

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 5

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 5 (julho/dezembro 2009)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO
SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.001.37488**

APELANTES (1): NAJI ROBERTO NAHAS, SELECTA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. e MASSA FALIDA DE SELEC-TA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A.

(2) COBRASOL – COMPANHIA BRASILEIRA DE ÓLEOS E DERIVADOS

APELADOS: BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO – BVRJ e BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO – BOVESPA

RELATOR: DES. ANDRÉ ANDRADE

Classe Regimental: 1

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO MOBILIÁRIO. BOLSAS DE VALORES. CUSTÓDIA DE AÇÕES EM BOLSA. ALEGAÇÃO DE “CONFISCO” DE AÇÕES POR PARTE DAS BOLSAS DE VALORES. ALEGAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA PERDA DE CRÉDITO, JUNTO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, EM RAZÃO DE CONDUTA ABUSIVA DE PRESIDENTE DE BOLSA DE VALORES. PRESCRIÇÃO. JULGAMENTO DA LIDE NO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR NÃO INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO PARA O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. NÃO UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. INEXISTÊNCIA DE REVELIA. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LI-

TISCONSÓRCIO PASSIVO. ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS DE EMPRESA FALIDA PARA DEMANDAR EM NOME DA MASSA. IMPOSSIBILIDADE DE INGRESSO, NO POLO ATIVO, DA MASSA, SEM CONSENTIMENTO DOS RÉUS (ART. 264 DO CPC). PETIÇÃO INICIAL VAGA E INESPECÍFICA EM RELAÇÃO À CAUSA DE PEDIR DE DUAS DAS PRETENSÕES FORMULADAS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL SUPERADA COM FUNDAMENTO NO ART. 249, § 2º, DO CPC. REJEIÇÃO DE PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DE UMA DAS RÉS. REJEIÇÃO DE PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. NÃO IDENTIFICAÇÃO DAS AÇÕES SUPOSTAMENTE CONFISCADAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA TITULARIDADE DAS AÇÕES. TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DE AÇÕES QUE SOMENTE PODERIA TER SIDO REALIZADA PELAS CORRETORAS AUTORIZADAS PARA OPERAR EM BOLSA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO DAS BOLSAS DE VALORES RÉS. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO CONFIGURADOS. NÃO CONHECIMENTO DO APELO EM RELAÇÃO À MASSA FALIDA. DESPROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da **Apelação nº 2009.001.37488**, em que são apelantes **(1) NAJI ROBERTO NASHAS, SELECTA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. e MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A.** e **(2) COBRASOL – COMPANHIA BRASILEIRA DE ÓLEOS DERIVADOS** e apelados **BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO – BVRJ e BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO – BOVESPA,**

ACORDAM, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento a ambas as apelações, deixando de conhecer do recurso interposto pela Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A.

ANDRÉ ANDRADE

DESEMBARGADOR RELATOR

VOTO

1 – **NAJI ROBERTO NAHAS, SELECTA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. e COBRASOL – COMPANHIA BRASILEIRA DE ÓLEOS E DERIVADOS** propuseram ação de procedimento ordinário em face de **BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO – BVRJ e BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO – BOVESPA**, alegando, em síntese, o seguinte.

Em junho de 1989, os ora apelantes eram investidores no mercado das bolsas de valores e suas operações eram custeadas com recursos próprios e de terceiros, financiadores da compra e venda de ações. Na maioria das vezes, os autores utilizavam financiamentos bancários para manter a integralidade de seus investimentos, o que se dava através de operações de crédito denominadas de “D-Zero” (Dia Zero). Nesses financiamentos de curto prazo, os juros eram mais baratos do que os praticados em geral no mercado financeiro, porque os financiadores recebiam em garantia caução sobre o preço das ações negociadas. Os financiadores adiantavam o preço da venda à vista e o recebiam no dia da liquidação, que se dava cinco dias depois de cada compra.

No início de 1989, os autores, insatisfeitos com a instabilidade normativa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA (que começou a criar regras para dificultar e prejudicar os investimentos realizados pelos autores), passaram a concentrar a maior parte de seus investimentos na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ. Com a migração dos investimentos dos autores para a BVRJ, o volume de negociações da BOVESPA diminuiu consideravelmente e, em linha oposta, subiu o da BVRJ.

Inconformada com a retomada do sucesso pela Bolsa concorrente, a BOVESPA, através de seus dirigentes, notadamente o seu então Presidente, Eduardo da Rocha Azevedo, iniciou um processo de concorrência desleal para desbancar a liderança da BVRJ e liquidá-la, de forma que a BOVESPA passasse a concentrar todos os negócios

com ações. Foram publicadas declarações infundadas na imprensa, disseminadas contra a BVRJ e o autor Naji Nahas em reuniões privadas, com pessoas com poder de decisão, tudo com vistas a prejudicar a concorrente e assumir de forma desleal o controle absoluto do mercado de ações no Brasil. A BOVESPA, através de seu Presidente, fez incursões indevidas e desleais junto aos financiadores dos investimentos realizados pelos autores na BVRJ, para que estes suspendessem os financiamentos que vinham reiteradamente concedendo aos autores.

Devido à pressão e às ameaças feitas aos bancos pelo então Presidente da BOVESPA, os financiadores se retraíram, cortando abruptamente a linha de crédito e colocando um fim na parceria com os autores. Com o corte abrupto de seu crédito, os autores viram-se impossibilitados de honrar obrigações contraídas, que seriam satisfeitas através de financiamentos dos bancos, corretoras e distribuidoras que até então eram seus parceiros. Tanta era a certeza dos autores sobre seu legítimo direito às linhas de crédito que uma das empresas autoras emitiu um cheque para liquidar operações, o qual acabou não sendo compensado porque a correspondente quantia não foi liberada pelos financiadores como sempre ocorrera.

Esse inadimplemento gerou um efeito cascata sobre as Bolsas de Valores, as corretoras e demais entidades envolvidas no mercado de capitais, com especial efeito devastador sobre os autores. Adveio a crise das Bolsas de Valores, com a queda real nas cotações das ações em mais de 30% e a suspensão dos negócios.

Os autores, donos de uma quantidade de ações cujo valor era simplesmente o dobro daquilo que haviam financiado, tiveram todo o seu patrimônio liquidado e entregue aos especuladores de ocasião, a preços vis.

Com a inadimplência dos autores, as Bolsas (BVRJ e BOVESPA), ilegalmente, confiscaram toda a carteira das ações que lhes pertenciam ou as liquidaram sem autorização e por preço vil. O valor dessas ações e opções era de aproximadamente NCz\$300.000.000,00

(trezentos milhões de cruzados novos), em moeda da época, e superava em muito o valor financiado das ações.

A crise de junho de 1989 foi indevidamente rotulada como “O Caso Naji Nahas”. Em consequência de mentiras e da trama urdida por seus detratores, cujo objetivo era levá-lo à falência/insolvência, o primeiro autor foi denunciado criminalmente pela prática de crimes contra a economia popular e por operar na Bolsa sem lastro. Embora tenha sido absolvido nos processos criminais, não foram cicatrizadas as feridas abertas no primeiro autor e em sua família. O primeiro autor foi execrado pela mídia e pela opinião pública, sofreu injusta prisão domiciliar por mais de oito meses e foi perseguido pelas Bolsas. A BOVESPA deve indenizar o primeiro autor por dano moral porque agiu de má-fé e causou a crise de junho de 1989, levando o autor a sofrer enorme humilhação, indignação e constrangimentos. A BVRJ também deve indenizar o primeiro autor por dano moral porque permitiu que prosseguisse a propagação para o público em geral de que a responsabilidade pela crise nas bolsas era do autor. Além disso, cancelou todas as operações D-Zero como se fossem irregulares, quando antes incentivava sua realização, assim como fechou o seu pregão por apenas 1 dia (12.6.1989), o que constituiu verdadeiro absurdo e contribuiu para o recrudescimento da crise. Por fim, a BVRJ confiscou toda a carteira dos autores sem o seu conhecimento e de forma arbitrária.

