

Doutrina

AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO DOCUMENTÁRIO, AS CARTAS DE CRÉDITO E AS COMFORT LETTERS*

EDUARDO SALOMÃO NETO

Cobranças documentárias simples. Cartas de crédito. Cartas revogáveis e irrevogáveis, confirmadas ou não. Remuneração do banco emissor e provisão de fundos. Prestação prometida sob a carta de crédito. Pagamento da carta de crédito. Exclusões de responsabilidade. Contrato de abertura de carta de crédito e carta de crédito — Natureza jurídica. Lei aplicável. As "comfort letters".

Este tópico, como tantos outros no Direito Comercial, tem sido infelicitado por excessiva divagação doutrinária, que deixou de perceber sua natureza simples.¹

Entender a natureza das operações de crédito documentário e das cartas de crédito é entender, em primeiro lugar, a função a que se destinam tais operações, basicamente ligadas ao comércio internacional. O comércio internacional põe em contato partes que freqüentemente não se conhecem e não desenvolveram entre si a confiança gerada por transações comerciais repetidas. Entretanto, oferece transações por bom preço, ou mercadorias necessárias, e os negócios precisam acontecer.

* O autor agradece ao Professor Waldirio Bulgarelli pela sugestão do tema relativo às *comfort letters* e pela cessão de parte da bibliografia sobre o assunto e à Dra. Patrícia Neves Pinheiro Machado pela revisão do texto e sugestões.

1. Cabe aqui menção à bem fundamentada crítica de Fábio Konder Comparato à tendência de muitos doutrinadores à complexidade classificatória, a qual, como anota, muitas vezes decorre do desconhecimento de princípios legais básicos ("Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria", in *RDM* 111/39 e ss., jul.-set. 1998).

Essa tensão entre necessidade de contratar e possível falta de confiança mútua permite aos bancos o desenvolvimento das chamadas operações de crédito documentário. Em tais operações, os bancos que nelas intervêm substituem a credibilidade das partes pela sua própria, interpondo-se na operação da forma como veremos.²

A primeira crise de credibilidade existente em tais operações refere-se à possibilidade de uma das partes efetuar o pagamento, ou fazer sua prestação, sem receber a da outra, seja mercadoria ou dinheiro.

Mesmo que tal risco fosse superado por troca simultânea entre preço e mercadoria, sobraria ainda para o vendedor o risco do arrependimento do comprador após ter tido o vendedor despesas com o embarque e transporte da mercadoria, e eventualmente com a própria produção delas, no caso de bens feitos por encomenda.³

2. Para uma exposição clara do crédito documentado e suas funções, veja-se Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, São Paulo, Atlas, 2000, pp. 236 a 238.

3. Máquinas industriais e outros bens de produção de valor elevado podem situar-se nessa categoria, elevando ainda mais o risco do vendedor, em

Cobranças documentárias simples

O problema básico da desconfiança entre vendedor e comprador é resolvido através do mecanismo da cobrança documentária. De fato, as mercadorias em trânsito internacional são freqüentemente representadas por documentos que evidenciam seu depósito, normalmente junto a transportador (marítimo, aeronáutico etc.).⁴ Em vista disso, os bancos oferecem como serviço a atividade de, utilizando-se de sua rede de agências ou correspondentes pelo mundo, coletar os documentos representativos de mercadorias contra pagamento do preço, que terá a eles sido transferido previamente ao comprador.

Nessa hipótese, o banco intermediário, de confiança do vendedor, fica com a guarda dos documentos representativos da mercadoria e os repassa ao comprador ou a banco que o represente, assim que receba o pagamento por parte deste. Na prática comercial, o banco designado pode indicar um banco cobrador no país do importador, o qual receberá os documentos e os repassará, seguindo as instruções dadas pelos clientes, ao comprador das mercadorias, contra o pagamento devido. Assim, em regra, os documentos seguem o seguinte fluxo: passam do exportador que os originou, em regra ao embarcar a mercadoria, para o banco contratado para a cobrança documentária no próprio país do exportador, e deste para o banco apresentador dos documentos já no país do importador, o qual notificará o importador para que venha receber os documentos e fechar o câmbio para pagamento da importação.

vista do valor normalmente alto envolvido em sua produção.

4. Tais documentos são títulos de crédito causais nos quais se incorpora o direito à própria mercadoria, tornando-se o titular legítimo deles, pelo fato da titularidade, também proprietário da mercadoria. Os conhecimentos de depósito de emissão de armazéns gerais são objeto do Decreto 1.102, de 21 de novembro de 1903, e os conhecimentos de transporte, do Decreto 19.473, de 10 de dezembro de 1930.

Os documentos cuja apresentação deve ser feita são definidos pelo contrato entre importador e exportador: logicamente entre eles estará sempre documento representativo da mercadoria, além de faturas, e eventualmente exames por amostragem, certificados de qualidade emitidos por órgãos específicos, documentação relativa a seguro da mercadoria ou outros estabelecidos no contrato.

Essa intermediação no pagamento e recebimento é serviço prestado pelos bancos, e seu arcabouço jurídico é, portanto, um contrato de prestação de serviços. No Brasil, tais relações são reguladas pelo Código Civil, que em seus arts. 1.216 a 1.236 trata da locação de serviços, e pelo Código Comercial, que faz o mesmo em seus arts. 226 a 246. As regras de ambos os Códigos são muito genéricas para ter influência sobre as cobranças documentárias. Entretanto, a Câmara de Comércio Internacional⁵ consolidou em uma de suas brochuras de regras, a de n. 522, conjunto de normas que sugere para reger as cobranças documentárias. Tal brochura, composta de 26 artigos, descreve basicamente os procedimentos de cobrança contra documentos acima indicados, a forma de avisos a serem emitidos pelas partes na cobrança e as obrigações e responsabilidades dos bancos intervenientes. Neste último aspecto, as regras procuram limitar ao máximo o escopo dos serviços dos bancos intervenientes, excluindo qualquer responsabilidade deles (i) pelas mercadorias objeto da transação de comércio exterior (art. 10), (ii) pela autenticidade, conteúdo, suficiência ou outras

5. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) é entidade de representação da comunidade empresarial internacional, tendo sido fundada em 1919, agrupando representantes de categorias empresariais de diversos países. Além de sua participação no desenvolvimento de cláusulas e regras uniformes a serem adotados no comércio internacional (cobranças documentárias, cartas de crédito, *incoterms*), destaca-se por seu Tribunal de Arbitragem. A CCI, além de comitês nacionais nos diversos países que dela participam, tem também órgãos de administração centrais que funcionam em Paris.

características intrínsecas ou extrínsecas dos documentos que recebem para apresentar (art. 13), (iii) por eventos de força maior que venham a interromper as atividades dos bancos.

Tais restrições nos parecem justificáveis, porque decorrem de uma limitação do escopo dos serviços prestados pelo banco, à qual deverá corresponder, evidentemente, uma limitação de sua responsabilidade. Assim, por exemplo, se contratualmente não prestam os bancos nenhum serviço relativo à revisão do conteúdo de documentos, não haveria por que recair sobre eles qualquer responsabilidade por deficiências em tal conteúdo.

Outras regras de exclusão de responsabilidade contidas na brochura 522 nos parecem menos justificáveis. São elas a exclusão de responsabilidade dos bancos quanto a atrasos ou perdas em trânsito de quaisquer mensagens, cartas ou documentos, ou pelo atraso, mutilação ou outros erros decorrentes da transmissão de qualquer telecomunicação ou por erros de tradução ou interpretação de termos técnicos (art. 14, letra a). Entendemos que, perante o Direito brasileiro, na medida em que os erros ou atrasos sejam imputáveis ao banco, não poderá ele se eximir de responsabilidade, porque o Código de Defesa do Consumidor considera nula e abusiva qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios dos serviços.⁶

Por razão análoga, não é aceitável a exclusão de responsabilidade dos bancos que se encarregam da cobrança por erros de ou prejuízos causados por correspondentes que venham a apontar para a apresentação dos documentos ao importador, exclusão esta prevista no art. 11 da brochura 522. De fato, se um banco se encarrega de instruir correspondente sobre a apresentação de documentos, sendo por isso remunerado, deve-se responsabilizar por deficiências do correspondente.

Note-se, ainda, que as cláusulas de exclusão de responsabilidade acima indicadas não ficam prestigiadas ou tornam-se válidas pela simples escolha de lei estrangeira para a regência do contrato de prestação de serviços entre o banco e o cliente que o contrata para a cobrança documentária. Isso porque se considera que as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, caso em que a lei brasileira é sempre aplicável, se a questão chegar a tribunais brasileiros.

