

Pareceres

VALIDADE JURÍDICA DAS “EXPORT-NOTES FINANCEIRAS” — NATUREZA JURÍDICA E OBJETIVOS DO INQUÉRITO DA LEI N. 6.024/1974, REALIZADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Introdução. I. Dos fatos: I.1 A petição inicial do Banco “X”; I.2 A contestação da “Consulente”; I.3 A réplica do “X”. II. Quesitos apresentados ao Parecerista: II.1 Qual a natureza jurídica do Inquérito realizado pelo Banco Central do Brasil e como deve ser apreciado na presente ação?; II.2 As operações objeto da ação de cobrança tiveram efetivamente por objeto as chamadas “export-notes”? Caso afirmativo ou negativo, que relevância a situação real representaria nesta ação?; II.3 A emissão de “export-notes” sem lastro prévio em contratos de exportação é irregular? Que tipo de operação seria esta?; II.4 Foi exorbitante o “prêmio” de R\$ 60.028,05 auferido na operação pela “Consulente”?; II.5 Teria havido ou não má-fé por parte do “X” no ajuizamento da presente ação?; II.6 É verdade que a “Consulente” não colocou o seu dinheiro em jogo para a obtenção de um retorno financeiro considerado tão elevado pelo Banco?; II.7 O que dizer do fato de que as cartas de liquidação das operações não existiam na contabilidade do Banco e de natureza prejudicial à “Consulente”?; II.8 É verdadeiro que a “Consulente” recebeu os valores expressos referentes aos contratos celebrados com o Banco?; II.9 A responsabilidade de eventual ilícito penal nas operações em causa não poderia ser atribuída ao banco, mas tão-somente aos seus administradores e investidores?; II.10 Teria a “Consulente” agido de forma imprudente nas operações contratadas com o “X”?; II.11 Efetuar uma apreciação técnica e jurídica do laudo pericial sob o ponto de vista da atividade bancária: II.11.1 Quesitos do “X”; II.11.2 Quesitos da “Consulente”; Conclusões do Parecerista sobre o laudo pericial. III. Conclusões gerais.

INTRODUÇÃO

Solicita-me o escritório “LT” um Parecer a respeito de questões controversas presentes em ação judicial promovida pelo Banco “X” — em liquidação extrajudicial contra seu cliente, a sociedade “Y” Ltda.

Havendo atendido pedido em tela, a metodologia a ser desenvolvida estará fundada na apresentação dos fatos, tais como constam dos documentos principais dos

autos, seguida da análise e resposta aos quesitos apresentados, com as conclusões jurídicas compatíveis.

I. DOS FATOS

I.1 A petição inicial do Banco “X”

O Banco “X” S/A — em liquidação extrajudicial (“X”) ajuizou uma ação de cobrança contra o Consulente, “Y” Ltda.

(“Consulente”), havendo alegado, em síntese, os seguintes fatos em uma petição extremamente confusa quanto aos seus termos, partes e objetivos:

(a) O “X” seria credor da “Consulente” pela quantia de R\$ 41.374.608,54 (quarenta e um milhões, trezentos e setenta e quatro mil, seiscentos e oito reais e cinquenta e quatro centavos), equivalente de US\$ 11,727,164.35 (onze milhões, setecentos e vinte e sete mil, cento e sessenta e quatro dólares norte-americanos, e trinta e cinco centavos);

(b) O crédito acima seria representado por “Instrumentos Particulares de Cessão de Crédito” ns. (...).

(c) Os contratos em causa, por sua vez, teriam sido originados de outros instrumentos noticiados em sua cláusula primeira, celebrados entre a “Consulente” e a sociedade “Z” Ltda. (“Z”);

(d) De acordo com a cláusula quarta dos contratos firmados entre as partes, o “X” deveria receber a quantia cedida diretamente do “Depositário”, ou seja, a “Z”;

(e) A cobrança e o recebimento dos valores devidos pela “Z” teriam se tornado inviáveis ao “X” porque não existiria qualquer obrigação contratual da empresa exportadora/depositária;

(f) A validação dos créditos provenientes de *export-notes* (caso dos autos) estaria vinculada, necessariamente a um contrato de compra e venda mercantil firmados entre exportador e importador;

(g) Inexistindo a compra e venda, estaria caracterizada a chamada “*export-note financeira*”, operação que não seria admitida pelo Banco Central do Brasil (BCB), porque este fato caracterizaria desvio de recursos pelas empresas negociadoras do crédito em detrimento do próprio “X”, o qual não teria conhecimento da inexistência da compra e venda mercantil, requisito essencial da operação realizada;

(h) Segundo “X”, o BCB teria decidido “in” MPR 27020000/06 que: “a *export-*

note é um título representativo de direitos creditórios de exportação de bens e lastreia-se obrigatoriamente em contrato de compra e venda mercantil válido firmado entre exportador, cedente do mesmo, com empresas estrangeiras importadoras de seus produtos. O valor da *export-note* deve ser expresso em moeda estrangeira em perfeita identidade com a transação que lastreia e sua liquidação dar-se-á obrigatoriamente em moeda nacional, obtida pela conversão à taxa pactuada contratualmente. A existência de contrato de compra e venda mercantil válido firmado entre importador e exportador é fundamental à legalidade da *export-note*. A não existência desse contrato enseja a chamada ‘*export-note financeira*’, não admitida pelo Banco Central do Brasil”.

(i) Havendo a “Consulente” participado de operações consideradas irregulares pelo BCB, deve ela ser responsabilizada a reparar os prejuízos sofridos pelo “X”;

(j) O “X” teria sido levado à bancarota em função de práticas como a referida na ação ajuizada contra a “Consulente”;

(k) A ação de que se trata teria a finalidade de minimizar os prejuízos causados ao “X”, bem como responsabilizar as pessoas que contribuíssem para a sua insolvência;

(l) Teria a “Consulente”, ademais, causado prejuízos ao “X”, razão pela qual deve ser condenada a indenizá-lo por ato ilícito civil, na forma do art. 952 do NCC;

(m) Isto porque o “X” teria sido vítima de desvio financeiro em decorrência de operação irregular de *export-notes*, praticada pela “Consulente”;

(n) Caso não viesse o juiz entender na forma apresentada pelo “X”, a indenização deveria ser fixada por arbitramento;

(o) Requer o “X”, finalmente, o acesso à justiça gratuita;

(p) Teria o “X” tentado amigavelmente receber inúmeras vezes o valor do seu cré-

dito, sem sucesso, o que originou a ação judicial vertente.

