

CAPACIDADE PROCESSUAL DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO¹

Deusedith Brasil

Depois que o Banco Santos quebrou, as ações foram ajuizadas contra o Banco da Amazônia como se esta instituição financeira pública federal, fosse parte legítima para estar no pólo passivo da relação processual dessas demandas movidas pelos cotistas dos fundos de investimento. O pior é que os juízes ainda não entenderam que os fundos de investimento, apesar de não possuírem personalidade jurídica, têm capacidade processual, como têm os condomínios de imóveis, a massa do insolvente civil - não contemplada no art. 12 do CPC -, bem como a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica, os consórcios, o grupo de classe ou categorias e pessoas titulares de direitos coletivos.

A esses entes, como diz Nelson Nery Junior, a lei lhes assegura a possibilidade de ser parte ativa ou passiva em ação judicial.

Como se vê, o Banco da Amazônia é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações dos cotistas, pois não há identidade da pessoa do Banco com a pessoa que é contrária à vontade da lei ou do contrato – *legitimation ad causam*. Na verdade, a parte legítima é o fundo de investimento, mas, há quem defenda a ilegitimidade passiva do condomínio financeiro – o fundo – por compreender que este, por não ter personalidade jurídica, não pode ter capacidade processual, que é a aptidão de participar da relação processual em nome próprio ou, extraordinariamente, em nome próprio para pedir direito alheio: substituição processual.

O Professor Arnoldo Wald, defensor da nossa linha, assim pensa: o fundo, embora não tenha personalidade jurídica, se caracteriza como tendo: a) capacidade processual nos termos do CPC; b) patrimônio próprio; c) escrituração contábil própria; d) órgão representativo dos investidores, que é a Assembléia Geral, com caráter deliberativo restrito e sem funções executivas. Nesse ponto, conclui: “Na realidade trata-se de uma situação intermediária entre a personalidade jurídica própria e o condomínio do Código Civil, tendo até alguma analogia, embora remota, com os chamados condomínios especiais, como o que existe no edifício

¹ Sobre o artigo:

Artigo publicado no jornal “O Liberal”, na tiragem de 20.06.2005

O seu conteúdo é protegido pelas leis de direitos autorais

Publicado no site www.deusedithbrasil.adv.br

de apartamentos ou nos conjuntos habitacionais, em virtude da natureza específica do mandato dado ao administrador e da inaplicabilidade das normas referentes à divisão da coisa comum".

O art. 12 do CPC lista os entes que têm representações em juízo, além do condomínio de qualquer espécie, as sociedades sem personalidade jurídica, muito embora esta espécie seja compreendida pela doutrina como sociedade irregular. Esta espécie de sociedade, registra a norma estatal, é sociedade sem personalidade jurídica.

Há autores que comparam as legislações estrangeiras, sob situação diferente. Aos fundos atribuem uma quase personalidade ou um regime *sui generis*. É a propriedade fiduciária dos bens dos condôminos, caracterizando-se a sua autonomia pela existência de seu patrimônio, de sua contabilidade, de capacidade processual própria e de uma gestão baseada em princípios fiduciários, na linha do professor Arnoldo Wald.

Na doutrina brasileira há convergência. O fundo constitui um patrimônio afetado a uma finalidade específica. Como dissemos, embora não tenha personalidade jurídica, tem capacidade de direito substantivo e adjetivo, funcionando como um verdadeiro *investment trust*, com base fiduciária.

É importante destacar que a ilegitimidade é matéria de ordem pública (condições da ação), por isso, pode ser alegada a qualquer tempo. Assim, ainda que ao contestar a ação não se argua a ilegitimidade da instituição financeira, pode vir ser a alegada a qualquer tempo.

Em razão de não se haver reconhecido a capacidade processual do fundo em primeiro grau de jurisdição é bem possível que todos os processos que tramitam no foro de Belém venham a ser anulados no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, senão pelo Superior Tribunal de Justiça.

A ação não deve ser provida contra o Banco, mas sim contra o fundo, devendo ser citado o seu administrador, que é representante legal do fundo por decisão da assembléia geral, a qual é o seu órgão maior, constituída por todos os componentes do fundo.

Do mesmo modo que, quando se move uma ação contra um condomínio de imóvel, citando-se o síndico, na ação de condomínios financeiros – fundos de investimento – a ação é movida contra o fundo, citando-se seu administrador que é aquele assim reconhecido pela autoridade monetária e pela Comissão de Valores Mobiliários.

A par de não reconhecer a capacidade processual do fundo, os juizes têm atribuído ao administrador deste responsabilidade objetiva, quando a sua responsabilidade é subjetiva. O administrador não responde pelo simples fato de ser o administrador, o que corresponderia à responsabilidade objetiva. Ao contrário, a responsabilidade do administrador, repita-se, é subjetiva, quer dizer, há de se perquirir se agiu com culpa.

Shaila Perricone, em estudo sistemático, publicado na Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ensina que “a análise sistemática das leis e normas que tratam da regulação e funcionamento dos fundos de investimento, nos leva a concluir ser subjetiva a responsabilidade de seus administradores, quer em face dos parâmetros de indicação do elemento culpa constante nas normas expedidas pelos órgãos reguladores, quer em face da ausência, em lei e naquelas normas, de expressa designação da responsabilidade objetiva. Assim, somente depois de provada a culpa do administrador, a existência do dano e o nexo de causalidade, é que surgirá o dever de reparar os prejuízos causados aos fundos que administra”.

Pode-se concluir, portanto, afirmando que o Banco da Amazônia não pode, legalmente, integrar o pólo passivo da relação processo em ação na qual os cotistas de fundos de investimento pretendem haver algum ressarcimento de valores postos no fundo. Com efeito, a ação há de ser proposta contra o fundo, que tem capacidade processual, mas o seu gestor não tem responsabilidade objetiva. A sua responsabilidade é subjetiva, por isso, depende da prova de sua culpabilidade no exercício da gestão administrativa, desde, é claro, que haja o nexo de causalidade entre o dano e sua gestão, quer dizer, aquele seja decorrente desta.