Uma questão que merece análise diz respeito à aplicabilidade das normas e princípios contidos na brochura 522 na ausência de previsão contratual expressa, em decorrência de sua possível classificação como costume. Os costumes, como se sabe, são fonte do Direito Comercial, expressamente reconhecidos pelos arts. 130 e 131 do Código de 1850 e pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942). Um corpo de normas que venha a se enquadrar na definição de costume e, conseqüentemente, classificado como fonte do Direito, tornar-se-ia aplicável, automaticamente, a todos os contratos sobre cuja matéria tratasse, sem necessidade de previsão expressa nesse sentido. Nasce daí a indagação se as normas da brochura 522 representariam a cristalização escrita de costumes e se aplicariam automaticamente a qualquer cobrança documentária. A resposta deve ser negativa, na medida em que essas regras são de elaboração recente e de inspiração teórica. De fato, representam concepção ideal da Câmara de Comércio Internacional sobre as regras que deveriam reger as cobranças documentárias, e não são o resultado de uma prática reiterada e espontânea, marcada pela convicção de que tal prática reflete obediência a normas jurídicas, o que se exige para a existência de costume vinculante.⁷ Faltam a elas, portan-

6. Art. 51, inc. I da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

7. Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, pp. 253 a 255.

to, requisitos necessários para a configuração do costume, na sua acepção jurídica. O resultado é que as regras da brochura 522 só valerão se houver convenção expressa nesse sentido entre o banco e seu cliente que o encarrega da cobrança. Aliás, o próprio texto da brochura 522 expressamente consagra esse entendimento, ao dispor em seus arts. 1º e 4º que sua aplicação se condiciona a que o cliente faça menção expressa à brochura nas instruções de cobrança que dá ao banco.⁸

Cartas de crédito

A modalidade de pagamento acima não elimina, entretanto, o risco de desistência da compra por parte do adquirente, o que deixaria o vendedor sujeito à incorrência de despesas com embarque e transporte das mercadorias, bem como o financiamento de sua produção, entre outros.

Em vista disso, aparece a prática das cartas de crédito, que são na verdade promessas de pagamento emitidas por um banco, de forma incondicional, a favor do vendedor de mercadorias. Alternativamente, as cartas de crédito podem também ser emitidas a favor de outros tipos de credores, e prever quaisquer condições para pagamento.

Normalmente, quando emitidas a favor de credores por operações comerciais, condicionam o pagamento à apresentação dos documentos já mencionados acima quando tratamos da cobrança documental.⁹

8. A jurisprudência reconhece também que as regras oriundas da Câmara de Comércio Internacional sobre cobrança documental e cartas de crédito não configuram costume, mas sim cláusulas tipo de relações contratuais, cuja aplicação depende de menção expressa. Veja-se, para reprodução da jurisprudência italiana, Aldo Ceccherini e Massimo Genghini, *I Contratti Bancari nel Codice Civile*, Milano, Giuffrè Editore, s/d, pp. 392 a 394.

9. As regras sobre cartas de crédito não excluem as regras anteriormente vistas sobre cobrança documental. Estas últimas referem-se à relação do cre-

As regras relativas a cartas de crédito e sua emissão são contidas na brochura 500 da Câmara de Comércio Internacional (CCI), a última de sucessivas atualizações do regime.¹⁰ De modo análogo às regras sobre cobrança documental simples, as regras da brochura 500 não consolidam costumes comerciais, e devem ser objeto de menção expressa no contrato entre um importador e seu banco para ter aplicação à referida relação.¹¹ Como tal menção normalmente é feita, começaremos nossa análise descrevendo o regime imposto pela prática, e pela própria brochura, às cartas de crédito. Essa explicação nos permitirá conhecer o instituto, e tirar conclusões precisas sobre sua natureza jurídica.

Em primeiro lugar, note-se que a carta de crédito é um instrumento unilateral emitido pelos bancos, sob a forma de promessa de pagamento, sem a interveniência do devedor nesse momento. Tal interveniência se dá no momento anterior, quando o devedor contrata o banco para a emissão da carta. Essa contratação é feita por instrumento independente da carta, o qual de-

dor do preço de uma exportação com o banco que se encarrega de apresentar documentos, e podem valer também em caso de a apresentação de documentos dever ser feita pelo primeiro banco a um outro banco que tenha emitido uma carta de crédito em benefício do vendedor.

10. Alternativamente, cartas de crédito que prevêem pagamento de dívidas não puramente comerciais, como por exemplo as decorrentes de empréstimos, adiantamentos, obrigações de indenizar em caso de eventual não cumprimento de obrigações podem também ser regidas por um outro instrumento normativo internacional, denominado *International Standby Practices* (ISP98), produto de grupo de trabalho formado sob os auspícios do *Institute of International Banking Law and Practice, Inc.* As regras da ISP98, ainda que mais simples do que as da brochura 500, especialmente na parte documental, não diferem substancialmente delas.

11. Art. 1 da brochura 500. Em contrário, veja-se a opinião de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia", *RDM* ns. 15/16 (1974), pp. 57 e 58. Essa visão, em nosso entender, deixa de considerar a realidade contida no próprio texto da brochura, a qual prevê que suas normas apenas se aplicam em caso de previsão contratual expressa.

verá prever (i) as condições em que será emitida, (ii) a remuneração que o banco obterá pela emissão, (iii) a eventual provisão antecipada de fundos, ou concessão de crédito, pelo banco, para a abertura da carta e (iv) a prestação a ser prometida na carta de crédito, incluindo vários aspectos relativos a seu pagamento.

Esses elementos, por sua importância, merecem ser analisados separadamente.

Cartas revogáveis e irrevogáveis, confirmadas ou não

Em primeiro lugar, quanto aos seus termos, poderá a carta de crédito ser revogável ou irrevogável. No primeiro caso, de rara existência, dada a necessidade de segurança creditícia do exportador, pode a carta emitida ser a qualquer momento revogada. Já no segundo caso, não é possível a revogação. Tais modalidades são previstas pela brochura 500 em seu art. 6º, que acrescenta a regra de que, na ausência de especificação, o crédito será irrevogável. Nas raras hipóteses de existência de crédito revogável, poderá o banco emendar a carta de crédito já emitida ou mesmo cancelá-la sem autorização do beneficiário, isto é, normalmente o vendedor da mercadoria, que deve receber o preço. Já no caso de carta irrevogável, o cancelamento ou emenda da carta tem por condição o consentimento do beneficiário.¹²

As cartas de crédito, segundo a brochura 500, podem ser cumpridas pelo banco que as abre diretamente, ou por intermédio de outro banco. Este outro banco pode servir simplesmente como banco notificante, ou seja, que notifica o credor da existência de carta de crédito a seu favor, e efetua o pagamento, desde que tenha recebido provisão do banco que abriu a carta para tanto. A interveniência do banco notificante se faz aconselhável na medida em que o banco que abriu originalmente a car-

ta pode não ter agência na praça onde opera o credor do preço a ser pago.

É possível, entretanto, que o banco notificante, além de sua obrigação de dar a conhecer a existência da carta e eventualmente fazer o pagamento, também confirme uma carta irrevogável.¹³ Nessa hipótese, torna-se ele solidariamente obrigado pela prestação prevista na carta de crédito, com o banco emitente da carta, o qual não fica, note-se bem, liberado de suas obrigações.¹⁴

Remuneração do banco emissor e provisão de fundos

A remuneração do banco emissor para a emissão da carta de crédito também deve ser estar contida no contrato que prevê a mesma emissão. Em caso de haver provisão imediata de fundos para pagamento do valor da carta, estará o banco prestando apenas um serviço, desvinculado da concessão de crédito em termos econômicos. Em tal caso, a remuneração do banco será uma comissão, muitas vezes calculada como uma porcentagem sobre o valor da carta a ser emitida.

Na hipótese de não haver provisão de fundos pela parte que abre a carta antes do

13. A brochura 500 admite expressamente apenas a possibilidade de cartas irrevogáveis serem confirmadas, mas não há por que excluir as cartas revogáveis da possibilidade de confirmação, ao menos em tese (como admitem Chorley & Smart, *Leading Cases in the Law of Banking*, 6ª ed., Londres, Sweet & Maxwell/The Chartered Institute of Bankers, 1990, p. 248). Nessa hipótese, seria necessário deixar claro, ao menos contratualmente, se a confirmação é dada também em caráter revogável, ou se é irrevogável.