A empresa Selecta Comércio e Indústria S.A., da qual os dois primeiros autores são os únicos acionistas, encontra-se em processo falimentar e sofreu gravíssimos prejuízos decorrentes da forma desleal, abusiva e ilícita pela qual a BOVESPA levou os financiadores dos 1º e 2º autores e de Selecta Comércio e Indústria S.A. a cortar os financiamentos, mediante ameaças e outros artifícios ilícitos. O primeiro autor, na presente demanda, na qualidade de acionista, sustenta sua legitimidade ativa para pleitear indenização por danos sofridos pela empresa.

Pedem, em consequência de todo o exposto:

a) a condenação das rés, na proporção de suas responsabilidades, a indenizar os autores pelos prejuízos causados pelo confisco de parte da sua carteira de ações que não estava envolvida nas operações financiadas, pela sua cotação de 08.6.1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações financeiras das rés, ou, alternativamente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08.6.1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão na perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

b) condenar a BVRJ e a BOVESPA, na proporção de suas responsabilidades, a pagar lucros cessantes equivalentes à diferença entre a valorização que as ações confiscadas teriam, com todos os seus desdobramentos, tais como bonificações, juros sobre capital próprio, dividendos – estes atualizados pelos critérios estabelecidos nas alíneas supra, a partir de cada concessão – entre outros eventos, e o valor apurado na alínea anterior;

c) condenar a BOVESPA a indenizar os autores nas perdas sofridas nos mercados à vista, de opções e de futuro, considerados os valores de 08.6.1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações financeiras das rés, ou, alternativamente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08.6.1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão na perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

d) condenar a ré BOVESPA a indenizar a massa liquidanda da Selecta Comércio e Indústria S.A. nas perdas sofridas nos mercados à vista, de opções e de futuro, considerados os valores de 08.6.1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações financeiras das rés, ou, alternativamente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08.6.1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão em perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

e) condenar as rés a indenizar o primeiro autor pelos danos morais sofridos em valor a ser arbitrado judicialmente, proporcionalmente ao limite de suas responsabilidades.

2 – A sentença (fls. 2.307/2.369), complementada por decisão que julgou embargos de declaração (fls. 2.398/2.399), julgou extinto o processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, quanto aos pedidos formulados em favor da Massa Falida de Selecta Participações e Serviços S/C Ltda.; julgou extinto o processo, com resolução do mérito, pronunciando a prescrição, na forma do art. 269, IV, do CPC, quanto aos pedidos indenizatórios referentes à relação de custódia de ações entre as partes; e julgou improcedentes os demais pedidos, referentes a danos materiais e morais.

Em sua fundamentação, a sentença observou, em relação ao pedido formulado em favor da Massa Falida de Selecta Participações e Serviços S/C Ltda., que a massa patrimonial autônoma, com a falência, se destaca da pessoa da falida, e passa ter capacidade de estar em juízo, para a defesa dos direitos e obrigações inerentes à massa, sob a representação do síndico, hoje denominado administrador judicial. Por essa razão, os dois primeiros autores não têm legitimidade para pleitear em juízo em favor da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria.

No que se refere à pretensão indenizatória pela alegada malversação dos títulos em custódia, observou que a custódia das ações tem a natureza de contrato de depósito, razão pela qual é aplicável, ao caso, o disposto no art. 168, IV, do Código Civil de 1916, segundo o qual não corre a prescrição contra o depositante quanto ao direito e às obrigações relativas aos bens confiados à guarda do depositário. O prazo prescricional somente voltou a fluir quando da entrada em vigor do novo Código Civil, que não repetiu (no art. 197) a regra contida no art. 168, IV, do Código anterior, revogando-a implicitamente. Pelo novo Código Civil, o prazo para a formulação da pretensão indenizatória é de três anos (art. 206, § 3º, V). Esse prazo é o aplicável, não o de vinte anos do Código Civil anterior, porque, quando da entrada em vigor do novo Código Civil, não havia transcorrido mais da

metade do tempo estabelecido na lei revogada (art.2.028 do Código Civil atual). Assim, a pretensão dos autores de obter indenização por alegados danos sofridos em decorrência da relação de custódia ocorreu em 12.01.2006, antes do ajuizamento da presente ação, em 02.10.2007.

No tocante aos pedidos de indenização por danos materiais e morais formulados em face da segunda ré (BOVESPA), a sentença considerou que os autores não produziram prova, que deveria ser documental, acerca de quais seriam os agentes dos quais esperavam receber o financiamento para cobertura do cheque emitido e que acabou devolvido por insuficiência de fundos. Além disso, mesmo que comprovado estivesse que o então Presidente da BOVESPA tivesse procurado todos os agentes que financiavam os autores para “ameaçá-los” com provável cancelamento de operações D-Zero, tal fato não constituiria fundamento para responsabilização da segunda ré, porque, de um lado, faltaria ilicitude nesse fato e, de outro, não haveria nexo de causalidade entre esse fato e os danos alegados pelos autores. Observou a sentença que não é crível que o Presidente da BOVESPA, que não teria nenhum poder ou influência nas decisões sobre operações realizadas na BVRJ, pudesse, eficazmente, intimidar ou influenciar os agentes financeiros a suspender financiamentos de operações realizadas nesta última. Aduziu que a única hipótese verossímil é a de que, ao serem alertados pelo Presidente da BOVESPA sobre os riscos trazidos pelas operações realizadas pelos autores, os financiadores destes tenham, por decisão própria e tendo em conta os interesses das empresas de crédito, decidido não fornecer crédito aos autores. Acrescentou a sentença que, se a honra dos autores foi atingida, isso se deveu ao fato de terem realizado negócios de altíssimo valor sem que tivessem já garantido recursos para a liquidação e não terem honrado o pagamento de cheque que sabiam ter sido emitido sem suficiente provisão de fundos.

Por fim, no que concerne à pretensão de indenização por danos morais formulada em face da BVRJ, a sentença ponderou que os autores, se não são os únicos, são os principais causadores do desas-

tre ocorrido no mercado imobiliário em 1989, pois, além de manipularem os pregões com enorme volume de negócios, participando tanto da venda quanto da compra das mesmas ações, manipulando o preço destas, para ganharem não só no mercado à vista, como no de derivativos, ainda se aventuraram em operações sem ter em conta-corrente o saldo necessário para a liquidação e emitiram cheque sem fundos de extraordinário valor.

3 – Foi interposta apelação conjunta em nome dos autores NAJI ROBERT NAHAS e SELECTA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/C LTDA. e em nome da MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A. (fls. 2.407/2.471). Os apelantes argüiram, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ter havido o julgamento antecipado da lide sem que houvesse justificativa acerca da não realização da instrução probatória. Argüiram a nulidade da sentença, também, por cerceamento de defesa, sustentando que era imprescindível a instrução probatória, que fora requerida pelos autores, em especial as provas oral e pericial. Argumentaram que a sentença não deu oportunidade aos autores de provarem suas alegações e julgou improcedentes os pedidos de danos materiais e morais em face da segunda apelada ao fundamento de que os autores não provaram suas alegações. Além disso, baseou-se a sentença em prova emprestada, que não autoriza a supressão da instrução probatória.

Sustenta que deve ser reconhecida a revelia das empresas BOVESPA HOLDING S.A. e BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO S.A., argumentando que as referidas empresas são sucessoras da Bolsa de Valores de São Paulo (antiga B.V.S.P.), em consequência de cisão parcial desta última, ocorrida mais de um mês antes da propositura da ação. Conforme se extrai dos itens 1.3 e 1.4 do protocolo de cisão parcial, àquelas duas empresas foram transferidas parcelas expressivas do patrimônio da antiga B.V.S.P. Assim, quem deveria ingressar no processo, em razão da citação ocorrida, deveria ser a BOVESPA S.A., e não a Associação que se apresentou como ré, entidade criada tão-somente para cuidar dos interesses dos seus próprios associados, não tendo a mais mínima afinidade de objeto com a antiga Bovespa.