1.2 A contestação da “Consulente”

A “Consulente” contestou as alegações do “X”, fundada nos seguintes argumentos:

(a) As verdadeiras causas da quebra do “X” não seriam aquelas por ele apontadas, mas isto sim, as demonstradas no “Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil”, que teriam dado ensejo ao ajuizamento de uma Medida Cautelar de Arresto ora em curso contra o controlador e os ex-administradores daquela antiga instituição financeira;

(b) Dificilmente no Brasil os bancos poderiam ser considerados “vítimas” de seus clientes e sim seus algozes, mesmo porque, como poderia o “X” alegar que teria sofrido coação irresistível da “Consulente” na assinatura dos contratos referidos?

(c) Notificada a “Consulente” pelo “X” nos mesmos termos da ação judicial de que se trata, ela negou-se a pagar simplesmente porque nada devia;

(d) Alega a “Consulente” que o “X” agiu de forma completamente descabida no ajuizamento da ação em causa, revelando um alto grau de má-fé, uma vez que não existiria relação lógica e jurídica entre seu pedido e a causa de pedir, do que deveria resultar a declaração de inépcia da petição inicial, com as conseqüências jurídicas cabíveis;

(e) Haveria manifesta ausência de interesse de agir por parte do “X”, não sendo verdadeira a versão dos fatos apresentados ao juízo;

(f) Reconhece a “Consulente” que efetivamente ela assinou com o “X” os contratos por ele apontados. No entanto, *simultaneamente à cessão dos créditos ao “X”*, ela celebrou com a “C” Ltda. (“C”) os *Contratos de Assunção de Dívida e Outras Avenças* ns. (...), referentes a *export-notes* correspondentes aos contratos identificados

pelo “X” pela sigla SCAP, que o fez na expressão de sua livre vontade, a nada se opondo na ocasião;

(g) Por outro lado, *o próprio “X” teria considerado liquidadas as operações com a “Consulente”, dando-lhe as respectivas cartas de quitação*, juntadas aos autos;

(h) A quitação supra mencionada teria sido inteiramente omitida pelo “X” em sua petição inicial, de forma matreira e absolutamente inútil, porque este fato havia sido objeto da contra-notificação que a “Consulente” havia feito no passado àquela antiga instituição financeira;

(i) As quititações em questão foram assinadas por “A” e “B”, então gerentes de área do “X”, tendo sido regularmente registradas no 2º Ofício do Registro de Títulos e Documentos e Civil da Pessoa Jurídica da Capital, tendo passado a valer, portanto, contra terceiros para todos os fins de direito;

(j) A “Consulente” alertou para o fato de que os mencionados gerentes do “X” que assinaram os documentos de quitação foram os mesmos que participaram da celebração de todos os “Instrumentos Particulares de Cessão de Crédito”;

(k) A má-fé do “X” teria ficado ainda mais categoricamente demonstrada quando se verifica que ele já havia prestado cabais esclarecimentos ao BCB perante a Comissão de Inquérito que investigou as causas da liquidação determinada contra aquela antiga instituição financeira, conforme correspondência encaminhada ao Presidente da mesma Comissão, na qual teria ficado demonstrada a seguinte sucessão de operações:

- cessão de *export-notes* ao “X”;
- cessão das obrigações decorrentes de tais títulos à “C” com aquiescência do próprio “X”; e
- reconhecimento pelo “X”, por escrito, da extinção das obrigações da “Consulente” perante o Banco;

(l) Na operação de que se trata a “Consulente” teria obtido, como prêmio a importância de R\$ 60.028,00 (sessenta mil e vinte e oito reais), que o “X” não poderia negar-se a conhecer por tratar-se de sua própria atividade;

(m) Não existiriam, por conseguinte, quaisquer obrigações da “Consulente” perante o “X”;

(n) Caso o “X”, tivesse sido movido por motivação séria, antes do ajuizamento da ação vertente, deveria ter adotado alguma outra alternativa, ou seja:

- prova da existência de documentos falsos ou falsificados, especialmente as declarações de que as operações indicadas estavam liquidadas;

- prova da existência de erro essencial, dolo, coação, simulação ou fraude, que lhe tivessem sido prejudiciais;

- prova de que os signatários dos instrumentos de celebração e de quitação de contratos não eram seus funcionários ou não portadores dos necessários poderes;

- prova de que não teria havido baixa de tais operações, tendo permanecido em sua contabilidade como tais na condição de obrigações da “Consulente”;

(o) Na verdade, segundo a “Consulente”, o “X”, na qualidade de empresa profissional especializada no campo de contratos de crédito, se algum ilícito tivesse havido na emissão das citadas *export-notes*, *ele mesmo, banco, teria sido parte em tal ilícito e agora não poderia pleitear contra atos dos quais ele mesmo fez parte (nemo propriam turpitudinem alegare potest)*. Se tais documentos eram ideologicamente falsos, o “X” jamais poderia haver participado de tais operações;

(p) A título de argumentação, caso a ação em causa movida pelo liquidante do “X” se tratasse de uma medida séria, ela deveria apresentar também no pólo passivo os antigos administradores daquela instituição financeira (que seriam os responsáveis por sua assinatura tida como inde-

vida) e não apenas um lado da questão, ou seja, a “Consulente”;

(q) Contrariamente ao alegado pelo “X”, as operações mencionadas eram perfeitamente lícitas e foram assinadas sob a égide da Resolução 1.962, do Banco Central do Brasil, onde assim se encontra:

É facultada às instituições financeiras a aquisição e a cessão, a pessoas integrantes ou não do sistema financeiro nacional, de créditos decorrentes de exportação negociados no mercado interno.

(r) A par da faculdade negocial acima apontada, demonstra a “Consulente” que, no direito brasileiro, está acatada de longa data a possibilidade da venda de coisas futuras, tal como se encontrava previsto na legislação vigente ao tempo das operações de que se trata, ou seja, o art. 192 do Código Comercial Brasileiro e os arts. 1.118 e 1.119 do Código Civil Brasileiro de 1916, decorrendo de tais normas a licitude daqueles negócios.