14. As cartas de crédito irrevogáveis e confirmadas são previstas pelo art. 9, letra b da brochura 500, assim redigido: "Uma confirmação de um Crédito irrevogável por outro banco (o "Banco Confirmador") por autorização ou solicitação do Banco Emitente, constitui um compromisso firme do Banco Confirmador, adicional ao do Banco Emitente, desde que os documentos estipulados sejam apresentados ao Banco Confirmador ou a qualquer outro Banco Designado e que os termos e condições do Crédito sejam cumpridos (...)".

12. Art. 8 da brochura 500.

pagamento ao beneficiário, tal pagamento obviamente terá de ser feito com fundos do próprio banco. Nesse caso, sobre os recursos adiantados correrão também juros a favor do banco, até o pagamento do valor adiantado pelo cliente que abriu a carta.

Note-se que a razão para o diferimento do pagamento da provisão pelo cliente poderá estar ligado à necessidade de venda por ele da mercadoria adquirida, antes de poder pagar o banco.

Prestação prometida sob a carta de crédito

A prestação prometida sob a carta de crédito vincula-se sempre à apresentação de documentos pelo beneficiário, geralmente com vistas ao pagamento do preço de uma operação comercial. Pode, entretanto, a carta de crédito ser assecuratória de uma dívida simplesmente financeira, caso em que deverão ser entregues documentos dela representativos contra a prestação prometida na carta.

A prestação prometida na carta, segundo dispõe o art. 2º, *i* da brochura 500, pode ter uma tripla natureza:

(i) pagamento ao beneficiário;

(ii) aceite de letras de câmbio emitidas pelo beneficiário, as quais após tal aceite bancário poderão ser facilmente descontadas no mercado pelo próprio beneficiário; ou

(iii) aquisição de letras de câmbio emitidas pelo beneficiário.¹⁵

Em todos os casos, o beneficiário auferirá vantagem econômica. Esta será imediata nas hipóteses mencionadas em (i) e (iii) acima, porque haverá pagamento desde logo. Já o aceite operaria em regra em relação a créditos a prazo, que o banco se comprometeria a honrar ao assinar a letra. Entretanto, como notamos acima, a possibili-

dade de que o emissor da letra a desconte antecipadamente ao vencimento faz com que também em tal caso a carta de crédito e a prestação nela contida impliquem imediata vantagem para o beneficiário.

Pagamento da carta de crédito

A carta de crédito, uma vez emitida pelo banco, tem uma importante característica: obriga à prestação nela consignada independentemente dos termos de qualquer contrato comercial, financeiro ou de outra natureza que tenha motivado sua abertura. Nesse passo, os termos de tais contratos, sua eficácia, validade ou mesmo existência nenhum efeito têm sobre a carta de crédito: ela deve ser cumprida sempre.

A única obrigação dos bancos é a verificação da documentação apresentada, de forma a determinar se é compatível com a lista de documentos, e com a descrição de tais documentos, prevista tanto no contrato de abertura da carta de crédito quanto na própria carta de crédito. Esta é a regra do art. 3º da brochura 500:

“Art. 3º. Créditos ‘vs.’ contratos

“a) Créditos, por sua natureza, são transações distintas dos contratos de vendas ou de outros contratos nos quais possam estar baseados e os bancos, de nenhum modo, estão vinculados ou obrigados por tais contratos, mesmo que qualquer referência, qualquer que seja, a tais contratos, seja incluída no Crédito. Consequentemente, o compromisso de um banco de pagar, de aceitar e pagar Saques ou de negociar e/ou de cumprir qualquer outra obrigação sob o Crédito, não está sujeito a reclamações ou alegações por parte do Tomador decorrentes de seus relacionamentos com o Banco Emitente ou com o Beneficiário.

“b) Em nenhuma circunstância pode um Beneficiário prevalecer-se das relações contratuais existentes entre os Bancos ou entre o Tomador e o Banco Emitente.”

15. Estas letras provavelmente têm como sacado o importador da mercadoria, ao contrário das do item anterior, em que o sacado é o próprio banco.

A apresentação dos documentos que precede a sua verificação pelo banco, e a própria verificação, são sujeitas a prazos. O prazo de apresentação dos documentos pelo beneficiário, salvo diversa estipulação na carta de crédito, é de 21 dias¹⁶ após a data do embarque da mercadoria objeto da transação, nos termos do art. 43 da brochura 500. Já o prazo para o banco que recebe os documentos verificar a conformidade destes com os termos da carta é de 7 (sete) dias úteis, conforme o art. 13, letra *b* da brochura 500.

A regra da limitação da responsabilidade dos bancos à verificação dos documentos é reforçada pelo art. 15 da brochura, que ressalta que a responsabilidade do banco que abre a carta de crédito limita-se à forma dos documentos, e não a seu conteúdo:

"Art. 15. Isenção de responsabilidade quanto à validade de documentos"

"Os bancos não assumem obrigação ou responsabilidade pela forma, suficiência, exatidão, autenticidade, falsificação ou efeito legal de quaisquer documentos, ou pelas condições gerais e/ou particulares estipuladas nos mesmos ou a eles superpostas; tampouco assumem qualquer obrigação ou responsabilidade pela descrição, quantidade, peso, qualidade, estado, embalagem, entrega, valor ou existência das mercadorias representadas por quaisquer documentos, ou pela boa fé ou atos e/ou omissões, solvência, desempenho ou conceito dos consignadores, dos transportadores, dos transitários de carga, dos consignatários ou dos seguradores das mercadorias ou de qualquer outra pessoa, seja quem for."

Tomadas em seu conjunto, é inequívoco o significado de tais regras: só se espera do banco um julgamento objetivo e

formal sobre os documentos a ele apresentados. Estando esses conformes à descrição contida na carta de crédito, deve ela ser honrada. Mais do que isso, o banco é obrigado a agir assim, sob pena de, empreendendo análise de conteúdo mais profunda dos documentos, violar direito do beneficiário. Essa revisão superficial não impedirá que alguma cláusula seja violada no contrato subjacente entre a parte que abre a carta e o beneficiário dela: tal violação pode ser grave, mas desde que não se reflita na documentação apresentada, o pagamento deve ser feito. Competirá neste caso à parte que abriu a carta de crédito solicitar o reembolso posterior de qualquer valor indevido que tenha sido despendido em virtude de ter sido honrada a carta de crédito.

A jurisprudência internacional consagra com bastante vigor o entendimento de que a análise dos documentos é apenas formal, e que, se perfeitos, deve a carta ser honrada.¹⁷ Essa é a regra clássica que sofreu, entretanto, algumas qualificações por decisões internacionais. Embora seja muito difícil perceber uma linha de orientação nas várias decisões existentes, esta parece ser a de que eventuais discrepâncias da documentação podem ser aceitas, desde que irrelevantes segundo critério de razoabilidade a ser aplicado pelo banco que faz o pagamento. Um exemplo dessa irrelevância existiria em caso de a documentação de

17. Uma enunciação clara deste princípio encontra-se no voto de Lord Sumner no caso inglês *Equitable Trust Company of New York "vs." Dawson Partners Ltd.* ((1927) 27 Ll.L.Rep. 49 (trecho extraído de Chorley & Smart, *Leading Cases in the Law of Banking*, cit., p. 259): "It is both common ground and common sense that in such a transaction the accepting bank can only claim indemnity if the conditions on which it is authorized to accept are in the matter of the accompanying documents strictly observed. There is no room for documents which are just the same, or would do just as well (...). The bank's branch abroad, which knows nothing officially of the details of the transaction thus financed, cannot take it upon itself to decide what will do well enough and what will not. If it does as it is told, it is safe; if it declines to do something else, it is safe; if it departs from the conditions laid down, it acts at its own risk".