Alternativamente, caso não reconhecida a revelia antes sustentada, deve ser reconhecido o litisconsórcio passivo necessário entre a BOVESPA HOLDING S.A. e a BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO S.A. A primeira porque passou a exercer as atividades antes desempenhadas pela antiga Bovespa; a última porque para ela foi vertida a maior parte do bilionário patrimônio da antiga Bovespa.

Sustentaram os apelantes a sua legitimidade para defender os interesses da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A., por serem os únicos acionistas da referida empresa, com direito ao remanescente da Massa e, por conseguinte, com interesse direto nas ações judiciais que possam modificar o ativo da Massa Falida.

Alternativamente, caso não reconhecida a legitimidade dos autores apelantes para representar a Massa Falida na presente demanda, pedem seja reconhecido o direito da própria Massa Falida de figurar no pólo ativo da demanda. Observaram que chegou a ser pedido o ingresso da Massa Falida no processo, mas tal pedido foi indeferido pelo Juízo, ao fundamento de que o pedido fora formulado após a citação dos réus, que, por essa razão, teriam de concordar com essa inclusão. Aduziram que a hipótese seria de intervenção litisconsorcial voluntária de co-legitimado.

Quanto ao mérito, sustentou a imprescritibilidade da pretensão de reaver os prejuízos decorrentes da venda, pelas apeladas, das ações dos autores, ora apelantes, que estavam sob custódia.

Aduziu que a sentença dispensou a instrução probatória e julgou improcedente o pedido de condenação da segunda apelada por danos materiais e morais por mera presunção acerca dos fatos ocorridos. Afirmou a ilicitude do comportamento do então Presidente da BOVESPA, que agiu em evidente abuso de poder e de direito, ao conseguir que os financiadores suspendessem os financiamentos aos autores-apelantes, ameaçando cancelar as operações D-Zero. Sustentou que o dano moral ficou configurado, pois os apelantes tiveram o seu crédito cortado abruptamente por seus financiadores por culpa da segunda apelada, que, exorbitando de suas funções e se intrometendo

em relação privada de terceiros, foi aos bancos ameaçar o cancelamento das operações D-Zero, cujas ações serviam de lastro aos financiamentos. Em consequência, o primeiro autor foi denunciado criminalmente, chegou a ficar em prisão domiciliar por mais de oito meses e foi execrado pela mídia e pela opinião pública.

Sustentou a ocorrência de dano moral causado pela primeira apelada, BVRJ, que estava ciente das operações realizadas em seu pregão e até estimulava as operações D-Zero, mas, tão logo eclodiu a crise, mudou radicalmente de posição para atribuir publicamente ao primeiro apelante a responsabilidade por fatos e operações que sabia existir e serem lícitas. ABVRJ deveria ter esclarecido ao mercado que o inadimplemento ocorrido fazia parte do risco de qualquer transação de compra e venda de ações. Contudo, ao agir de forma diversa, permitiu que se prosseguisse a propagação para o público em geral da responsabilização exclusiva da crise que vinha sendo atribuída ao primeiro apelante.

4 – A autora COBRASOL também interpôs apelação (fls.2.537/2.573), na qual reproduziu, em linhas gerais, os argumentos expendidos no apelo dos demais autores. Arguiu a nulidade da sentença, por não ter expressado que o julgamento se dava antecipadamente; porque não proferiu decisão acerca das provas pleiteadas pelas partes; e por não ter indicado os motivos que levaram ao julgamento de plano. Arguiu a nulidade da sentença, também, porque baseada exclusivamente em provas emprestadas e porque não foi realizada a instrução probatória, havendo, portanto, cerceamento do direito de defesa da apelante. Quanto ao mérito, sustentou que deve ser afastada a prescrição pronunciada com relação aos pedidos formulados nas alíneas a e b do item 157 da inicial. Aduziu que a sentença deixou de reconhecer a revelia da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. e da Bovespa Holding S.A. Sustentou, por fim, que deve ser reformada a sentença para que seja realizada a instrução probatória.

5 – As rés, ASSOCIAÇÃO BOVESPA e BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO, apresentaram contrarrazões, respectivamente, a fls. 2.578/2.640 e 2.642/2765.

É o relatório.

I – A preliminar de falta de fundamentação da sentença acerca do julgamento antecipado da lide

6 – Arguem os autores-apelantes a nulidade da sentença, por ter havido o julgamento antecipado da lide sem que houvesse indicação do motivo da não realização da instrução probatória (fls. 2.411).

7 – É recomendável que o juízo, ao proferir julgamento antecipado da lide, indique, na sentença, as razões pelas quais o faz, principalmente quando as partes requererem a produção de outras provas além daquelas trazidas desde logo com a inicial e a contestação. Todavia, a ausência dessas razões, por si só, não deve ser considerada causa de nulidade da sentença.

O juiz é o destinatário da prova, como se extrai dos artigos 130 e 131 do CPC, de modo que a ele cabe a apreciação acerca da relevância, para o julgamento da causa, das provas solicitadas pelas partes. E o julgamento antecipado da lide é, em si, indicativo de que o juízo considerou que a questão de mérito era unicamente de direito ou de que as provas requeridas foram consideradas irrelevantes.

8 – De nulidade somente se poderá falar quando demonstrada, concretamente, a necessidade ou utilidade das provas requeridas.

Com efeito, a nulidade dos atos processuais somente deve ser declarada quando houver prejuízo para alguma das partes, conforme dispõem os artigos 244, 249 e 250 do CPC.

Além disso, atentaria contra o princípio da instrumentalidade do processo anular uma sentença ao fundamento de que o juízo não indicara, de forma expressa, o fundamento para o julgamento antecipado da lide, embora, no caso em exame, fosse, efetivamente, caso de julgamento da lide no estado.

9 – Ressalte-se que foram cinco os pedidos formulados e, em relação a dois deles (fls. 36/37, item 157, a e b), a sentença pronun-

ciou a prescrição; no tocante a outro (item 157, d), a sentença foi de extinção sem resolução do mérito. Ou seja, no que diz respeito a três dos pedidos, nem se poderia falar em produção de provas, já que se cuidava de matéria estritamente jurídica.

Quanto aos dois outros pedidos, que receberam julgamento de improcedência (item 157, c e e), extrai-se claramente do conjunto da fundamentação da sentença, de um lado, que a única prova cabível seria a documental (fls. 2.361); de outro lado, indicou-se que os elementos constantes dos autos são suficientes para demonstrar que não houve ilicitude na conduta das rés (cf., em especial, fls. 2.362 e 2.365).

10 – O fundamental, portanto, não é a indicação expressa dos motivos do julgamento antecipado da lide, mas, sim, a relevância ou pertinência, no caso concreto, das provas requeridas. Com efeito, seria render imoderada vassalagem ao formalismo jurídico anular uma sentença – a pretexto de violação dos artigos 165 e 458 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal –, apenas por não ter o juízo declinado expressamente as razões pelas quais julgava antecipadamente a lide, embora demonstrado que, efetivamente, fosse o caso de julgamento da lide no estado.

11 – Observe-se, por fim, que os autores-apelantes nem sequer tocaram nessa questão nos embargos de declaração que interpu- seram contra a sentença, o que é sugestivo de que consideraram a sentença clara a esse respeito.

II – A preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

12 – Arguem os autores-apelantes, também, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, consistente no julgamento antecipado da lide, sem que se tivesse propiciado aos autores a produção de prova pericial, oral e depoimento pessoal dos representantes legais das rés-apeladas (fls. 2.413).

Desdobrando a preliminar, argumentam que a sentença utilizou indevidamente prova emprestada para julgar improcedente o pedido de condenação da primeira ré (BVRJ) por danos morais.