(s) Destaca a “Consulente”, ainda, que os formulários das *export-notes* de que se trata *eram emitidos pelo próprio “X”, com campos em branco, para serem preenchidos com os dados dos negócios com terceiros*. Este fato caracterizaria os documentos em questão como “contratos-tipo” ou formulário, aos quais a “Consulente” teria simplesmente aderido integralmente, sem poder discutir as cláusulas colocadas unilateralmente pela instituição financeira;

(t) Em virtude da cessão efetuada das *export-notes* objeto da ação presente, e conforme pleno conhecimento do “X”, o devedor resultante da operação passou a ser a “C”, fato confirmado pelas declarações daquela instituição financeira no sentido de haver a “Consulente” liquidado suas operações, conforme documentos assinados por funcionários do mesmo “X”;

(u) Na verdade, as operações vertentes foram montadas e oferecidas pelo próprio “X” à “Consulente”, bem como a di-

versos outros clientes, na forma de um “*produto bancário*”, ou seja, uma aplicação financeira absolutamente regular, do que decorre a má-fé da instituição no ajuizamento da presente ação, como se tivesse sido vítima de um “conluio”. Neste sentido, verifica-se que todos os contratos, a partir das cessões de crédito, passando pela assunção das dívidas correspondentes por parte da “C”, e chegando à liquidação das obrigações assumidas pela “Consulente” e firmadas pelos próprios representantes legais do “X”, todos estes documentos, repita-se, foram assinados na agência do “X”, o qual apresentou a “C” à “Consulente” e intermediou o negócio.

(v) Se alguma irregularidade houvesse nas operações em causa, sua responsabilidade seria única e exclusivamente do “X” e da “C”, jamais da “Consulente”, pois esta colocou-se tão-somente como *consuvidora de um produto oferecido por aquela instituição financeira*, na qual a “Consulente”, empresa que não é do mercado financeiro — acreditou piamente por estar diante de uma entidade profissional do mercado e nele autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

(w) O conluio entre o “X” e a “C” ficou claramente evidenciado no Ofício n. (...), encaminhado em (...) pelo antigo inventor da instituição, Sr. “D” ao Procurador-Chefe da República no Estado de São Paulo, do qual se destacam os trechos abaixo transcritos:

24. No esforço de captação de recursos no mercado, os gestores do “X” além das modalidades convencionais utilizaram-se de outros meios, cujas peculiaridades vale a pena comentar. As cessões de crédito decorrentes de contratos de exportação merecem destaque.

(...).

26. No exame inicial da estrutura dos ativos do Banco “X” em razão dos valores direcionados, destacamos essas operações. A principal cedente, que consta dos controles extracontábeis, é uma empresa internamente conhecida

por “C”, com cessões no montante de R\$ 67.918 mil. Os contratos firmados com a “E” (R\$ 21.092 mil) têm em contrapartida cessão de créditos desta com a “C”. *A partir de outros casos semelhantes, deduzimos que os demais contratantes representam um mero artifício para exibir uma hipotética diversificação de risco, haveria de fato um único cedente, a “C”.*

27. A sociedade “E”, com capital da ordem de R\$ 20 milhões, pertence integralmente a duas empresas sediadas em Nassau — Bahamas (“F” Limited — 60% e “G” Limited — 40%). A “C” tem sede social na Avenida Paulista n. (...) nesta Capital. O representante legal estaria permanentemente naquele paraíso fiscal e a gerência da empresa no Brasil se faz por procuração outorgada ao Sr. “H”.

28. *Verificado o entrelaçamento dos negócios da sociedade “E” e o Banco “X”, agendamos uma primeira reunião com o citado procurador, visando obter informações adicionais sobre as operações efetuadas. Não obstante a relevância dos valores pendentes, por parte da “C” não houve qualquer preocupação em anexar documentos hábeis para esclarecer nossas dúvidas mais imediatas.*

(...).

32. Nas operações em que figura como cedente “Y”, *temos presente outra vez o lado criativo dos ex-administradores do “X”, a saber (destaques nossos):*

- a “C” assume dívida de “Y” perante o exportador “Z” — não está expresso, mas supomos tratar-se de cessão de crédito de direitos de exportação (anexo fls. 172/223).

- os valores serão objeto de compensação e quitação recíproca na data prevista para o pagamento.

- na mesma data da assunção da dívida, a “C” cede os direitos havidos para “Y”, que faz o repasse para o Banco “X”.

• o fluxo de recursos segue esquema Banco “X” > “Y” Ltda. > “C”.

• tacitamente a empresa se confessa mero “laranja”: “a liquidação financeira se deu por compensação de instrumento de cessão, onde autorizamos o segundo cessionário, no caso o Banco ‘X’ S/A a efetuar o pagamento pela aquisição dos créditos diretamente ao primeiro cessionário (“C”) cabendo a nós o diferencial da negociação no valor de R\$ 60.028,05, recebidos do Banco “X” S/A em 16.8.1998”.

(...).

34. O Banco “X” vendeu ainda, a sua clientela, direitos creditórios sobre contratos de exportação, adquiridos da “C”, com carta de fiança da “I” Ltda. Em tais casos, o Banco “X” vinha outorgando ao cliente uma opção de venda da aplicação financeira (anexo fls. 246/321).

35. Por todo o exposto, *ENTENDEMOS QUE OS EX-ADMINISTRADORES DO BANCO “X” EM CONJUNTO COM A “C” repassaram para diversos clientes direitos creditórios sobre contratos de exportação que não tinham os requisitos fixados pelo Bacen (Circular n. 2.511, de 2.12.1994), tal como a falta de registro da nota promissória no CETIP, ALÉM DE OMITIR OUTRAS INFORMAÇÕES FUNDAMENTAIS PARA A DECISÃO DE INVESTIR, tal como a liquidação da operação com o exportador dar-se por compensação, ficando o aplicador na dependência da capacidade de pagamento de quem lhe vendeu o papel.*

36. *NA VERDADE, PODEMOS DIZER QUE TANTO O BANCO “X” COMO A “C” VENDERAM PARA A CLIENTELA NO MÁXIMO UMA EXPECTATIVA DE DIREITO. As transações levadas a cabo seriam realmente aplicações de renda fixa em dólar, instrumentalizados na forma de cessões de direitos creditórios sobre contratos de exportação. Não vislumbramos de que forma os recursos repassados para a “C” possam retornar ao Banco “X”*

com vistas a liquidar as responsabilidades assumidas junto a sua clientela.

(...).

39. *Em que pese não termos verificado uma vinculação jurídico formal entre a “C” e o BANCO “X” S/A — sob intervenção, à vista dos laços operacionais amplamente demonstrados, acreditamos estar diante de empresas com estreitos interesses comuns.*

(x) Verifica-se que a Comissão de Inquérito do Banco Central no “X” apurou que as suas ligações eram de natureza tão “peculiar” com a “C”, que o próprio aumento de capital desta última, efetuado em 30.3.1998 havia sido efetuado com créditos ilíquidos pertencentes originalmente ao “X”, cedidos sem qualquer contrapartida patrimonial, demonstrando-se conluio entre tais empresas.