16. Os dias devem ser interpretados como corridos, embora admissível a prorrogação para o dia posterior ao do vencimento que recaia em sábado, domingo ou feriado (art. 44, a da brochura 500).

embarque indicar nome comercial anterior da mesma entidade beneficiária.¹⁸

Note-se que normalmente se admite uma exceção à obrigação de pagamento por parte do banco: tal obrigação não existiria em caso de fraude por parte do apresentante dos documentos.¹⁹ No âmbito das cartas de crédito, parece evidente que nem todas as formas de fraude podem levar ao não pagamento, mas somente aquelas evidentes a ponto de poderem ser detectadas facilmente pelo banco que examina os documentos mencionados na carta de crédito. Exemplo de tais modalidades de fraude seria a adul-

18. Demonstração de uma tal decisão aparece no caso *Crocker Commercial Services "vs." Countrywide Bank*, 538 F. Supp. 1360 (1981), citado por Lígia Maura Costa em *O Crédito Documentário*, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 48 e 49. Note-se, por outro lado, que outra teoria mais liberal autoriza e ao mesmo tempo obriga o banco a fazer o pagamento desde que substancialmente a documentação esteja em ordem, sem o filtro do juízo de razoabilidade. Exemplo disso é a decisão no caso *Banco Espanhol de Crédito "vs." State Street Bank and Trust Co.* (385 F 2d 230 (1967), *apud* Lígia Maura Costa, *O Crédito Documentário*, ob. cit., pp. 45 e 46), em que o correspondente espanhol do State Street Bank pagou carta de crédito cujos termos diziam que o beneficiário deveria apresentar certificado de inspeção de conformidade das mercadorias. O certificado efetivamente apresentado, entretanto, fazia referência a uma amostra de apenas 10% e o State Street Bank se negou a reembolsar o correspondente, o qual propôs então a demanda em questão. Em grau de apelação, o tribunal condenou o State Street Bank ao pagamento, considerando que o certificado apresentado era substancialmente conforme o documento exigido na carta. Esta última tendência tem sido recusada em vários outros julgados, por estender demasiadamente as prerrogativas dos bancos na questão e exigir deles decisão sobre operação subjacente cujos dados não conhecem (Lígia Maura Costa, *O Crédito Documentário*, ob. cit., p. 40, na nota 81, relaciona vários exemplos de decisões mais estritas).

19. O princípio é mais fácil de enunciar do que explicar, na medida em que fraude é um conceito algo nebuloso. Tradicionalmente, seria a fraude equiparada ao dolo, significando ambos a intenção de prejudicar a outrem, de maneira desonesta, que se interponha em um negócio jurídico (para uma fundamentação disso com base em fontes romanas, veja-se V. César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, 1ª v., São Paulo, José Bushatsky Editor, 1957, pp. 272 e 273).

teração de documentos para que se apresentassem na conformidade das exigências da carta de crédito. Outro exemplo comumente citado refere-se a pagamentos que violem regras cambiais de países onde tenha sede a parte que abre a carta.²⁰

Dito isto, não nos parece que a fraude seja mesmo uma exceção à regra de que os bancos devem pagar sem analisar os documentos. Isso porque é lógico que os pagamentos a serem efetuados devem ser lastreados por documentos que correspondam exatamente aos termos da carta de crédito. Documentos falsificados em sua totalidade, no sentido de não serem provenientes de pessoa cujo nome aparece como signatária, ou cujo conteúdo tenha sido adulterado, não são os exigidos pela carta de crédito, e é só por isso que o pagamento não pode ser feito sobre eles. A única ressalva a isso é a de que não cabe aos bancos fazer análise aprofundada dos documentos ou de seu conteúdo, inclusive por disposição do art. 15 da brochura 500, que transcrevemos acima. Isso liberaria os bancos da responsabilidade por perceber falsificações de documentos que não sejam evidentes. Quanto às falsificações evidentes, dispensar os bancos de detectá-las seria violar dispositivo essencial da brochura 500, o art. 2º, que define o termo Crédito e o próprio significado do negócio tratado como um todo na brochura, frisando que a prestação bancária se efetua "contra documento(s) estipulado(s), desde que os termos e condições do Crédito sejam cumpridos".

Mais ainda, isentar os bancos da obrigação de detectar falsificações grosseiras permitiria que estes aceitassem sem limites claros quaisquer documentos, mesmo que claramente forjados e, portanto, diferentes dos indicados na carta de crédito, o que violaria também o Código do Consumidor (Lei

20. Veja-se o caso *United City Merchants (Investments) Ltd. "vs." Royal Bank of Canada and Others* [1983] A. C. 168., *apud* Chorley & Smart, *Leading Cases in the Law of Banking*, ob. cit., pp. 250 e ss.

8.078, de 11 de setembro de 1990). O art. 51, inc. IV, desse Código, considera nulas as cláusulas abusivas, iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. O § 1º do mesmo dispositivo considera exagerada a vantagem do fornecedor que "restringe direitos ou obrigações fundamentais à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o equilíbrio contratual". Seria justamente esse o efeito de uma cláusula que retirasse do banco a obrigação central envolvida no crédito documentário: pagar contra os documentos indicados na carta de crédito, apenas.

Pode ocorrer, por outro lado, a hipótese em que o cumprimento da carta de crédito leve à violação das regras cambiais de um país, pela razão de que aquela remessa cambial não seria normalmente autorizada por tais regras. Em muitas ocasiões têm os tribunais proibido que as cartas sejam honradas nessas hipóteses, o que, novamente, não pode ser considerado uma exceção à regra de que o pagamento pelo banco deve ser feito sempre. Ocorre apenas, nesse caso, que as regras cambiais que restem violadas pelo cumprimento da carta de crédito ganham eficácia também no país do banco que emitiu a carta e deve honrar seu pagamento. Isso se dá em virtude de dispositivo do Tratado de Bretton Woods que declara inexecutáveis obrigações contratuais que violem normas estrangeiras, em todos os países-membros do Tratado.²¹ Esse Tratado tem validade como lei interna em muitos países signatários, entre eles o Brasil.²²

21. O Tratado de Bretton Woods introduziu regras sobre o funcionamento do sistema monetário internacional, após a Segunda Guerra Mundial, e seu art. VIII (2) (b) assim dispunha: "Contratos de câmbio que envolvam a moeda de qualquer membro e que sejam contrários às regras de controle cambial de tal membro mantidas ou impostas de forma compatível com este Tratado serão inexecutáveis no território de qualquer membro". Note-se que este dispositivo refere-se apenas a contratos de câmbio, mas a realidade jurisprudencial mostra que tem sido aplicado por extensão também a cartas de crédito, como veremos na sequência do texto.

22. O Tratado de Bretton Wood foi aprovado no Brasil pelo Decreto-lei 8.479, de 21 de dezembro

Assim, quando os tribunais negam eficácia a cartas de crédito que violam tais regras cambiais de outros países signatários do Tratado, estão apenas aplicando norma cogente interna relativa à ineficácia de cartas de crédito, por razões cambiais, a qual se sobrepõe aos termos contratuais da brochura 500.

O caso *United City Merchants (Investments) Ltd. "vs." Royal Bank of Canada and others*²³ ilustra bem o que queremos demonstrar em relação a fraudes da documentação e fraudes cambiais. Nele, uma companhia peruana acertou fraudulentamente com o exportador de mercadorias pagá-lo através da abertura de carta de crédito cujo valor fosse o dobro do efetivamente devido pelas mercadorias. Presumivelmente o exportador se comprometeria a restituir o montante recebido a mais fora do Peru, contornando regras cambiais peruanas que impediam a remessa de capitais ao exterior. Além disso, o banco recusou-se a fazer o pagamento alegando ter informação de que o embarque não ocorrera na data indicada no conhecimento de embarque. Depois de decisões conflitantes nas esferas de grau inferior, finalmente a *House of Lords*²⁴ chegou a duas decisões:

(i) uma informação externa não contida no documento, como a relativa à data de embarque, não podia ser usada como argumento para impedir o pagamento pelo banco, na medida em que sua obrigação se limitava ao exame de documentos, sem a consideração de fatos externos relativos à relação contratual comercial;²⁵

de 1945, e promulgado pelo Decreto 21.177, de 27 de maio de 1946.

23. [1983] A. C. 168, parcialmente transcrito em Chorley & Smart, *Leading Cases in the Law of Banking*, ob. cit., pp. 250 e ss.