Analisem-se, separadamente, os argumentos trazidos pelos autores-apelantes.

a) O argumento da necessidade de produção de outras provas

13 – As provas requeridas pelos autores-apelantes nenhuma relevância teriam para julgamento da demanda.

A prova pericial, segundo os autores-apelantes, seria “*imprescindível para quantificar a indenização dos Apelantes no tocante ao pedido formulado na letra ‘c’ do item 157 da inicial*” (fls. 2.419). Sucede que, em relação a esse pedido, a sentença considerou não haver ilicitude ou nexo de causalidade entre os atos imputados ao então representante legal da segunda ré (Associação Bovespa) e os danos ou prejuízos que os autores-apelantes alegam ter sofrido. Sendo assim, a prova pericial seria totalmente irrelevante, porque destinada a comprovação de um suposto dano, quando ausentes os demais pressupostos do direito à indenização.

De todo modo, abstraídas as questões referentes à existência ou não de ilicitude atribuível à segunda ré e de nexo de causalidade entre o suposto ilícito e os prejuízos que os autores-apelantes alegam ter sofrido, ainda assim não haveria que falar em cerceamento de defesa, uma vez que a prova pericial poderia ser realizada em liquidação, como, aliás, indicado na própria petição inicial (fls. 37, item 157, d).

O mesmo se diga em relação aos pedidos formulados no item 157, itens a e b, em relação aos quais foi pronunciada a prescrição (matéria que, pela sua natureza, dispensa a produção de prova). Também no tocante a esses pedidos, mesmo que abstraída a prescrição, a prova pericial sempre poderia, em caso de procedência da demanda, ser realizada em liquidação, como apontado pelos autores na inicial.

14 – As provas oral e documental complementar, segundo os autores-apelantes, seriam necessárias “para comprovar a ilicitude da conduta do então Presidente da Bovespa – de ir aos financiadores – e o nexu causal entre essa conduta e a decisão dos financiadores de interromperem o crédito concedido aos Apelantes” (fls. 2.419). A sentença, a esse respeito, considerou que, mesmo que comprovado estivesse que o então Presidente da Bovespa tivesse praticado todos os atos a ele imputados pelos autores, ausentes estariam a ilicitude e o nexu de causalidade entre esses atos e os prejuízos alegados na inicial (fls. 2.362). Ou seja, as provas requeridas nenhuma influência teriam no julgamento da lide.

De fato, como se verá mais à frente, as provas oral e documental superveniente requerida pelos autores-apelantes se afiguram irrelevantes e, portanto, impertinentes.

15 – Aliás, cabe observar que a prova documental deve ser apresentada pela parte autora junto com a petição inicial (art. 283 e 396 do CPC). A juntada de documentos suplementares só é possível “quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos” (art. 397 do CPC).

b) O argumento de que houve utilização indevida, pela sentença, de prova emprestada para suprir a instrução probatória

16 – Diferentemente do alegado pelos autores-apelantes, a sentença não se baseou em prova emprestada para julgar o pedido de indenização por dano moral formulado em relação à primeira ré (BVRJ).

Os autores-apelantes chamam de prova emprestada a decisão proferida no inquérito administrativo nº 07/89, da CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Sucede que a leitura da parte da sentença destinada ao enfrentamento do pedido de indenização por dano moral formulado em relação à primeira ré (BVRJ) é suficiente para que se perceba que a improcedência da referida pretensão não se baseou

exclusivamente naquela decisão administrativa. Ao julgar improcedente esse pedido, a sentença levou em consideração o conjunto probatório como um todo. Fundou-se, inclusive, em afirmações dos próprios autores, como se vê do seguinte trecho da sentença (fls. 2.365 – grifos não constantes da sentença): “*Ocorre que, **como os próprios autores afirmam**, além de comprovado no processo administrativo instaurado pela CVM...*”.

17 – Além disso, a decisão da CVM que julgou o inquérito administrativo nº 07/89 nem mesmo pode ser conceituada como prova emprestada. Como bem observado nas contra-razões apresentadas pela primeira ré (fls. 2.676/2.677), é pressuposto do conceito de “*prova emprestada*” que o meio de convicção utilizado constitua *prova* no processo originário, do qual venha a ser tomado de empréstimo para emprego como prova em outro processo. A decisão que julgou o inquérito administrativo, por evidente, não pode ser considerada prova produzida naquele inquérito. Trata-se de **ato administrativo**, integrante de processo administrativo (o processo administrativo, em seu conjunto, também não constitui prova emprestada), que, como tal, goza de presunção de legitimidade e pode, perfeitamente, ser utilizado como prova documental e apreciado com total liberdade pelo juízo, nos termos do art. 131 do CPC, para que a ele se atribua o valor probante cabível, à luz do conjunto probatório como um todo.

18 – Cabe observar que o inquérito administrativo em referência contou com a participação dos autores-apelantes e tramitou com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sofrendo, pelo se extrai dos presentes autos, nenhuma impugnação judicial quanto à sua legalidade.

III – O argumento da ocorrência de revelia das empresas Bovespa Holding S.A. e Bolsa de Valores de São Paulo S.A.

19 – Sustentam os autores-apelantes que deveriam figurar como réus no presente feito as empresas Bovespa Holding S.A. e Bolsa

de Valores de São Paulo S.A., sucessoras da antiga Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, em razão da cisão parcial desta última. Não poderia constar do polo passivo a apelada Associação Bovespa, que nunca foi sucessora da antiga Bovespa, visto que, pelo seu objeto social, tornou-se uma entidade inteiramente estranha ao mercado financeiro, limitando-se a cuidar dos interesses dos seus próprios associados.

Sucedede que, como bem observado pela sentença, foram os próprios autores que indicaram que a ação era proposta em face da Bolsa de Valores de São Paulo (em litisconsórcio com a BVRJ), qualificando-a por meio do número do CNPJ e do endereço de sua sede. A antiga Bolsa de Valores de São Paulo (atualmente denominada Associação Bovespa) foi objeto de cisão parcial, com a transferência de parcelas expressivas de seu patrimônio para a Bovespa Holding S.A. e para a Bovespa Serviços e Participações S.A. (atualmente denominada Bolsa de Valores de São Paulo S.A.). A cisão parcial da antiga Bovespa ocorreu cerca de 30 dias antes do ajuizamento da ação, razão pela qual já era do domínio público quando a ação foi proposta.

O fato é que a cisão, por ter sido parcial, manteve a personalidade jurídica da antiga Bovespa, embora tenha ela passado a ter nova denominação (Associação Bovespa), novo objeto e reduzida capacidade econômica.

Por isso, não podem os autores-apelantes pretender, legitimamente, que a demanda seja considerada proposta em face de pessoas jurídicas por ele não indicadas expressamente na inicial, ao argumento de que são elas que verdadeiramente sucederam a antiga Bovespa em direitos e obrigações. Não importa, também, que os representantes legais das empresas em referência sejam os mesmos.

É a parte autora quem indica em face de quem ajuíza a demanda. Se essa indicação deriva de equívoco ou de desconhecimento de um fato jurídico (como a cisão parcial de uma empresa), isso é fato sem influência para o processo.

Ao contrário do que sustentam os autores, o caso não é de mera irregularidade na denominação da parte ré, sanável com sim-

ples pedido de retificação na distribuição. Cuida-se de endereçamento equivocado da demanda.

Poderiam os autores ter providenciado a emenda ou alteração da petição inicial até antes da citação. Nunca depois, em razão da regra de estabilização do processo, prevista no art. 264 do CPC.

Assim, não pode ser acolhida a tese de revelia de Bovespa Holding S.A. e Bolsa de Valores de São Paulo S.A., pessoas jurídicas que não figuram como parte no processo, pois não foram indicadas como réis no momento oportuno e, por conseguinte, não foram citadas.

IV – O argumento da necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre Bovespa Holding S.A. e Bolsa de Valores de São Paulo S.A.