(y) Que agora, em fase de liquidação extrajudicial e sob o comando do liquidante — afastados, portanto, os ex-administradores, o “X” ajuizou Ação Monitória contra a “C”, em curso perante a 11ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, onde afirma que “No caso em discussão, evidente está que o Banco Autor foi lesado em decorrência de clara simulação havida entre o Banco ‘X’ S/A e a empresa Requerida ‘C’, ocasionando, assim, o chamado vício de consentimento”. Esta ação tem o valor de R\$ 270.046.765,45, referentes ao suposto valor não pago em todos os Instrumentos de Crédito de Exportação;

(z) O pleito do “X” é absurdo e releva má-fé, deliberadamente ignorando os próprios documentos por ele juntados, as conclusões da Comissão de Inquérito e o relatório do Interventor, voltando-se contra a “Consulente”, consumidora de um produto que lhe foi oferecido e absolutamente hipossuficiente, no caso, diante daquela instituição financeira.

1.3 A réplica do “X”

Dos diversos pontos da réplica do “X”, boa parte deles repete os argumentos da

inicial, como sejam: (i) a ilicitude das operações realizadas pela “Consulente”; (ii) a pretensão de ser indenizado de um alegado prejuízo causado por esta última; (iii) a negação da existência de vínculo daquela instituição financeira com a “C”; (iv) a iniciativa da “Consulente” de ceder ao “X” os contratos de exportação da “Z”; (v) o fato de que a “Consulente” teria sido a única a contratar com o “X” tais operações; etc. Tudo isto será respondido negativamente a seu devido tempo neste Parecer, nos termos dos quesitos abaixo.

No entanto, alguns argumentos da réplica devem ser destacados para sobre eles serem feitos os devidos esclarecimentos, segundo solicita a “Consulente” nos quesitos por ela adiante apresentados:

II. QUESITOS APRESENTADOS AO PARECERISTA

II.1 Qual a natureza jurídica do Inquérito realizado pelo Banco Central do Brasil e como deve ser apreciado na presente ação?

Verifica-se, inicialmente, que o BCB, na qualidade de Autoridade Monetária, tem competência para autorizar o funcionamento, fiscalizar, intervir em instituições financeiras e decretar a sua liquidação (Lei n. 4.595, de 31.12.1964, art. 9^o, incisos IX e X; e Lei n. 6.024, de 13.3.1974, art. 1^o).

No exercício de sua atividade interventiva, tomado o termo no seu sentido lato, o BCB deve realizar um inquérito destinado a apurar as causas que levaram à sociedade a uma situação de inadimplência e a responsabilidade do controlador, dos ex-administradores e de outras pessoas que contribuíram para o referido resultado (Lei n. 6.024/1974, art. 41).

Tratando-se do exercício do poder de polícia que lhe é concedido, ao realizar o mencionado inquérito, o BCB o faz no interesse público e com a natureza jurídica de *procedimento preparatório* para o ajuizamento das ações a serem intentadas con-

tra as pessoas responsabilizadas naquele documento (cautelar de arresto e principal de responsabilidade civil). Neste sentido já escrevemos em outro lugar que (*Responsabilidade Civil Especial nas Instituições Financeiras e nos Consórcios em Liquidação Extrajudicial*, São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 145 a 147, *passim*):

“A mencionada providência” (elaboração do inquérito de que se trata) “tem a natureza de *procedimento preparatório* (processo), com formação de prova, no qual a autoridade administrativa detém poderes de investigação para encaminhar ao Ministério Público os subsídios necessários à propositura da ação civil de responsabilidade, voltada contra o patrimônio dos ex-administradores da instituição financeira insolvente. Não se trata, portanto, de mera peça informativa.

“(…)”

“Estando acima da simples qualidade de documento informativo do juízo cível, e sendo, na verdade, como se tem visto até agora um processo preparatório da ação de responsabilidade, o inquérito da Lei n. 6.024/1974 dá ao juiz base direta para a prática de certos atos daquele decorrentes, entre os quais enumera-se o arresto de bens dos réus da ação ordinária de responsabilidade (Lei n. 6.024/7194, art. 45). Isto porque a decisão judicial, que aceita o requerimento do arresto de ditos bens *judicializa* alguns atos do procedimento, voltando, para isso, no tempo e no espaço, como acontece com relação, entre outros, ao exame de documentos, vistorias, avaliações, etc.

“Aparece, na situação sob exame, a prática de atos processuais por *delegação*, dando-se instrução processual definitiva. Não pode ser repetida na ação de responsabilidade a avaliação de bens da sociedade liquidanda que, ao tempo da ação ordinária de responsabilidade, já tiveram sido alienados para pagamento de seu passivo. O ato feito na fase preparatória assume, portanto, feição definitiva.”

Ora, havendo sido juntadas aos autos como prova, as afirmações presentes no

Inquérito realizado pelo BCB no Banco “X” S/A ao tempo da decretação de sua intervenção (mais tarde convertida em liquidação extrajudicial) devem ser necessariamente acatadas como verdades, para todos os fins de direito. Mesmo porque, o aludido inquérito foi aproveitado *in totum* pelo Ministério Público para o ajuizamento das ações correspondentes.

No sentido acima, o laudo pericial produzido na ação vertente não pode ser levado em consideração se contrariar as conclusões do BCB ou se omitir partes importantes, de forma a chegar a conclusões errôneas.

O inquérito em causa é prova indiscutível e definitiva dos fatos nele apontados porque a lei atribuiu ao BCB competência para tanto.

II.2 As operações objeto da ação de cobrança tiveram efetivamente por objeto as chamadas “export-notes”? Caso afirmativo ou negativo, que relevância a situação real representaria nesta ação?

Conforme se verá adiante, na resposta ao quesito 3 do “X”, não foram localizados nas diligências efetuadas os contratos de exportação que deveriam ter lastreado a emissão dos títulos em causa, negociados nos instrumentos de cessão objeto dos autos. Aduz o Sr. Perito Judicial que o depositário de tais contratos de compra e venda (exportação) era o próprio exportador, no caso a “Z”.

Se a exportação não existiu na qualidade de negócio jurídico subjacente, os títulos em causa não seriam *export-notes* efetivas, mas “*export-notes* financeiras”. Ocorre que, quanto a esta última situação, nada teria a ver a “Consulente”, pois se colocava como terceira pessoa em relação ao negócio jurídico subjacente, não podendo ser afetada nos direitos decorrentes dos contratos por ela negociados.

A situação em tela é a mesma, comparativamente falando, do endossatário de uma duplicata “fria”, ou seja, sem base em venda mercantil efetiva. Pelo princípio da autonomia, a circulação de tal duplicata cria direitos creditórios para os portadores de boa-fé.