24. Na Inglaterra, a *House of Lords* tem seção judiciária que funciona como órgão supremo de apelação.

25. Textualmente, assim manifestou-se Lord Wilberforce sobre o assunto: "(...) the seller and the confirming bank, 'deal in documents and not in goods,' as article 8 of the Uniform Customs puts it. If, on their face, the documents presented to the con-

(ii) o pagamento não poderia ser exigido na parte que excedia o valor legítimo da mercadoria, na medida em que isso feria o Acordo de Bretton Woods, aceito na Inglaterra com força de lei interna.²⁶

Uma última observação relativa ao assunto é que nos casos extremos em que a fraude é aceita como fundamento para o não

firming bank by the seller conform to the requirements of the credit as notified to him, by the confirming bank, that bank is under a contractual obligation to the seller to honour the credit, notwithstanding that the bank has knowledge that the seller at the time of the presentation of the conforming documents is alleged by the buyer to have, and in fact has already, committed a breach of his contract with the buyer ... that would have entitled the buyer to treat the contract of sale as rescinded... The whole commercial purpose for which the system of confirmed irrevocable documentary credits has been developed in international trade is to give the seller an assured right to be paid before he parts with control of the goods that does not permit of any dispute with the buyer as to the performance of the contract of sale being used as a ground for non-payment or reduction or deferment of payment" (Chorley & Smart, *Leading Cases in the Law of Banking*, ob. cit., p. 252).

26. Note-se que com maior razão seria também incabível que se deixassem de cumprir regras cambiais do próprio país do banco que paga a carta de crédito. Entretanto, não se deve por causa disso concluir que os bancos tenham, na falta de regulamentação expressa que a eles se aplique, o dever de fiscalizar as operações comerciais que eles ou seus correspondentes pagam através de carta de crédito. Essa última posição aparece violada em recente caso italiano, cuja decisão em nosso entender não deve ser levada em consideração: "Per il divieto imposto alle banche di dare esecuzione ad operazioni che siano in contrasto con la disciplina valutaria, la banca che, nella vendita su documenti con l'estero, si interpone tra i contraenti per assumere per conta del compratore ed in proprio nome l'obbligo di pagare all'estero al venditore non residente il prezzo della compravendita dovuto dal suo cliente, è tenuta a controllare che l'operazione avvenga per adempiere all'obbligo di pagamento di merce importata dall'estero, ed ove non le siano offerte prove documentali circa l'effettiva esistenza dell'importazione, ed in ogni caso la prova che quanto meno la merce sia stata già spedita ad iniziativa del venditore non residente o di chi per esso, deve rifiutare di dar corso all'operazione. (Cass. 8 luglio 1983 n. 4.605, in Foro it. 1983, I, 2789, apud Aldo Ceccherini e Massimo Genghini, *I Contratti Bancari nel Codice Civile*, ob. cit., p. 390).

pagamento da carta de crédito pelo banco, dado sua evidência, a jurisprudência internacional, não sem certa hesitação, terminou por considerar que é irrelevante que a fraude que marca a documentação seja atribuível ao beneficiário ou a qualquer terceiro.²⁷

Exclusões de responsabilidade

De maneira similar ao que faz a brochura 522 em relação aos pagamentos contra documentos, também a brochura 500 contém vários artigos cujo objetivo é a exclusão da responsabilidade dos bancos. Como já vimos, isto se dá pelo art. 15 em relação ao conteúdo e autenticidade dos documentos, mas exclusões também existem em relação à transmissão de mensagens (art. 16²⁸) e por ações de terceiros (art. 18²⁹), ainda que escolhidos pelo próprio banco.

27. Ligia Maura Costa, *O Crédito Documentário*, ob. cit., pp. 128 a 130.

28. Cujo texto é:

"Artigo 16. Isenção de Responsabilidade quanto à Transmissão de Mensagens

"Os bancos não assumem obrigação ou responsabilidade pelas consequências decorrentes de atraso e/ou perda em trânsito de quaisquer mensagens, cartas ou documentos, ou por atraso, mutilação ou outros erros decorrentes da transmissão de qualquer telecomunicação. Os bancos não assumem obrigação ou responsabilidade por erros na tradução e/ou na interpretação de termos técnicos, e reservam-se o direito de transmitir os termos de Crédito sem traduzi-los."

29. "Artigo 18. Isenção de Responsabilidade quanto a Atos de Terceiros

"a. Os bancos que utilizem os serviços de outro ou outros bancos, com o fim de dar andamento às instruções do tomador, fazem-no por conta e risco deste último.

"b. Os bancos não assumem obrigação ou responsabilidade caso as instruções que transmitam não sejam executadas, ainda que eles mesmos tenham tomado a iniciativa da escolha de tal(is) outros(s) banco(s).

"c. A parte que instrui outra parte a executar serviços será responsável por quaisquer despesas, inclusive comissões, taxas, custos ou gastos incorridos pela parte instruída com relação a suas instruções.

"ii Nos casos em que um Crédito estipule que essas despesas corram por conta de uma parte que não a parte que dá as instruções, e as despesas não

Aplica-se aqui raciocínio idêntico ao que fizemos para a exclusão de responsabilidade nessas matérias contidas na brochura 522: a isenção de responsabilidade pelo conteúdo e autenticidade dos documentos pode ser aceita, porque se trata de uma simples limitação do serviço a ser prestado, que não contempla tal revisão. Já a isenção de responsabilidade por problemas com comunicações ou pela escolha de outros bancos não pode ser aceita, por infringência ao Código de Defesa do Consumidor, como já referimos acima ao tratar das cobranças contra documentos.

Dada a importância das transmissões de funções de banco a banco na província das cartas de crédito, devemos aqui nos aprofundar nas conseqüências da conduta culposa do banco correspondente que confirma carta de crédito ou simplesmente avisa o credor. Parece-nos, nesse ponto, que, após eliminada no direito brasileiro a aplicação das normas da brochura 500, restará a responsabilidade plena do banco que abre a carta por qualquer ação ou erro resultante da ação de seu correspondente, independentemente de culpa ou dolo do banco na escolha do correspondente. Isso porque, perante o comprador da mercadoria, o banco se comprometeu a operar o pagamento da carta, e, segundo tradicional princípio contratual, qualquer delegação de atribuições far-se-á segundo seu próprio risco, não desonerando o contratado de suas obrigações. Diversa será, entretanto, a situação em caso de no próprio contrato de abertura de carta de crédito ter sido prevista a possibilidade de atribuição de funções ao correspondente. Nesse caso, se a identidade do correspondente foi especificamente indicada, nenhuma responsabilidade poderá tocar ao banco que abre a carta, em vista da

podendo ser cobradas, a parte que dá as instruções permanece como responsável final pelo pagamento das mesmas.

“d. O tomador será obrigado e responsável por indenizar os bancos por todas as obrigações e responsabilidades impostas por leis e costumes estrangeiros.”

expressa aceitação pelo cliente da delegação, cujo risco deve suportar. Um grau de responsabilidade intermediário entre os dois anteriores verificar-se-á em caso de ter sido prevista no contrato de abertura da carta a transmissão de funções a banco correspondente a ser escolhido pelo banco que abre a carta. Nesse caso, o banco que abre a carta só responderá por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, e não por qualquer erro atribuível a dolo ou culpa do banco correspondente.³⁰

Contrato de abertura de carta de crédito e carta de crédito — *Natureza jurídica*³¹

Deve-se cogitar nessa sede tanto da natureza jurídica do contrato que prevê a abertura da carta de crédito quanto da própria carta de crédito aberta em decorrência dele.

O contrato de abertura da carta de crédito

O contrato pelo qual se fixa o compromisso de abrir uma carta de crédito tem

30. A doutrina germânica reconhece isso com toda a lucidez: “Wie ist die Rechtslage, wenn die von der Akkreditivbank ausgewählte Abwicklungsbank Fehler in der Abwicklung begeht? Die Akkreditivbank haftet dem Käufer für die eingeschaltete Abwicklungsbank nach § 278 BGB, was Nr. 3 Abs. 1 AGB-Banken 1993 nochmals festschreibt. Diese Haftung gilt nur, wenn die Abwicklungsbank Erfüllungsgehilfe der Akkreditivbank ist. Ist die Substitution der Akkreditivbank durch eine Abwicklungsbank im Land des Käufers vereinbart oder nach den Umständen des Einzelfalls geboten, so ist der Akkreditivbank in Aufnahme von § 664 BGB die Übertragung des Akkreditivauftrages gestattet. Dann beschränkt sich die Haftung der Akkreditivbank auf jedes Verschulden bei der Übertragung des Akkreditivauftrages, also auf fehlerhafte Auswahl, Unterweisung und Überwachung” (Hans Peter Claussen, *Bank- und Börsenrecht*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, § 84, p. 162).

31. Para uma visão geral do instituto, veja-se Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, ob. cit., pp. 240 a 246 e J. X. Carvalho e Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VI, Livro IV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, pp. 201 a 225 e 229 a 235.

como partes, exclusivamente, a pessoa originalmente obrigada ao pagamento e o banco que se compromete a abrir a carta. O beneficiário não participa de tal contrato, que será oneroso e bilateral, na medida em que a parte interessada na abertura da carta deve dar, como já vimos, compensação ao banco.