20 – Em caráter eventual, defendem os autores a necessidade de formação de um litisconsórcio passivo entre Bovespa Holding S.A. e Bolsa de Valores de São Paulo S.A., ao fundamento de que a sentença, inevitavelmente, invadirá a esfera jurídica de ambas as companhias. Seriam elas, portanto, litisconsortes passivas necessárias.

Sem razão os autores-apelantes.

O litisconsórcio é necessário em duas hipóteses: a) quando a lei assim o determinar; b) quando o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes (ou seja, quando a relação jurídica de direito material for unitária ou incindível). Nenhuma das duas hipóteses se aplica ao presente caso, que cuida de responsabilidade por danos materiais e morais. Nem a lei impõe a formação do litisconsórcio dos supostos responsáveis pela reparação dos danos (ainda que solidários), nem se cuida de relação jurídica de direito material incindível.

21 – Observe-se que a solidariedade passiva, instituto de direito material, não induz à existência de litisconsórcio necessário entre

os devedores solidários. Ao contrário, a solidariedade se caracteriza pela possibilidade de o credor poder escolher, dentre os devedores solidários, aquele que deverá responder em juízo pela dívida como um todo (art. 275 do Código Civil). Tanto é assim que o art. 77, III, do CPC prevê a **admissibilidade** do chamamento ao processo “de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

22 – Como já se viu, o que pretendem os autores é corrigir equívoco no endereçamento da demanda, o que não mais é possível, por força da preclusão.

V – A ilegitimidade ativa dos dois primeiros autores para demandar em nome da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A.

23 – Os dois primeiros autores-apelantes formularam, em nome próprio, pedido de condenação da ré-apelada Bovespa a pagar indenização à Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A. A sentença, acertadamente, julgou extinto o processo sem resolução do mérito em relação a esse pedido, por ilegitimidade ativa dos mencionados autores, que estavam a pleitear, em nome próprio, suposto direito de terceiro (a Massa Falida).

24 – Decretada a falência, o devedor falido, embora não perca sua personalidade jurídica, perde a capacidade de ser parte em ações de cunho patrimonial de interesse da massa. A partir de então, é a massa falida quem passa a ostentar essa capacidade, representada pelo administrador judicial (denominação atual do síndico), conforme dispõe o art. 22, III, n, da Lei nº 11.101/2005 (correspondente ao art. 63, XVI, da revogada Lei de Falências).

25 – A postulação dos dois primeiros autores de suposto direito da Massa Falida é ilegítima, a teor do art. 6º do CPC, segundo o qual: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Não há dispositivo legal que confira

legitimidade aos acionistas da devedora falida para pleitear suposto direito patrimonial da massa.

26 – Os arestos citados pelos autores-apelantes, por sua excepcionalidade, não se aplicam ao presente caso. Somente na hipótese de divergência de interesses a inviabilizar, praticamente, a propositura da ação pelo administrador da massa seria admissível a legitimidade dos acionistas para demandar em favor dessa mesma massa, sendo, então (e só então), invocável o princípio do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Correta, pois, a sentença ao reconhecer a ilegitimidade dos autores para formular o pedido de fls. 37, item 157, d.

VI – O pedido de ingresso, no polo ativo, da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A.

27 – O pedido de ingresso, no polo ativo, da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A. foi corretamente indeferido. A já mencionada regra do art. 264 do CPC proíbe alterações objetivas ou subjetivas na demanda após a citação, sem o consentimento do réu. No presente feito, os réus não concordaram com a inclusão da Massa Falida no polo ativo da relação processual.

28 – O litisconsórcio ativo ulterior ou superveniente, sem consentimento do réu, só é admissível em caso de co-legitimação, por não haver, nessa hipótese, alteração do objeto da demanda. É o caso, por exemplo, de ação de reivindicação proposta por um dos co-herdeiros ou condôminos. O ingresso de outro herdeiro ou condômino pode se dar a qualquer tempo – até em segundo grau de jurisdição –, pois não estará havendo ampliação objetiva da demanda, que, julgada procedente, alcançaria, de qualquer modo, os co-legitimados que não tivessem figurado como autores, em razão da unitariedade da relação jurídica de direito material.

No presente feito, não se cuida de co-legitimação, pois a Massa Falida ingressaria formulando pedido novo, ampliando, assim, o objeto da demanda, o que é vedado pelo art. 246 do CPC.

Assim, não pode ser conhecido o apelo da Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A.

VII – A preliminar de inépcia da petição inicial (fls. 2.727)

29 – A ré-apelada Bolsa de Valores do Rio de Janeiro (BVRJ), em suas contra-razões (fls. 2.727), sustenta que deve ser acolhida a preliminar de inépcia da petição inicial arguida na contestação (fls.555). Argumenta que os autores apresentaram imputações vagas e inespecíficas no tocante ao suposto confisco de sua alegada carteira de ações, sem identificar quais os títulos que cada uma das apeladas teria confiscado e sem esclarecer em que teria consistido esse afirmado confisco. Em outras palavras, não teriam os autores indicado, com precisão, como lhes incumbia, qual o ato específico praticado pela BVRJ que lhe teria causado as perdas afirmadas. Apresentaram os autores-apelantes, assim, alegações vagas e evasivas e formularam pedido genérico e incerto, impossibilitando a apresentação, por parte da ré-apelada, de impugnação circunstanciada. Desse modo, violaram os artigos 282, IV, e 286, *caput*, do CPC.

Além disso, não observaram a norma do art. 295, parágrafo único, II, do CPC, segundo o qual da narração dos fatos deve decorrer logicamente a conclusão; nem a do art. 283, que determina que a petição inicial seja instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Aduziu que a inicial não foi instruída com a mais mínima prova da propriedade das ações ou da prática de qualquer ilícito confiscatório pela BVRJ.

30 – A narrativa constante da petição inicial, de fato, a despeito de suas 37 páginas, caracteriza-se pela excessiva vagueza e generalidade em relação à causa de pedir e aos pedidos formulados a fls.36/37, item 157, a e b, impossibilitando ou dificultando, com isso, a defesa adequada das rés-apeladas.

Com efeito, alegam aos autores, genericamente, que ambas as rés teriam promovido o “confisco” de parte da sua carteira de ações

que não estava envolvida nas operações financiadas. Mas não indicam, com clareza, quais foram as ações objeto de confisco, nem em qual das bolsas estavam custodiadas as respectivas ações. Em suma, não indicam o **mínimo essencial acerca do fato constitutivo** do seu suposto direito de indenização.

31 – O art. 286, II, do CPC permite, em caráter excepcional, a formulação de pedido genérico: “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito”. O dispositivo deixa claro que a indeterminação pode repousar sobre as **consequências** do ato ou fato ilícito. Mas a indeterminação não pode recair sobre **o próprio ato** ou sobre **o fato em si**, constitutivo da causa de pedir a prestação jurisdicional.

É admissível e, até, freqüente que a parte autora não tenha condições de esclarecer ou indicar, no momento da propositura da demanda, qual foi a repercussão do ato lesivo, mas não se pode admitir que o próprio ato lesivo não seja esclarecido ou identificado, pelo menos em seu **núcleo essencial**.

32 – No caso dos autos, o mínimo que se exigiria dos autores era esclarecer ou identificar quais as ações de sua titularidade e, dentre elas, quais as que teriam sido ilicitamente apropriadas ou “confiscadas” pela BVRJ e quais as que teriam sido ilicitamente apropriadas ou “confiscadas” pela BOVESPA. A inicial, todavia, não o faz. Limita-se a uma **alegação genérica e exemplificativa**, a fls. 24, parágrafo 96, de que (*verbis*): a “*BVRJ e a BOVESPA custodiavam as ações dos Autores que não estavam envolvidas nas operações financiadas a D-Zero, tais como Ripasa, White Martins, Vale do Rio Doce, Petrobrás, Suzano, Sharp, Aços Villares e Aracruz, **dentre outras**.*” Essa, a única menção que a petição inicial faz a algumas das ações supostamente “confiscadas” ou “liquidadas” pelas rés sem autorização.