No caso da “Consulente”, cliente do “X” e adquirente de um “produto” por ele colocado no mercado, ela não tinha condições de saber se as exportações que deveriam embasar a emissão das *export-notes* correspondentes eram efetivas ou não.

Com ou sem exportações, a situação jurídica da “Consulente” deve ter em conta que, no fundo, comprou e revendeu um “produto financeiro”, auferindo o lucro correspondente, havendo liquidado por compensação suas obrigações junto ao “X”.

II.3 A emissão de “export-notes” sem lastro prévio em contratos de exportação é irregular? Que tipo de operação seria esta?

Em primeiro lugar, lembre-se que, segundo o princípio da liberdade constitucional das convenções, as pessoas podem fazer tudo o que a lei não proíba. De outra parte é lícito vender coisa futura (*res sperata*), na forma do art. 192 do Código Comercial Brasileiro (vigente ao tempo das operações em causa), regra mantida pelo art. 483 do NCC.

A operação em causa é conhecida no mercado como “aluguel de *export-notes*”, representando uma inversão econômica do negócio. Não tendo o exportador os recursos necessários para o atendimento de um pedido de venda ao exterior, ele coloca no mercado as referidas “*export-notes* financeiras”, como forma de captação prévia da importância que necessita para fabricar ou adquirir o produto a ser exportado. Em seguida faz a exportação e, com os recursos correspondentes, liquida as “*export-notes* financeiras” que havia emitido, auferindo o lucro correspondente.

Tais títulos fazem o mesmo papel econômico do adiantamento sobre contratos de câmbio "ACCs", aos quais às empresas exportadoras não podem sempre recorrer, dependentes eles da celebração prévia de contratos de câmbio de exportação.

Veja-se que o BCB fez referência às operações de aluguel de *export-notes* nos itens 5.3.6.2 e 5.3.6.3 do Inquérito por ele realizado que se torna importante transcrever para melhor esclarecimento:

5.3.6.2 Acerca dos exportadores emitentes dos *export-notes* em questão, restou evidente *que de modo reiterado*, não obstante a forma jurídica "Cessão de Créditos", nas condições negociadas entre as empresas exportadoras e a "C" (cedente e cessionário, respectivamente), o lastro representado pelos direitos creditórios originados de exportações contratadas não é transferido ao cessionário, ou seja, os *export-notes* já nascem sem lastro. Essas pessoas jurídicas apenas alugam a sua qualidade de exportador, em última análise permitindo que a "C" realizasse a captação de recursos, perante terceiros, sem as garantias da respectiva exportação (sem lastro). Além disso, com o auxílio dos contratos de cessão firmados com a "C", e com a concordância desta, as empresas exportadoras promoveram a sistemática "desobrigação" perante terceiros negociadores, de qualquer responsabilidade pelo pagamento final da obrigação, desfigurando assim a natureza do *export-note*, instrumento esse criado com o objetivo de propiciar ao exportador a antecipação das receitas correspondentes às obrigações contratadas (...).

5.3.6.3. Assim, o exportador utiliza os contratos de exportação *em operações de cessão de créditos, cujas condições negociadas evidenciam tratar-se de operações sem regulamentação específica, conhecidas no mercado como "aluguel de 'export-notes'"*. Numa operação típica de cessão de créditos provenientes de contratos de exportação (*export-notes*), o exportador utilizaria os

contratos para captação de recursos que de outra forma seriam recebidos somente com a concretização da exportação. Assim, *nas operações de "aluguel de 'export-notes'", mediante recebimento de um "prêmio" de 0,25% a.a. o exportador "aluga" seus contratos de exportação para terceiros (no caso a "C") façam a captação de recursos em escala muitas vezes superior ao valor pago a título de "prêmio" (400 vezes = 100/0,25). No vencimento dos contratos as obrigações entre cedente e cessionário são compensadas entre as partes (...)*.

Veja-se que o BCB está se referindo a *operações conhecidas no mercado como "aluguel de export-notes", sem regulamentação específica*. O fato de não existir regulamentação para tais operações não significa que elas são irregulares. Trata-se, na verdade, de um mecanismo existente no mercado para o atendimento da necessidade de financiamento de exportadores, fruto da criação dos agentes econômicos, sabendo-se desde muitos séculos que a inventividade dos empresários é uma de suas características mais evidentes para a superação de necessidades que se apresentam. Esta é a própria história do Direito Comercial.

Além do mais, se tais operações fossem irregulares, seria dever do BCB instaurar inquérito administrativo contra os seus autores para o fim da aplicação das penalidades cabíveis, o que jamais ocorreu, justamente porque eram operações lícitas.

II.4 Foi exorbitante o "prêmio" de R\$ 60.028,05 auferido na operação pela "Consulente"?

Já foi demonstrado acima o funcionamento da operação de "aluguel de *export-notes*". O prêmio em questão representa, conforme o costume do mercado, 0,25% do valor da operação, de forma alguma exorbitante. E tal porcentagem representa a remuneração do risco assumido pela empresa que opera com tais títulos. Nas opera-

ções de que se trata, as compensações financeiras foram efetuadas e a "Consulente" fez plenamente jus ao "prêmio".

II.5 Teria havido ou não má-fé por parte do "X" no ajuizamento da presente ação?

A má-fé do "X" é mais do que evidente. Está demonstrado claramente no inquérito realizado pelo BCB que, entre outros motivos, aquela instituição financeira montou um esquema fraudulento para mascarar que havia concentrado suas operações na "C", de forma a ludibriar a fiscalização daquela Autoridade Monetária.

Tudo indica uma ligação escusa entre a "C" e o "X", devendo aquela sociedade ter sido o caminho utilizado para o esvaziamento do patrimônio deste último. Agora, ignorando a verdade que se encontra demonstrada em toda a extensão dos autos, o Banco em causa move uma ação completamente gratuita e infundada contra a "Consulente", cujo resultado será a sua quebra, caso tal medida insana venha a ser deferida com sua indevida condenação.

II.6 É verdade que a "Consulente" não colocou o seu dinheiro em jogo para a obtenção de um retorno financeiro considerado tão elevado pelo Banco?

Na descrição da forma como opera o sistema de "export-notes" financeiras", conforme já se viu acima, as operações são liquidadas por diferença. Não seria o caso de haver a "Consulente" depositado ou pago o valor total dos contratos ao Banco ou a qualquer terceiro. Seu papel econômico em tal tipo de negócio não exige pagamento direto em espécie.

