu, consta da sentença (fls. 648) que os réus JOFRAN DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA (instituição financeira em liquidação extrajudicial) e JOAO DE OLIVEIRA FRANCO NETO em audiência judicial **celebraram acordo, pelo qual declararam os autores haver recebido seus créditos constantes no Quadro Geral de Credores, deles dando plena, geral e irrevogável quitação, conforme instrumento de cessão de créditos** firmado entre os autores e a empresa JOFF - Construção Civil, Administração e Participações LTDA, pessoa jurídica estranha à presente lide.

4. **O Bacen, posto não ter participado do referido acordo, responde solidariamente e, portanto, se aproveita dessa transação**, razão pela qual se exonera da referida responsabilidade nos limites da quitação” (STJ. Resp 866355/PR)

Neste caso, apesar de ter sido reconhecida a responsabilidade solidária do Banco Central, como os investidores e o Banco em Liquidação celebraram acordo, o Banco Central se aproveitou de tal acordo, exonerando-se da obrigação de pagar.

9. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a atividade exercida pelas instituições financeiras e, portanto, regulada pelo Banco Central do Brasil, é extremamente relevante e envolve interesse público.

Assim, cabe ao Banco Central zelar pela estabilidade do mercado financeiro e liquidez das instituições financeiras, razão pela qual possui amplo acesso às informações a respeito de tais instituições, podendo e devendo desconfiar de qualquer situação que possa acarretar em intervenção ou liquidação de bancos.

A intervenção ou decretação de liquidação extrajudicial pelo Banco Central não são meras faculdades, mas sim deveres de tal autoridade em caso de preenchimento das condições para tanto.

O Banco Central é uma Autarquia Federal e assim como o Estado, responde civilmente pelos danos que causar. Em casos de condutas comissivas, a sua responsabilidade é objetiva, sendo dispensada a comprovação da culpa. No entanto, em casos de omissão ou falta do serviço, a sua responsabilidade é subjetiva, cabendo ao próprio Banco Central a demonstração de que agiu nos termos e limites da lei, exercendo fielmente suas funções.

Na prática, o que se percebe, no entanto, é que raros são os casos de reconhecimento da culpa do Banco Central pelos prejuízos causados aos investidores das instituições financeiras, seja pelo afastamento da culpa do Banco Central, por ausência de nexos de causalidade eficaz e direto entre tal omissão e os supostos danos, seja por assunção dos riscos pelos investidores.

Algumas são as polêmicas travadas ao redor das atribuições dos Banco Central, dentre elas está a conveniência da autonomia ou mesmo total independência de tal autarquia.

Referida medida gera inúmeras discussões políticas. Mas certo é que a independência ou maior autonomia do Banco Central não terão o condão de alterar as responsabilidades outorgadas a esta autoridade monetária.

Independente ou não, o Banco Central do Brasil deverá permanecer com o poder-dever de manter a estabilidade financeira e a solvabilidade das instituições financeiras, garantindo a segurança do mercado, sem, contudo, assumir os riscos inerentes ao negócio, que devem ser assumidos pelos próprios investidores.

10. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 895-896.

BRUNINI, Weida Zancaner. Da responsabilidade Extracontratual da Administração Pública: Ed. RT, 1981.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 2. Ed. São Paulo. Malheiros, 1995.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Direito de empresa. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. Vol. 3. p. 126 - 127

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. Ed., rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo. Atlas. 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. "Da responsabilidade civil no novo Código", in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2003

MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade Civil da Administração Pública. In Nery, Rosa Maria de Andrade (orgs) Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Ed RT, 2010, vol. 6, p. 32.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil.

SADDI, Jairo. O poder e o Cofre. 1995, p. 198

SADDI, Jairo. Crise e regulação bancária. São Paulo: Textonovo, 2001.

TROSTER, Luis Roberto. Os bancos são diferentes? In Campilongo, Celso Fernandes, Veiga Concorrência e Regulação no sistema financeiro.

WAISBERG, Ivo. “Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais” São Paulo: Ed. RT, 2002.

WAISBERG, Ivo. Responsabilidade Civil do Estado no Exercício da Regulação da Atividade Bancária. In Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Pires, Luis Manuel Fonseca; Benacchio, Marcelo (coords), Responsabilidade civil do Estado – Dsafios contemporêneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.