33 – Não atende a exigência de individualização da *causa petendi* a juntada, com a inicial, do documento de fls. 300/303 (apontado como doc. 27), que, além de outras ambigüidades, não indica quais ações estavam sob a custódia da BVRJ e quais estavam sob a

custódia da BOVESPA. Na verdade, o referido documento, pelo que se percebe, arrola, além de “ações” propriamente ditas, outros tipos de operações ou investimentos, como “opções de ações”. Indica, também, ao que parece, valores negativos, porque precedidos pelo sinal de subtração. Além disso, não aponta as corretoras responsáveis pelas operações. Em suma, trata-se de uma relação obscura, que não identifica as ações ou os ativos que os autores genericamente alegam que foram objeto de “confisco”.

Não basta, aos autores, alegar, genericamente, que eram detentores de uma carteira de ações de aproximadamente NCz\$300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzados novos) que foram “confiscadas” pelas rés, **sem indicar, pelo menos, quais, ações foram apropriadas por uma ré e quais foram apropriadas pela outra.**

Se os autores não dispõem dessa informação – o que, em si, já seria estranhável, devido ao montante alegadamente envolvido –, poderiam ter buscado apurá-la, se não extrajudicialmente, através de alguma medida cautelar preparatória, tal como a de exibição de documento (artigos 355 e seguintes do CPC) ou a de produção antecipada de prova (artigos 846 e seguintes do CPC), junto às rés ou a terceiros (tais como as corretoras – jamais mencionadas na inicial – com as quais os autores mantinham relações negociais). O que não se admite, repita-se, é pleitear indenização sem delimitar, claramente, na respectiva inicial os atos lesivos imputados às rés.

34 – A vagueza das alegações iniciais, decorrente da indeterminação dos atos ilícitos imputados às rés, é inaceitável não apenas por uma questão formal, mas porque impôs às rés, se não a impossibilidade, ao menos dificuldade para a apresentação das respectivas defesas. Diante da generalidade e indeterminação da imputação, viram-se as rés na contingência de apresentar defesa igualmente genérica no tocante aos pedidos formulados no item 157, a e b.

Como se verifica da leitura das contestações (cf.,notadamente, fls. 555/580 e 689/697), as rés não apresentaram (porque não pude-

ram) defesa especificada sobre a alegação de confisco ou apropriação de tal ou qual ação ou investimento mobiliário concreto. Viram-se na contingência de apresentar defesas genéricas contra a genérica alegação de confisco formulada pelos autores, apresentando argumentos puramente jurídicos ou teóricos. Isso porque não lhes foi imputado um **fato concreto, suficientemente determinado ou especificado**, o qual pudessem refutar. A admissão de uma petição inicial vazada em termos tão vagos e genéricos como a apresentada pelos autores-apelantes viola o direito à ampla defesa das rés. Defesa que só pode ser plenamente exercitada diante da uma imputação concreta, acerca de um fato específico – que não haverá de ser um genérico “confisco”, sem indicação precisa do seu objeto.

35 – Observe-se que os pedidos de indenização aqui examinados correspondem a supostas perdas e danos decorrentes da não restituição de ações de titularidade dos autores. Teoricamente, portanto, não fosse o tempo decorrido e a volatilidade inerente ao mercado mobiliário, os autores, em lugar do pleito de perdas e danos, poderiam ter formulado pedido de restituição das próprias ações de que alegam ser titulares. Nessa hipótese, nenhuma dúvida haveria de que os autores teriam de identificar as ações (com indicação da companhia correspondente, da espécie e da quantidade) e as bolsas em que elas estariam custodiadas e, também, das corretoras envolvidas nas operações. Sem essas indicações, a inicial não poderia ser admitida, porque estariam incompletos a causa de pedir e o objeto da demanda. Não se poderia cogitar de uma restituição sem a indicação precisa do objeto a restituir.

Por igualdade de razões, não pode ser admitida a inicial da presente demanda, em que se pleiteia indenização por perdas e danos decorrentes da não restituição de ações, por não terem sido identificados minimamente os títulos mobiliários alegadamente confiscados e por não ter sido indicado qual das bolsas de valores teria a custódia ou guarda dos respectivos títulos. Também aqui, a ausência dessas informações (acerca dos bens não restituídos) deixaria truncada ou incompleta a *causa petendi*, com reflexos na própria delimitação do *quantum* indenizatório.

36 – Não se queira argumentar que esses fatos poderiam ser apurados no transcorrer do processo, mediante perícia. Esses fatos teriam que estar desde já indicados na petição inicial, para, atendendo ao disposto no art. 282, III e IV, do CPC, estabelecer os limites da lide e propiciar uma defesa adequada às rés. Aí sim, atendida essa exigência, poderia ser determinada, na fase de instrução, a realização da prova pericial.

Observe-se que a prova pericial pode ser produzida para comprovar os fatos constitutivos da causa de pedir, **já deduzidos na inicial**. Mas não se presta a constituir prova sobre fatos não deduzidos, nem se presta a completar os fatos constitutivos da causa de pedir.

37 – Deveria o Juízo, portanto, quando do exame da petição inicial, ter determinado a sua emenda, com base no art. 284 do CPC, para atender ao disposto no art. 282, III e IV, do mesmo Código. O prosseguimento do feito com inobservância dos requisitos mínimos da petição inicial contamina de nulidade o processo (no que diz respeito aos dois primeiros pedidos). Todavia, o Juízo não determinou a emenda da inicial. Essa emenda deixou de ser possível depois da citação das rés, ante o que dispõe o art. 264 do CPC, de modo que, em relação aos pedidos ora examinados, a petição inicial deveria ser indeferida e o processo deveria ser julgado extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 295, I, parágrafo único, I, c/c o art. 267, I, do CPC.

38 – Sucede que, no presente caso, impõe-se a aplicação da regra do art. 249, § 2º, do CPC, segundo o qual: “*Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.*”

A referida regra está em consonância com os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, por possibilitar a prolação de uma sentença definitiva em lugar de uma terminativa, à condição de que a decisão de mérito seja favorável à parte a quem aproveitaria a sentença de extinção.

No presente caso, como se verá mais adiante, as pretensões formuladas pelos autores não têm como prosperar, razão pela qual deve ser superada a preliminar aqui apreciada.

Com essas considerações, com fundamento no art.249, § 2º, do CPC, rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial.

VIII – A preliminar de ilegitimidade passiva da BVRJ

39 – Sustenta, também, a ré-apelada Bolsa de Valores do Rio de Janeiro (BVRJ), em suas contra-razões (fls. 2.746), que, mesmo que os autores pudessem, em tese, ter alguma pretensão reparatória com fundamento em movimentação de ações mantidas na custódia da BVRJ, essa pretensão deveria ser dirigida contra as corretoras titulares das contas de custódia, que eram responsáveis por tais movimentações e tinham o poder de revender os títulos adquiridos e não liquidados pelos seus clientes (os comitentes), para aplicar o produto no abatimento do saldo registrado em conta-corrente, até a quitação integral do débito.

Sem razão a ré-apelada. O exame da existência das condições da ação é feito com base, tão-somente, naquilo que é afirmado pelo autor (*in statu assertionis*) na petição inicial. A verdade ou a prova dessa afirmação, sim, é algo que diz respeito ao mérito.

A legitimação ou legitimidade é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante (prevista na lei para a posição processual que alguém assumiu ou que foi atribuída a alguém). Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações das partes, consideradas *in statu assertionis*, coincidem com as respectivas situações legitimantes.

Assim, embora genérica e vaga, a afirmação dos autores de que as rés “*confiscaram toda a carteira de ações que lhes pertencia ou a liquidaram sem autorização e por preço vil*” (fls. 16), é suficiente

para estabelecer a legitimidade passiva das rés. Como observado pela sentença (fls. 2.352), poderia, em tese, ter havido falha nos deveres de fiscalização e custódia das rés. Se, concretamente, houve ou não, isso é matéria de fato, que diz respeito ao mérito da causa.