Assim, a "Consulente" não desembolsou os recursos integrais dos contratos em causa, mas não é verdade que ela "não te-

ria colocado o seu dinheiro em jogo", uma vez que assumiu riscos na operação.

II.7 O que dizer do fato de que as cartas de liquidação das operações não existiam na contabilidade do Banco é de natureza prejudicial à "Consulente"?

O problema de que tais cartas não existiriam arquivadas no Banco não é problema da "Consulente". Se fosse o caso de serem falsas, antes do ajuizamento desta ação, o "X" deveria ter demonstrado que elas são falsas e/ou que seus signatários não o representavam.

Aliás, ao fato da má-fé se junta a ignorância do "X" a respeito da forma como as obrigações de escrituração devem ser cumpridas. "Cartas" não são arquivadas na contabilidade, mas tão-somente documentos que revelam lançamentos contábeis.

Na verdade, conforme se verificou, são as mesmas as pessoas que assinam os contratos com a "Consulente" ("A" e "B") e que mais tarde dão as quitações correspondentes. Como entender que num primeiro momento representavam o "X" (quando lhe interessa) e em momento seguinte deixam de ser seus representantes (quando não lhe interessa que o sejam)?

Se ao agir desta forma isto não implica em má-fé do "X", não se sabe mais o que seja tal atitude.

II.8 É verdadeiro que a "Consulente" recebeu os valores expressos referentes aos contratos celebrados com o Banco?

Não é verdade. Está demonstrado e mais uma vez se repete aqui que as operações de "aluguel de export-notes" são realizadas tão-somente por diferença. A única importância que transitou efetivamente foi o "prêmio" pago à "Consulente", devidamente registrado em sua contabilidade.

II.9 A responsabilidade de eventual ilícito penal nas operações em causa não poderia ser atribuída ao banco, mas tão-somente aos seus administradores e investidores?

Toda a teoria orgânica da administração societária, de longa data conhecida pelo direito, seria jogada por terra caso acatada essa "teoria" do "X".

A sociedade anônima (forma obrigatoriamente adotada por instituições financeiras) é responsável pelos atos praticados por seus administradores e prepostos diante de terceiros e, se for o caso, volta-se regressivamente contra aqueles, com base nos arts. 158 e 159 da Lei n. 6.404/1976.

Diante desta argumentação, das duas uma: ou se está apresentando ao juízo uma tese que é fruto de total ignorância do Direito Comercial, ou, mais uma vez, está demonstrada a má-fé do seu autor.

II.10 Teria a "Consulente" agido de forma imprudente nas operações contratadas com o "X"?

De maneira alguma. A "Consulente" não é uma empresa do mercado financeiro e não conhece a sua sistemática de funcionamento. Na medida em que o "X" lhe ofereceu um "produto" como forma de investimento, ela não teria qualquer razão para duvidar de que contratava validamente com aquela instituição.

No caso não havia formalidades especiais a serem cumpridas pela "Consulente", tais como verificar perante a Junta Comercial se as pessoas com quem tratava eram representantes legais do "X" e se tinham os poderes para realizar as operações em causa. Na dinâmica do mercado a aparência de representação e de poderes estava perfeitamente demonstrada em favor da "Consulente". Se o "X" permitiu que pessoas usurpassem funções e poderes que não possuíam, somente lhe resta uma ação regressiva contra elas.

Não havia como se exigir da "Consulente" qualquer outra providência a não ser

fazer a leitura dos documentos que lhe foram apresentados e assiná-los, tal como efetivamente ocorreu.

O "X" pretende de má-fé inverter a ordem das coisas, procurando jogar nas costas da "Consulente" um procedimento que não faz parte da maneira pela qual o mercado financeiro atua, para o fim de lhe atribuir uma responsabilidade que não lhe compete.

II.11 Efetuar uma apreciação técnica e jurídica do laudo pericial sob o ponto de vista da atividade bancária

Na qualidade de Perito Judicial, o Sr. (...) apresentou Laudo Pericial Contábil, no qual respondeu, na forma abaixo, os quesitos apresentados pelo "X" (Autor) e pela "Consulente" (Ré), os quais serão objeto de comentários imediatos, caso a caso deste parecerista:

II.11.1 Quesitos do "X"

"1. QUEIRA O SR. PERITO ESCLARECER SE ENTRE O BANCO AUTOR E A EMPRESA RÉ ESTABELECEM-SE CONTRATOS DE EXPORTAÇÃO 'EXPORT-NOTES' FORMALMENTE REALIZADOS PELA RÉ? INFORME COMO FORAM MATERIALIZADAS (HÁ CONTRATOS, CONTRATO, TERMO DE ADESÃO?) AS CONTRATAÇÕES?"

O Sr. perito respondeu negativamente, opinando pelo não estabelecimento de contratos de exportação *export-notes* formalizados pela Requerida, não havendo, portanto, contratos ou termos de adesão. Existiriam contratos denominados "Instrumento Particular de Contrato de Cessão de Crédito", tendo como cedente a "Consulente" e como cessionário o "X", tendo sido cedidos títulos denominados *export-notes*.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

O quesito foi formulado de tal maneira que levou o Sr. Perito a dar a resposta

desejada pelo "X" que esconde os fatos verdadeiros, induzindo a erro.

Na verdade, a "Consulente" não é uma empresa exportadora e, portanto, *jamais poderia celebrar com o "X" contratos de exportação*. Tais contratos teriam sido celebrados — se verdadeiros ou falsos não caberia à "Consulente" verificar — entre aquela instituição financeira e a "Z".

A operação verdadeiramente realizada, conforme consta dos documentos examinados, foi a de um "produto" oferecido pelo "X" à "Consulente", que o aceitou na qualidade de uma operação financeira de cuja licitude não seria capaz de duvidar.

"2. *QUAIS OS VALORES RECEBIDOS PELA EMPRESA RÉ, BEM COMO QUAIS OS VALORES QUE O BANCO AUTOR DISPONIBILIZOU NAS REFERIDAS OPERAÇÕES?*"

O Sr. Perito relacionou os contratos da sigla SCAP que totalizam cerca de doze milhões de dólares norte-americanos (tendo sido convertidos na data do ajuizamento da ação em pouco mais de quarenta e um milhões de reais), havendo reconhecido *que a "Consulente" remanesceu tão-somente com o diferencial da negociação, no valor de R\$ 60.028,05*.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

A soma dos contratos em jogo ficou extremamente aquém do valor de mais de quarenta milhões de reais dado pelo "X" à causa. Está claro que a "Consulente" auferiu na operação, por diferença, apenas o montante de R\$ 60.028,05, tal como reconheceu o Sr. Perito neste ponto, não sendo compreensível a tão elevada desproporção entre tal importância e a pretensão do "X".