Esse contrato e a carta de crédito dele resultante já foram considerados doutrinariamente como modalidades de fiança, mandato para pagamento ou estipulação em favor de terceiros.³² No nosso entendimento, nenhuma dessas três classificações é aceitável. Para recusá-las, devemos refletir brevemente sobre a essência das obrigações e relações jurídicas envolvidas na emissão de uma carta de crédito.

Como vimos na divisão anterior, não há espaço para discussão do contrato por parte do banco, e nem para a recusa de pagamento a partir de exceções puramente contratuais, como não ter o beneficiário do pagamento cumprido a sua obrigação contratual (art. 1.092 do Código Civil brasileiro). Vale na matéria o princípio de que o pagamento deve ser sempre feito pelo banco e que o beneficiário tem direito a ele apenas pela existência da carta de crédito. Se ao pagamento feito por intermédio da carta não corresponder à contraprestação contratualmente prometida pelo beneficiário da carta, a parte que abriu a carta poderá pedir ao beneficiário dela, com quem tenha contratado a relação subjacente, indenização pelo que tenha gastado com o banco na abertura da carta.³³ O banco, por

sua vez, nada terá a haver do beneficiário da carta, porque pagou bem obrigação que realmente tinha para com tal beneficiário, a partir do momento em que expediu a carta de crédito.

Esse tipo de análise permite distinguir uma pluralidade de relações jurídicas independentes na emissão de uma carta de crédito: (i) a relação principal entre credor e devedor, geralmente uma compra e venda de bens, mas podendo ser também de outra natureza, como um empréstimo em moeda;³⁴ (ii) o contrato pelo qual o devedor do contrato principal abre a carta de crédito, de que são partes o devedor e o banco; (iii) a própria carta de crédito, de que é parte apenas o banco.

Vistas tais características, é fácil entender por que o contrato que prevê a abertura da carta, o segundo dentre os acima mencionados, não pode ter a natureza de mandato ou fiança. Em ambos os negócios, o direito do beneficiário é ligado umbilicalmente à obrigação principal, cuja nulidade, ineficácia ou inexistência impede o pagamento. De fato, a fiança é obrigação acessória a uma dívida principal, e acompanha a sorte dela.³⁵ Já no mandato, o mandatário

di fideiussione con clausola *solve et repete*, l'azione di accertamento preventivo del debitore contro il garante e il creditore (esercitata nella fattispecie giudicata) non può ammettersi, perché il garante tenuto al pagamento a prima richiesta non deve essere coinvolto nelle liti tra debitore e creditore" (Aldo Ceccherini e Massimo Genghini, *I Contratti Bancari nel Codice Civile*, ob. cit., p. 384, reproduzindo comentário de Calderare sobre decisão jurisprudencial (Cass. 1 ottobre 1987 n. 7.341).

34. Sobre o uso de cartas de crédito como mecanismos de garantia econômica de empréstimos, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia", *RDM* ns. 15/16 (1974), pp. 51 a 67.

35. Nos termos do art. 1.502 do Código Civil brasileiro, o fiador pode opor ao credor não apenas as exceções pessoais do próprio fiador, mas também as exceções extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem apenas de incapacidade pessoal. Além disso, contra ser a fiança a figura subjacente à carta de crédito milita ainda um argumento tópico: o Título XII da Parte Primeira do Código Comercial se intitula "Das Fianças e das

32. Para explicação dessas teorias mais pormenorizadamente, veja-se Ligia Maura Costa, *O Crédito Documentário*, ob. cit., pp. 136 a 163 e Sergio Carlos Covello, *Contratos Bancários*, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1999, pp. 213 a 221.

33. Valor que por sua vez incluirá a provisão feita ao banco para abertura da carta, ou a dívida para com ele incorrida em caso de o banco ter dado crédito a quem pediu a abertura da carta. Note-se que não se inclui entre os direitos de quem abre a carta pedir que o pagamento da carta não seja feito (exceto em caso de fraude, como já vimos: "Se tuttavia si tratti di contratto autonomo di garanzia e non

rio só cumpre as obrigações que o mandante tiver contraído e, se essas desaparecem, nada mais existe a cumprir ou pagar. Essas situações são muito diferentes do regime das cartas de crédito, em que o pagamento é feito por obrigação autônoma do banco, e independentemente da existência de dívida pela parte que abriu a carta para com o beneficiário dela.

Essa discussão pode ter importantes consequências práticas, especialmente na hipótese de falência do comprador da mercadoria. Caso se tratasse de simples mandato para pagamento, a carta de crédito perderia valor quando da falência, porque o banco agiria em nome do comprador, e porque os contratos se resolvem pela falência (art. 43 do Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945). Entretanto, dada a autonomia das cartas de crédito, nos termos definidos pela brochura 500, o pagamento deve ser feito independentemente da situação financeira da parte que abriu a carta. O banco correrá o risco de insolvência do comprador ou da parte que solicitou a abertura da carta, se não solicitou provisão.

Quanto à estipulação em favor de terceiro, note-se que se trata de figura prevista nos arts. 1.098 a 1.100 do Código Civil brasileiro. Basicamente, os direitos do beneficiário da estipulação nascem de contrato do qual não participa. O terceiro pode inclusive exigir o pagamento da obrigação, se a ele for reservado tal direito, nos termos do art. 1.099 do Código Civil brasileiro. Ocorre, entretanto, que o direito do terceiro decorre diretamente do contrato que contém a estipulação: se tal contrato for viciado ou perder o efeito, prejudicada fica a eficácia do direito do terceiro. Isso não ocorre em relação ao contrato que leva à abertura da carta de crédito. Uma vez emitida a carta que é objeto de tal contrato, terá ela autonomia em relação ao contrato original de abertura da carta. Se esse contrato perder eficácia ou a tiver suspensa, por

exemplo, devido a não pagamento da contraprestação devida ao banco pela abertura da carta pelo devedor que contratou a abertura, inclusive em razão de falência ou concordata do devedor, nem por isso fica a eficácia da carta prejudicada. Isso é inclusive reconhecido pela própria lei comercial, dispondo o art. 264 do Código Comercial que o comerciante que as escreve fica sem mais responsável até o valor da soma abonada, isto é, indicada na carta.

Note-se, entretanto, que até a abertura da carta de crédito, a simples previsão de sua emissão no contrato entre banco e devedor, em benefício de terceiro, será uma estipulação a favor de terceiro. Nesse sentido, o terceiro poderia, se esse direito lhe for reservado contratualmente nos termos do art. 1.099 do Código Civil, constranger judicialmente o banco a abrir carta de crédito a que se tenha contratualmente comprometido. Esse direito é, entretanto, relativo, porque em caso de inadimplemento no pagamento da remuneração devida ao banco pela parte que solicitou a abertura da carta, inclusive em razão de falência ou concordata, poderá a expedição da carta deixar de ser feita pelo banco. O mesmo ocorreria em caso de falência ou concordata da parte que solicitou a abertura da carta, que comprometa a capacidade de tal parte de restituir ao banco o desembolso feito, ou pagar comissões ainda não vencidas pela abertura da carta. A base disso é o art. 1.092 do Código Civil, que permite a uma das partes suspender a execução do contrato se a outra parte não cumprir a prestação que a esta cumpria fazer antecipadamente, ou se a outra parte sofrer diminuição patrimonial capaz de tornar duvidosa sua capacidade de cumprir a prestação a que se obrigou.

Além das classificações anteriores, também já se aventou que a abertura de cartas de crédito teria a natureza de uma delegação subjetiva passiva. Essa formulação algo barroca designa, como é aliás comum no Direito, coisa simples. A delegação, que não é tratada por norma positiva no Brasil, seria figura conhecida no merca-

do financeiro como assunção de dívida, em que uma parte é admitida como devedora com expressa anuência do credor, eventualmente sem desvinculação do devedor original. Essa explicação esbarra também na dificuldade de que não há assunção de uma dívida preexistente pelo banco, e nem sujeição dele ou do credor às regras dessa dívida, mas obrigação autônoma.³⁶ Mesmo que isso não se verificasse, ainda assim seria de escassa utilidade prática o enquadramento do negócio na categoria da delegação, porque a ela não aderem regras de Direito Positivo no Brasil.