Deve, pois, ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.

IX – A preliminar de prescrição

40 – Entendeu a sentença que se teria consumado a prescrição em relação às pretensões indenizatórias relacionadas com o alegado confisco de ações de titularidade dos autores. Para tanto, considerou que, embora originariamente o prazo prescricional fosse de vinte anos, com base no art.177 do Código Civil de 1916, esse prazo não chegou a fluir em razão do disposto no art. 168, IV, do mesmo Código, segundo o qual:

Art. 168. Não corre a prescrição:

.....

IV. Em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda.

O novo Código Civil não reproduziu essa regra, embora tenha mantido no art. 197 as demais hipóteses de impedimento da prescrição.

Assim, seguindo o raciocínio aceito pela sentença, embora desde os fatos ocorridos de junho de 1989 até a entrada em vigor do novo Código Civil (em janeiro de 2003) tenha transcorrido mais de dez anos, não é aplicável ao caso a regra de transição do art. 2.028 do novo Código, segundo a qual:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Seguindo ainda a mesma linha de pensamento, o prazo do Código Civil de 1916 não chegou a fluir, de modo que, quando da entrada em vigor do novo Código, não havia “transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”, como expresso na regra de transição do art.2.028 do novo Código.

41 – O raciocínio, apesar de aparentemente bem encadeado, não resiste a uma análise mais detida.

A norma do art. 168, IV, do Código Civil de 1916 foi estabelecida em favor do depositante, do devedor pignoratício, do mandante e das demais pessoas titulares de bens confiados à guarda de outrem, impedindo o transcurso do prazo prescricional contra aquelas pessoas. Em assim sendo, não é razoável que a referida norma, criada para favorecer o titular da pretensão, seja invocada para, na solução de conflito intertemporal de leis, justificar a aplicação do prazo prescricional mais reduzido previsto pelo novo Código Civil – que reduziu de vinte para três anos o prazo de prescrição da pretensão de indenização por danos morais e materiais.

Abstraia-se a existência anterior da regra do art. 168, IV, do Código Civil de 1916 para que se verifique que, em tal hipótese, dúvida não haveria de que o prazo prescricional da pretensão indenizatória aqui examinada seria o de vinte anos, não o de três, do Código Civil ora vigente – uma vez que decorrido mais da metade do prazo quando da entrada em vigor do novo Código.

Ora, seria um contrassenso que uma regra estabelecida em favor de um dos sujeitos de uma relação jurídica – para impedir a fluência do prazo prescricional – pudesse, ainda que indiretamente, ser invocada contra ele. Sim, contra ele porque, não fosse a regra do art. 168, IV, do Código Civil de 1916, que impede a fluência da prescrição, o raciocínio empreendido para defender a aplicação do prazo mais reduzido do novo Código não seria formulado.

O mais absurdo do raciocínio acolhido pela sentença está, justamente, no fato de se conferir tratamento pior àquele que na vigência da legislação anterior, tinha um tratamento privilegiado no que se refere à prescrição.

A regra do art. 2.028 do novo Código Civil, à toda evidência, não pode ser aplicada, no presente caso, em sua literalidade. Embora não tenha “transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada” – na verdade, não transcorreu tempo nenhum, pois o prazo de vinte anos da lei anterior estava suspenso por força do art. 168, IV, do Código Civil –, aplica-se o prazo prescricional da Lei revogada. Não fosse a existência de causa impeditiva da prazo prescricional, teriam transcorrido quase quatorze anos desde o surgimento da pretensão (em junho de 1989) até a entrada em vigor do novo Código Civil (em 10 de janeiro de 2003), ou seja, mais da metade do prazo previsto no Código Civil anterior (20 anos, de acordo com o art. 177). Pela regra de transição do art. 2028 do novo Código, seria aplicável o prazo do Código revogado.

Não é lógico nem razoável, portanto, que a existência de uma norma criada em benefício do titular da pretensão (impeditiva do transcurso do prazo prescricional) seja empregada contra ele, para justificar a aplicação do prazo prescricional menor, do novo Código.

Trata-se de tese cerebrina, que joga com as palavras do texto legal, desprezando a *ratio* ou a finalidade dos dispositivos legais aplicáveis.

Desnecessária toda e qualquer discussão sobre se a regra do art. 168, IV, do Código Civil de 1916 esteja a cuidar da prescrição aquisitiva ou extintiva – e, nesse ponto, a jurisprudência majoritária acertadamente consagrou o entendimento defendido por Pontes de Miranda, no sentido de que se está a cuidar de prescrição extintiva (*Tratado de Direito Privado*. 2ªed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo 6, § 678, p. 182), não de prazo de prescrição aquisitiva ou usucapião, como assinalado por Clóvis Bevilacqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio. 1976. Vol. 1, p. 446). Independentemente do partido que se tome nessa antiga disputa doutrinária, não pode ser reconhecida, no presente caso, a prescrição.

Impõe-se, portanto, a rejeição da preliminar de prescrição.

X – Mérito

a) A alegação de responsabilidade civil das rés pelo confisco de ações dos autores

42 – Não podem ser acolhidos os dois primeiros pedidos formulados, referentes ao alegado confisco de parte da carteira de ações dos autores. Isso porque não há a mais mínima prova, nos autos, da titularidade das alegadas ações.

Limitaram-se os autores, na inicial, a alegar, genericamente, como já se expôs, a titularidade de ações custodiadas nas duas bolsas de valores então existentes. Nem sequer indicaram especificadamente essas ações na petição inicial. Limitaram-se a aludir, de forma exemplificativa, a algumas companhias das quais as alegadas ações proviriam, mas sem informar as quantidades e as espécies de ações.

O documento 27 trazido com a inicial (fls. 300/303) não constitui prova da existência dessas ações. Como se viu, cuida-se de documento elaborado unilateralmente pelos autores, à guisa de resumo da suposta carteira de ações. Não tem, portanto, valor probatório nenhum.

Caberia aos autores trazer algum documento comprobatório da existência e da titularidade dessas ações, em especial as notas de corretagem ou notas de negociação padronizadas pelas bolsas onde eram realizadas as operações. Tais notas indicariam a espécie, a quantidade de títulos, o preço, a data do pregão, o valor da negociação, o valor da corretagem e, até, os emolumentos devidos. Essa a prova que caberia aos autores produzir, sem a intermediação do Juízo, por se tratar de prova documental.

Na hipótese de os autores não disporem dessa prova documental, caberia, com fundamento nos artigos 360 e seguintes do CPC, a formulação de pedido, em face das corretoras, de exibição dos documentos comprobatórios da titularidade das ações. Teriam os autores, então, que indicar não apenas os títulos mobiliários de que se-

riam titulares, com todas as suas especificações (quantidade, espécies, etc.), mas, também, as corretoras com as quais teriam realizado os negócios de compra desses títulos.

A prova pericial não se presta a comprovar a existência e a titularidades dessas ações. Ao contrário, eventual prova pericial somente seria cabível para, uma vez comprovada documentalmente a existência e a titularidades das ações, apurar o montante pleiteado a título de indenização.

43 – Acresça-se a isso o fato de que toda a narrativa dos autores acerca do alegado confisco de ações por parte das bolsas de valores, além de vaga e genérica, é totalmente inverossímil.

A custódia exercida pelas bolsas de valores sobre ações e outros ativos financeiros é meramente virtual (ou eletrônica) e se dá apenas para fins de controle das operações realizadas (sempre) por ordem de corretoras, as únicas que podiam (e únicas que podem) negociar em bolsas de valores. Ou seja, **não há negociação em bolsa sem intermediação de corretora**. As bolsas não podiam (como não podem) se relacionar diretamente com investidores. Mesmo com a implantação do sistema de *home broker*, em 1999, que permitiu a conexão, via internet, de usuários ou investidores ao pregão eletrônico no mercado de capitais, a intermediação das corretoras continuou obrigatória, já que, por esse sistema, as ordens de compra e venda efetuadas pelos investidores se faz sempre através do site de uma corretora na internet.