"3. *UMA VEZ QUE OS CEDENTES (EMPRESA RÉ) RESPONDEM PELA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO NA ÉPOCA DA CESSÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 395 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E QUE VINHA ESTAMPADO NO*

ART. 1.073 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, INFORME O SR. PERITO SE EXISTIA CONTRATO DE EXPORTAÇÃO QUE LASTREAVA A EMISSÃO DOS TÍTULOS?"

Respondeu o Sr. Perito que não encontrou na perícia os contratos de exportação, esclarecendo que *o depositário de tais contratos era o próprio exportador, ou seja, a "Z", conforme a alínea IX dos Instrumentos assinados pela "Consulente"*.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

Havendo deixado de lado uma questão jurídica cuja resposta não era de sua atribuição, o Sr. Perito confirmou que o exportador era a (...), não havendo encontrado tais documentos nas diligências por ele realizadas (evidentemente no âmbito do "X" e da "Consulente").

É evidente que os documentos em causa, casos existentes, somente poderiam estar em mãos da "Z". O quesito apresentado não apresenta utilidade ao deslinde da questão, sendo também mais uma forma de induzimento do juiz a erro de avaliação.

"4. *SE POSITIVA A RESPOSTA DO QUESITO ANTERIOR, INFORME AINDA O SR. PERITO SE O CONTRATO FIRMADO COM O DEPOSITÁRIO (EXPORTADOR) PERMITIA A CESSÃO DE CRÉDITOS A TERCEIROS.*"

O Sr. Perito respondeu que a resposta ficava prejudicada em virtude dos motivos explicitados na resposta ao quesito anterior. No entanto, aduziu que no caso dos Instrumentos de Cessão de Crédito entre as partes, era permitida a cessão, transferência ou caução dos direitos a terceiros (cláusula sexta).

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

Ora, se o Sr. Perito não teve oportunidade de examinar os contratos em causa, deveria ter simplesmente dito que a questão ficava prejudicada. Não há nenhuma

razão pela qual ele tenha feito referência a outro instrumento, de forma a colocar em sua manifestação um comentário sobre assunto que não foi perguntado.

“5. INFORME A PERÍCIA, DENTRO DO PERÍODO ANALISADO O SEGUINTE: NO PERÍODO EM QUE HOUVERAM AS OPERAÇÕES DENOMINADAS ‘EXPORT-NOTES’, DESTACANDO EM QUAIS LIVROS DIÁRIOS FORAM REGISTRADOS OS FATOS CONTÁBEIS PELA EMPRESA RÉ, BEM COMO OS NÚMEROS DAS PÁGINAS DO LIVRO DIÁRIO E SEU DEVIDO REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL.”

“6. COM BASE NA RESOLUÇÃO CFC N. 563/1983 (NBC-T-2 DA ESCRITURAÇÃO), QUEIRA O SR. PERITO INFORMAR SE A ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA EMPRESA RÉ ESTÁ SUPOSTADA POR DOCUMENTOS QUE COMPROVEM OU EVIDENCIEM OS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS DAS OPERAÇÕES DE ‘EXPORT-NOTES’ EM QUESTÃO.”

“7. COM BASE NA RESOLUÇÃO CFC N. 597/1985 (NBC-T-2), DA DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL, QUEIRA O SR. PERITO INFORMAR SE A EMPRESA RÉ OBSERVOU AS DETERMINAÇÕES CONSTANTES DAS NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE, OU SEJA, RESOLUÇÃO CFC N. 597/1985, 14.6.1985.”

Note-se, inicialmente, que o quesito 6 é hermético. Não se sabe com exatidão qual o órgão que teria expedido as Resoluções mencionadas, a data da primeira e as datas de publicação em órgão oficial, para que possam valer diante de terceiros, desde que tal órgão tenha poder normativo.

Veja-se que a “Consulente” é uma sociedade limitada (antiga sociedade por quotas de responsabilidade limitada), encontrando-se subordinada, à época às normas do Decreto-lei n. 486, de 3.3.1969 e do seu Regulamento, o Decreto n. 64.567, de 22.5.1969, no tocante à maneira do cumprimento de suas obrigações de escrituração, as

quais foram fundamentalmente acatadas em seus registros contábeis.

Além disto, mais uma vez depois de alegar que as duas respostas estavam prejudicadas, o Sr. Perito informou que os registros das operações não foram exibidos à perícia, destacando um registro do prêmio pelas *export-notes*, no valor de R\$ 60.028,05, lançado como “Outras Receitas Financeiras” no Livro Diário Geral e creditado em conta bancária, livro devidamente autenticado na Junta Comercial.

Admitindo-se, para argumentar, que a contabilização da operação em causa não tenha indicado todos os passos necessários, não há dúvida de que o resultado final condiz com a sua realidade financeira, ou seja, a receita auferida pela “Consulente”, na forma de um prêmio do valor de R\$ 60.028,05, dentro do “pacote” que foi oferecido pelo “X” àquela sociedade.

Veja-se que tal operação já havia sido noticiada à Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil, que não fez qualquer reparo à explicação dada em seu Relatório (Carta CI-PO, de 27.1.1999, do BCB e resposta de 03.02 da “Consulente”).

“8. FINALMENTE, SE CONSTATADA AS IRREGULARIDADES NAS OPERAÇÕES DE ‘EXPORT-NOTES’ FINANCEIRAS, INFORME A PERÍCIA SE A EMPRESA RÉ APRESENTOU NOS PERÍODOS POSTERIORES À CONTRATAÇÃO COM O BANCO AUTOR UMA ELEVAÇÃO DO SEU CAPITAL, CONFORME DEMONSTRADO NOS BALANCETES.”

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

O quesito é absolutamente irrelevante. Nada teriam a ver eventuais aumentos de capital efetuados no período em questão pela “Consulente” com a pretensão do “X” na ação de que se trata. O fato de não terem sido exibidos balanços ou balancetes à perícia não corresponde a qualquer confissão de fato.

Mesmo porque, mesmo com a ação em curso, manifesta-se vigente o princípio do sigilo das operações da “Consulente” perante o “X” em tudo aquilo que não diga respeito aos fatos diretos relativos à causa de pedir. Neste ponto a “Consulente” estava protegida pelo art. 19 do Código Comercial Brasileiro de 1850, que assim afirmava:

Art. 19. Todavia, o juiz ou Tribunal de Comércio, que conhecer de uma causa poderá, a requerimento da parte, ou mesmo “ex-officio”, ordenar, na pendência da lide, que os livros de qualquer ou de ambos os litigantes sejam examinados na presença do comerciante a quem pertenceram e debaixo de suas vistas, ou na presença de pessoa por ele nomeada, *para deles se averiguar e extrair o TOCANTE À QUESTÃO* (destaques nossos).