A visão mais exata sobre o contrato que tem por objeto a abertura de carta de crédito também é a mais simples. Trata-se de um contrato centrado em uma obrigação de fazer, como tantos outros, a qual inclusive é passível de execução específica nos termos do art. 641 do Código de Processo Civil. Segundo esse dispositivo, o juiz pode suprir por sentença o inadimplemento do devedor, valendo a sentença como substitutiva da declaração de vontade.

36. Eventualmente se tem sustentado que a delegação criaria novo vínculo, abstrato no sentido de independente do débito original, entre delegado e delegatário (o credor original), como faz Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia", *RDM* ns. 15/16 (1974), p. 54, item 2/9. Isso nos parece errado, na medida em que o que se pode delegar é dívida que existia nos termos da relação jurídica original, ou seja, qualificada por eventuais vícios ou exceções oponíveis a tal relação jurídica. O entendimento correto tem também o aval de J. X. Carvalho de Mendonça: "Para muitos, o crédito confirmado é a *delegação cumulativa ou imperfeita*. Esta teoria, por mais que se aproxime do crédito confirmado, não pode ser bem acolhida, porque o direito decorrente da abertura de crédito é autônomo a respeito da vontade e da capacidade do dador da ordem e a obrigação contraída pelo banco não tem o mesmo objeto da obrigação do comprador para com o beneficiário. Ela faz surgir na origem o direito irrevogável do vendedor contra o banco no momento em que aquele aceita a delegação, isto é, no momento em que *recebe a carta de crédito*. (...) Sobreleva notar que a figura especial da delegação não foi reconhecida pelo Cód. Civil. Ficou envolta na novação" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VI, Livro IV, ob. cit., p. 220).

Mas o que deveria ser feito pelo banco? Justamente a emissão de uma declaração de vontade, denominada carta de crédito e prevista no art. 264 do Código Comercial, que estudaremos a seguir.

A carta de crédito e sua transferência

Assim dispõe o art. 264 do Código Comercial: "Art. 264. As cartas de crédito devem necessariamente contrair-se a uma pessoa ou pessoas determinadas, com limitação da quantia creditada; o comerciante que as escreve e abre o crédito fica responsável pela quantia que em virtude delas for entregue ao creditado até a concorrência da soma abonada".

Note-se que a autonomia destas cartas em relação à obrigação principal não as equipara a um título de crédito, embora tenham estas a mesma característica de autonomia. Os títulos de crédito se desenvolveram em reação a uma necessidade específica, a de que um bem imaterial como o crédito (posição ativa em uma obrigação) pudesse se transferir com a mesma segurança que marca a transferência das coisas móveis corpóreas.³⁷ Essa maior segurança da transferência de propriedade das coisas móveis decorre da própria materialidade delas, estando ligada à possibilidade de entrega física com a intenção de transferir a propriedade. A idéia central no desenvolvimento dos títulos de crédito é por isso mesmo a submissão dos créditos a forma de circulação equivalente em segurança e estilo ao das coisas móveis corpóreas. A resposta para o problema foi eliminar as barreiras lógicas para tal transferência: fez-se com que o direito se incorporasse em um documento, tornando-se corpóreo, e admitiu-se que a titularidade sobre esse documento se transferisse da mesma forma que a das demais coisas móveis, pela simples

37. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, pp. 4 a 12 e 221.

entrega.³⁸ É por isso que o regime da circulação é essencial para o entendimento dos títulos de crédito, e mesmo os define.

Ocorre que as cartas de crédito não incorporam os direitos de crédito que prometem conceder e, por decorrência, também não se sujeitam ao regime de circulação dos títulos de crédito. Esse ponto merece explicação. A carta de crédito é apenas uma promessa obrigacional, que vale apenas para quem é feita. A entrega da carta de crédito pelo beneficiário original a um terceiro não leva à transferência a ele da obrigação.

Isso fica bem claro das regras da brochura 500 sobre a transferência da carta de crédito. Essa transferência se dá apenas em sentido impróprio, na medida em que por solicitação do beneficiário, o banco cancela a primeira carta e reemite uma nova, a favor do novo beneficiário, também obrigado à apresentação de documentos.³⁹ Este será frequentemente o fornecedor do vendedor em uma compra e venda internacional, que fica assim pago diretamente.

Diferente da transação descrita no parágrafo anterior é a transferência unilateral do direito ao crédito do beneficiário a um terceiro, por via de cessão de crédito. Nesse caso, o cessionário terá direito apenas a receber o crédito no caso de apresentação dos documentos pelo beneficiário original,

38. Entrega essa eventualmente qualificada por um requisito, o endosso, em caso de títulos nominativos, matéria que escapa a nosso interesse específico para qualificar as cartas de crédito.

39. A matéria é tratada pelo art. 48 da brochura 500, o qual permite que o crédito aberto com transferência seja transferido uma única vez (o que não impede que para mais de um único beneficiário nessa única vez), se regra diferente não for expressamente estipulada na carta (letra g). Tal transferência se faz normalmente em benefício de um fornecedor do beneficiário original, que assim fica pago. Permite também que o beneficiário original mantenha menção a suas próprias faturas como documentos que levam à liberação do valor da carta, e sobre eles saque parte do valor, justamente aquele correspondente a seu lucro sobre o preço do fornecedor na transação comercial (letra i). O fornecedor sacará o restante contra a apresentação de seus próprios documentos.

pois não ocorreu alteração de credor perante o banco.

De toda maneira, essas considerações bastam para demonstrar que não existe propriamente uma circulação das cartas de créditos como documentos que incorporam créditos. Isso exclui inteiramente a possibilidade de classificá-las como títulos de crédito.

A propósito, lembre-se que as obrigações podem também nascer de declarações unilaterais de vontade. O Direito Civil trata de dois casos de obrigações por declaração unilateral de vontade: os títulos ao portador (arts. 1.505 a 1.511) e a promessa de recompensa (arts. 1.512 a 1.517).⁴⁰ O Direito Comercial admite mais um caso, justamente as cartas de crédito, que têm em nosso entender nas declarações unilaterais de vontade sua verdadeira natureza. Não são, portanto, contratos, e não se sujeitam às regras destes.

Lei aplicável

Sendo contratos de abertura de carta de crédito e cartas instrumentos frequentemente usados em conexão com negócios de comércio exterior entre residentes de diferentes países, contando com a atuação também de bancos internacionais e seus correspondentes, necessária se faz uma breve nota sobre a lei a eles aplicável.

Como vimos, são ambos, contrato e carta, geradores de obrigações, não tendo a última natureza contratual.

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro dispõe:

“Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

40. Pode-se discutir se a casuística das obrigações por declaração unilateral de vontade é fechada e limitada aos casos da lei, civil e comercial, ou se quaisquer declarações unilaterais podem criar obrigações. A vedação ao enriquecimento sem causa, princípio geral não escrito de Direito, parece aconselhar a solução mais restritiva.

“§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

“§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Essas regras se aplicam a cada fonte de obrigação isoladamente.⁴¹ Assim, é teoricamente possível que o contrato de abertura da carta de crédito seja regido por uma lei, e a carta por outra.

Quanto ao contrato, a regra é a aplicação da lei do local de assinatura, porque este é o lugar da constituição. Se o contrato de abertura da carta é assinado em diferentes países, deve-se admitir que o local da constituição é o da última assinatura, porque é claro que um contrato só se constituirá simultaneamente a esta última assinatura.

A questão de quem propôs o negócio é no mais das vezes irrelevante, em que pese o art. 9º, § 2º acima citado. Isso porque tal artigo se refere ao proponente de uma obrigação em termos jurídicos. Enquanto normalmente todos os contratos têm proponente em termos práticos (alguém tem a idéia de contratar e a comunica à outra parte), apenas alguns o têm em termos jurídicos.

41. Sem adentrar em divagações doutrinárias, a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes não nos parece recomendada pela linguagem assertiva do art. 9º da Lei de Introdução, e provavelmente também não seria uma tendência jurisprudencial, dada a pouca afinidade e mesmo desconfiança dos juízes brasileiros em relação a questões internacionais. Mais do que isso, mesmo nos países em que se admite a autonomia da vontade para a escolha de lei, como aqueles que adotam a Convenção de Roma de 1980, exige-se que a lei escolhida tenha uma conexão relevante com o contrato ou ato a ser por ela regido. Essa conexão existiria normalmente se a lei escolhida for a lei do local onde tem sede a administração da parte que realiza a prestação que tipifica o negócio. Uma bem desenvolvida exposição sobre esse ponto pode ser encontrada em Ligia Maura Costa, *O Crédito Documentário*, ob. cit., pp. 214 a 231.