As bolsas de valores funcionam, de um lado, como *locus* privilegiado para a realização de negociações envolvendo valores mobiliários. De outro, atuam como órgãos auxiliares da CVM para fiscalizar as operações com valores mobiliários nela realizadas (art. 17, § 1º, da Lei nº 6.385/76).

Em suas relações com as corretoras, únicas personagens que podiam (e podem) realizar negociações com valores mobiliários, as bolsas de valores se limitavam a coordenar a liquidação financeira e

a liquidação física das operações, atuando como *clearing* do mercado.

Em suma, **as bolsas de valores não compram, vendem ou, de qualquer forma, negociam ações**. Somente as corretoras o fazem, por conta e ordem dos investidores (comitentes), ou, excepcionalmente, de forma compulsória, em caso de inadimplência de investidor. Nesse sentido, o art. 47 da Resolução nº 922, de 15.05.1984, do Conselho Monetário Nacional; o art. 45 do Decreto nº 2.475, de 13.3.1897; e o art. 1º, VII, da Instrução CVM nº 33, de 26 de março de 1984, segundo a qual as corretoras deveriam, obrigatoriamente, preencher e manter atualizadas fichas cadastrais de seus clientes, contendo, como informação: “*autorização expressa do cliente para a sociedade corretora, independentemente de notificação judicial ou extra-judicial, vender em bolsa as ações adquiridas por sua conta e ordem e não liquidadas, aplicando o produto no pagamento de seu débito.*”

Forçoso concluir que, se os autores eram titulares de ações por ocasião da crise do mercado mobiliário ocorrida em junho de 1989, somente as corretoras poderiam ter realizado as liquidações compulsórias das referidas ações. E nem se queira argumentar que as corretoras somente tinham o poder de promover a liquidação compulsória de ações que os investidores compraram e não pagaram. Isso não significa que, de fato, as corretoras não tenham promovido essa liquidação compulsória, à vista dos enormes prejuízos que sofreram com as ações perpetradas pelo grupo de investidores liderado pelo primeiro autor. Se liquidação compulsória de ações houve, só poderia ter sido realizada pelas corretoras.

Estranhamente os autores não apontam na direção das corretoras com as quais operavam. A despeito de todo o sistema jurídico apontar para a necessária participação das corretoras em qualquer negócio de compra e venda de ações, insistem os autores em uma genérica e não esclarecida alegação de confisco de ações diretamente pelas bolsas de valores.

b) A alegação de responsabilidade civil da 2ª ré (BOVESPA) por danos morais e materiais

44 – Não há ilicitude nos atos imputados ao então Presidente da Bovespa (Eduardo Rocha Azevedo), de procurar representantes das instituições financeiras para alertá-los sobre o risco da concessão de financiamentos D+Zero ao autor Naji Nahas, por suspeita de que financiavam operações sobre as quais recaíam suspeitas de ilegalidade ou ilegitimidade, por serem simuladas – as chamadas operações “Zé com Zé”.

A longa e minuciosa decisão proferida no processo administrativo que tramitou na CVM, para apuração de responsabilidade sobre os fatos que levaram à crise no mercado mobiliário, observou, em sua fundamentação, o seguinte (fls. 1.141): “(...) o Grupo Nahas realizou operações casadas em bolsa, nas quais atuava concomitantemente na compra e na venda das mesmas ações”; “As referidas operações casadas foram realizadas na BVRJ e na BOVESPA”; “Para realizá-las, foi utilizada uma extensa rede de intermediários, sendo que as operações na BVRJ eram efetuadas, geralmente, através de intermediários de outras praças”; “À época dos fatos, as operações realizadas no mercado à vista por ordem e conta de clientes de instituições financeiras, de sociedades corretoras de outras praças e de distribuidoras, eram registradas em nome do intermediário cliente da corretora-membro da bolsa, sem que essas entidades tivessem acesso ao nome dos comitentes finais”.

Ao final a CVM condenou os ora autores-apelantes – com fundamento no item I da Instrução CVM nº 8, de 08.10.1979 – ao pagamento de multas, em razão da “criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço” e da “manipulação de preço” (fls.1.182/1.183). Essa decisão – que, pelas razões já expostas, não se insere no conceito de prova emprestada, mas de ato administrativo, emanado de entidade autárquica federal – apresenta fundamentação detalhada acerca das operações ilegítimas realizadas pelos autores.

Observe-se que a Lei nº 6.385/76 confere ao Conselho Monetário Nacional e à Comissão de Valores Mobiliários competência para

atuar com o objetivo de “*evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado*” (art. 4º, V) e “*assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários*” (art. 4º, VII), podendo impor aos infratores penalidades (art. 11).

Verifica-se, portanto, que não pode ser considerada ilícita a conduta do então Presidente da CVM, de alertar instituições financeiras acerca do risco na concessão de financiamento para as operações realizadas pelos autores, já que se tratava de operações ilegítimas, violadoras de normas legais.

Irrelevante toda e qualquer discussão acerca da existência de eventual motivação oculta do então Presidente da Bovespa contra o autor Naji Nahas. Tal motivação, se existiu, restringe-se à esfera íntima desse personagem. O que importa, no exame da questão, é que a alegada interlocução do Presidente da Bovespa com os bancos e instituições financeiras tratou de fatos que não podem ser reputados falsos, tanto que reconhecidos em processo administrativo que levou à imposição de pesadas multas aos autores.

45 – Ainda que assim não fosse, não há nexo de causalidade entre os atos imputados ao então Presidente da Bovespa e os danos que os autores alegam ter sofrido. A atuação do então Presidente da Bovespa não pode ser considerada causa adequada ou suficiente desses alegados danos, pois não há como assegurar ou prever que as instituições financeiras iriam conceder financiamentos ao autor Naji Nahas, que tinha mera expectativa de obtê-los, quando emitiu cheque sem suficiente provisão de fundos para a realização da operação de bolsa de valores que acabou não sendo honrada.

Os danos decorreram, como se viu, da conduta do próprio autor Naji Nahas, que se colocou em situação de risco, ao realizar operações no mercado mobiliário sem dispor previamente de numerário suficiente, na mera expectativa de que obteria financiamento para cobrir sua insuficiência de fundos. Os danos foram consequência, portanto, da conduta temerária do próprio autor.

b) A alegação de responsabilidade civil da 1ª ré (BVRJ) por danos morais

46 – O primeiro autor alega que a primeira ré (BVRJ) lhe causou dano moral porque, embora antes da crise até estimulasse as operações DZero, logo em seguida mudou radicalmente de posição, para atribuir publicamente ao autor a responsabilidade por fatos que comprovadamente sabia existir e que eram lícitos. Acrescenta o autor que a brusca mudança de posição da 1ª ré potencializou o maléfico discurso articulado pela Bovespa.

Aqui também, a petição inicial, devido à vagueza e à generalidade das alegações formuladas, tangencia a inépcia. Não indicou o autor quais foram as “declarações públicas” dadas pela BVRJ; qual a pessoa que, representando a BVRJ, teria dado essas declarações; em que veículo de divulgação foram dadas essas declarações. Sem essas informações, não há como aferir a ilicitude da conduta alegadamente caracterizadora de dano moral ao autor.

A pretensão, porém, pode e deve ser apreciada no plano do mérito, uma vez que, conforme se viu, está demonstrado que todos os danos materiais e morais alegados pelo autor foram consequência de sua própria conduta temerária. O autor deve debitar a si próprio o abalo à sua reputação.

XI – Conclusão

47 – Pelas razões antes expostas, deixa-se de conhecer da primeira apelação em relação à Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A. No mais, nega-se provimento a ambas as apelações.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2009.

ANDRÉ ANDRADE

DESEMBARGADOR RELATOR