Isso acontecerá em caso de contratos firmados entre ausentes, sem instrumento único, mas através de proposta e aceitação independentes (por carta, por exemplo) dentro das regras dos arts. 1.080 a 1.084 do Código Civil brasileiro. A residência do proponente do contrato de abertura da carta será relevante apenas na medida em que este contrato tenha sido firmado entre ausentes, por meio de mecanismo de proposta e aceitação dentro do quadro dos arts. 1.080 a 1.084 do Código Civil.

Mais simples são as regras que regem a lei aplicável às próprias cartas de crédito. Como já vimos, não são elas contratos, mas declarações unilaterais de vontade, constituindo obrigações quando firmadas pelo banco emissor. Portanto, a elas se aplicará sempre a regra do *caput* do art. 9º, e serão regidas pela lei do local de assinatura da carta.

As “*comfort letters*”

O presente estudo não ficaria completo sem a menção a uma forma de promessa assemelhada à carta de crédito, muito encontrada em transações financeiras internacionais: as *comfort letters*.

Por meio de tais instrumentos uma sociedade faz, geralmente a um credor de sociedade controlada, afirmações que tipicamente são:

(i) conhecer a relação de crédito que onera a sociedade controlada;

(ii) ter o controle societário da controlada e ter a intenção de manter tal controle;

(iii) ser sua política empresarial manter determinados comportamentos em relação à sociedade controlada ou aos credores desta, inclusive a manutenção de nível de capital ou de patrimônio líquido na controlada que permita a ela o cumprimento de suas obrigações;

(iv) ter a intenção de exercer sua influência sobre a controlada para esta que cumpra regularmente suas obrigações, eventualmente acrescentando-se a intenção

de não prejudicar a situação financeira da controlada ou a capacidade da controlada de cumprir suas obrigações.⁴²

A utilidade das *comfort letters* é induzir terceiros a darem crédito para uma sociedade controlada pela emissora da carta, sem que a emissora deva constituir garantia formal em favor do credor em perspectiva. São usadas como alternativa às garantias formais em razão de um dos seguintes fatos: (i) existência de limite a novas garantias nos atos constitutivos ou acordos de acionistas da emissora da carta; (ii) inconveniência de se discriminar a *comfort letter* no balanço da sociedade que a emite, ou até mesmo em notas explicativas; (iii) tentativa de manter autonomia administrativo-financeira da filial; ou (iv) simples aversão a garantir.

Juridicamente, as *comfort letters* se diferenciam das cartas de crédito previstas no art. 264 do Código Comercial brasileiro, porque estas devem sempre indicar valor certo, enquanto aquelas escapam a tal requisito.

A questão mais importante em relação às *comfort letters* é determinar em que grau são vinculantes para quem as emite, e se criam direitos similares aos de uma garantia para os titulares respectivos. A resposta que deve ser dada, segundo nosso sistema jurídico, é que serão sempre vinculantes, dentro dos termos em que estejam vazadas. Se tais termos levarem à existência de uma obrigação definida, nessa hipótese haverá responsabilidade de realizar o prometido. Cartas contendo garantias de tal tipo são normalmente designadas de *hard comfort letters*, e evidentemente terão efeito vinculante. Um exemplo de uma tal modalidade está nas cartas que prometem de maneira não qualificada que a subsidiária será mantida com nível de capital suficiente para

atender suas obrigações. A jurisprudência internacional, farta em matéria em que a nacional é escassa, mostra com clareza que também no Direito Comparado esta é solução a ser adotada. No caso australiano *Banque Brussels Lambert* “v.” *Australian National Industries Ltd.*⁴³ a *comfort letter* emitida por uma sociedade prometia “(...) to ensure that our affiliate (...) will at all times be in a position to meet its financial obligations (...)” (“assegurar que nossa afiliada estará permanentemente em condições de cumprir suas obrigações financeiras”, em vernáculo). Uma tal linguagem foi considerada pela corte firme o bastante para que a emissora da carta fosse condenada a pagar perdas e danos por não ter mantido a subsidiária com recursos suficientes para cumprir suas obrigações. Em outro caso, decidido na França,⁴⁴ a *comfort letter* emitida pelo acionista controlador prometia “do everything necessary in order that the subsidiary would have available sufficient assets to permit it to meet its obligations (...)” (“fazer tudo que for necessário para que a subsidiária tenha ativos suficientes para cumprir suas obrigações”, em vernáculo). Isso foi novamente considerado como expressão forte o suficiente para criar responsabilidade por perdas e danos na falta de pagamento da dívida pela subsidiária.

Note-se que mesmo tais cartas, entretanto, não podem ser equiparadas a uma fiança. Isso porque a fiança, em sua clássica formulação, implica a integração de um segundo responsável por dívida alheia. Já na *comfort letter*, o emissor da carta é responsável por dívida própria, na medida em que apenas ele se compromete a capitalizar a subsidiária, e que seu compromisso se esgota em tal capitalização, seja ou não paga a dívida, salvo é claro constar outra obrigação dos termos da *letter*.

Um segundo tipo de *comfort letter* não contém promessa fixa de pagamento de

42. Para exposição geral do tema, veja-se Horacio P. Fagorsi, “Letras de patronazgo”, in *Derecho Mercantil Contemporáneo*, editada por Ana Isabel Piaggi e Luis Alejandro Estoup, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 269 a 271, com exposição sobre os tipos de cartas na p. 270.

43. [1989] NSW S. Ct.

44. Corte de Apelação de Paris, Vasseur DS 1979/1980, IR 55.

determinada quantia, mas apenas notifica o credor da subsidiária que a sociedade emitente da carta tem a intenção de manter o controle da subsidiária, ou que tem a intenção de mantê-la em seu grupo societário ou solvável.⁴⁵ Tais cartas são chamadas de *soft comfort letters*. Note-se que em tais casos existe apenas a manifestação de uma intenção, e é só pela existência de tal intenção no momento da emissão da carta que responderá o subscritor. Assim, não haverá responsabilidade em caso de a intenção e a conduta dela decorrente se alterarem após a emissão da carta. Haverá, entretanto, responsabilidade, se for evidenciado que no momento da emissão já não existia a intenção de manter uma sociedade no grupo societário, ou de mantê-la solvável. Tal demonstração, a título de exemplo, poderia ser feita mostrando-se que concomitantemente à assinatura da carta, o subscritor dela negociava o controle da subsidiária ou participava da contratação de advogados para requerer a autofalência da subsidiária. Reconhecimento dessa lógica aparece no caso *Re Augustus Barnett & Son Ltd.*,⁴⁶

decidido no Reino Unido, em que a sociedade que dá nome ao caso era subsidiária de uma sociedade espanhola que diversas vezes emitiu *comfort letters* afirmando que iria continuar apoiando a subsidiária, a qual entretanto acabou por ser liquidada. Segundo o tribunal, que decidiu em favor da controladora espanhola, esta tinha uma “intenção honesta” de continuar apoiando sua subsidiária no momento da assinatura da carta, embora posteriormente mudasse de política. Assim, a *comfort letter* não era fraudulenta e por isso a controladora não podia ser considerada responsável.

Uma última palavra deve ser dita sobre a lei aplicável às *comfort letters*. Da mesma forma que as cartas de crédito, não são elas contratos, mas declarações unilaterais de vontade. Portanto, a elas se aplicará sempre a regra do *caput* do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, e serão regidas pela lei do local de assinatura da carta.

Setembro de 2001

45. Um exemplo de uma tal modalidade vai a seguir:

“Gentlemen: This letter is presented to you in order to confirm our policy in relation to our subsidiaries.

“We refer to the loan agreement between your bank and project entity secured by a mortgage in your favor. Project entity is a wholly-owned subsidiary of our company.

“It is the intention of our company to maintain direct or indirect ownership of project entity. We undertake to inform you prior to any alteration to our direct or indirect ownership of project entity.

“We confirm that it is our business policy that all of our subsidiaries, including project entity, fully repay any indebtedness or borrowed monies incurred by then to companies, financial institutions and other persons and pay all interest in relation thereto. Further, we confirm that it is our policy that project entity is and will remain in the position to fulfill any and all of its commitments.

“While we have no reason to expect that our policy as above set is likely to change, it must be understood that this letter is a statement of intention only and does not constitute a guarantee by us of any obligations or commitments of project entity.”

46. BCC 98, 904 (1986).