A mesma proteção foi mantida pelo novo Código Civil Brasileiro em seu art. 1.191, § 1º, que apresenta redação fundamentalmente idêntica.

II.11.2 Quesitos da “Consulente”

“1. QUEIRA O SR. PERITO DEFINIR O QUE VEM A SER UMA OPERAÇÃO DE ‘EXPORT-NOTES’.”

“2. QUEIRA O SR. PERITO ESCLARECER, COM BASE NOS DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS, SE AS OPERAÇÕES REALIZADAS ENTRE AS PARTES PODEM SER CARACTERIZADAS COMO OPERAÇÕES DE ‘EXPORT-NOTES’.”

“3. CASO A RESPOSTA AO QUESITO N. 2 SEJA POSITIVA, QUEIRA O SR. PERITO ESCLARECER SE AS REFERIDAS OPERAÇÕES FORAM REGULARMENTE FIRMADAS, OU SEJA, POSSUEM TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA FORMAÇÃO E EFETIVAÇÃO.”

O Sr. Perito fez uma explanação a respeito do instituto em tela. Afirmando estar se abstendo da matéria de mérito, respondeu negativamente ao seguinte quesito. No

entanto, ele afirma, *com base na documentação acostada aos autos e baseado na resposta ao quesito 3 do “X”*, que as operações de cessão de crédito realizadas entre as partes não teriam sido feitas com *export-notes* propriamente ditas, por não trazerem elas os correspondentes lastros em contratos de exportação firmados entre a exportadora nacional e a importadora no exterior, do que resultaria tratarem-se de “*export-notes* financeiras”.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

A afirmação do Sr. Perito é *tendenciosa e completamente contraditória*. Isto porque ele disse textualmente em resposta ao quesito 3 do “X” que “*nas diligências realizadas pela perícia não lograram encontrar os mencionados contratos de exportação lastreando a emissão dos títulos ‘export-notes’, negociados nos instrumentos de cessão objeto dos autos*”! E completa: “O DEPOSITÁRIO DE TAIS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA (EXPORTAÇÃO) ERA O PRÓPRIO EXPORTADOR, no caso a empresa “Z” Ltda. (...)”.

Ora, se o Sr. Perito não examinou os contratos em questão, que estariam em poder da “Z”, como pode ele dizer que não existiria o lastro correspondente a exportações efetivas? Trata-se de uma ilação completamente gratuita, prejudicial à verdade dos fatos e dos documentos encontrados nos autos.

“4. QUEIRA O SR. PERITO ESCLARECER SE A QUITAÇÃO DADA PELO AUTOR À EMPRESA RÉ SE REFERIA AOS CRÉDITOS DECORRENTES DAS ‘EXPORT-NOTES’ OBJETO DA PRESENTE DEMANDA. EM CASO AFIRMATIVO, É POSSÍVEL CONCLUIR QUE A RÉ NÃO TERIA QUALQUER OBRIGAÇÃO PARA COM O BANCO AUTOR?”

Quanto à primeira parte da questão, o Sr. Perito respondeu afirmativamente, ou seja, os documentos de liquidação presentes nos autos efetivamente se referiam aos

créditos decorrentes das *export-notes* em causa.

Mas, da mesma forma como vinha fazendo ao longo da perícia, na segunda parte de sua resposta adianta opinião sobre fatos que não foram perguntados, dizendo que não poderia concluir se tais documentos liberariam a “Consulente” de suas obrigações para com o “X”, pois teria de opinar sobre a sua autenticidade e sobre os poderes dos funcionários que os assinaram, no sentido de saber se teriam ou não poderes para dar quitação a respeito.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

Deveria o Sr. Perito contentar-se com a primeira parte de sua resposta. As ilações que fez fogem à sua competência no caso.

Sobre o caso, o raciocínio é simples:

(i) se existem nos autos documentos de quitação das operações em papel timbrado do “X”;

(ii) se estão assinados por pessoas que alegam ser seus funcionários;

(iii) se tais pessoas são as mesmas que participaram das operações originais;

Então a presunção é de que os fatos neles referidos são verdadeiros e assinados por pessoas que tinham poderes para tanto.

Aplicam-se no caso as Teorias da Aparência e da Preposição.

Desde muitos anos, verificando-se que as operações econômicas privadas são realizadas em massa, os doutrinadores e a jurisprudência reconheceram que às partes em negócios de tal natureza não são capazes de, a todo o tempo, exigirem prova de representação e dos limites de poderes para a sua celebração. Tal exigência tornaria absolutamente impossível o tráfico mercantil moderno.

No caso, opera a Teoria da Aparência, que pode ser melhor explicitada como sendo a “teoria da aparência de regularidade jurídica”. No caso em que alguém se

encontra nas dependências de um empregado (no caso, o “X”) e ali é atendido por alguém que diz ser seu preposto e com ele realiza negócios, é perfeitamente válido concluir que tais negócios foram feitos com o empregado em questão, “*presente*” no ato por meio de funcionários que eram titulares dos poderes correspondentes.

A preposição está implícita. Caso as pessoas intervenientes na operação não fossem representantes do empregado, este não poderia permitir que se mantivessem dentro de seu estabelecimento realizando negócios.

Ora, a “Consulente”, nas circunstâncias em que realizou os negócios em tela com o “X” tinha todos os motivos para acreditar que os estava celebrando com aquela instituição financeira, por meio de prepostos que eram titulares dos necessários poderes.

Desta maneira, verifica-se que o “X” está indevidamente invertendo as posições: ele tem que responder pelos atos praticados em seu nome por seus prepostos (ainda que aparentes), se for o caso respeitando as operações que realizaram, sendo seu direito de responsabilizá-los internamente por operações ilegais e/ou acima dos seus poderes que pudessem ter eventualmente assumido diante de terceiros.

Agir fora desses parâmetros importa em derrubar as bases sobre as quais se sustentam os negócios na economia moderna, dando-se a eles segurança e certeza dos direitos e obrigações das partes.

“5. A COMISSÃO DE INQUÉRITO APUROU QUE AS OPERAÇÕES REALIZADAS ENTRE AS PARTES CONSISTIAM NA CESSÃO DE ‘EXPORT-NOTES’ AO BANCO ‘X’, CESSÃO DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES À ‘C’ COM AQUIESCÊNCIA DO BANCO, E RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS PERANTE O BANCO. ANALISANDO OS DOCUMENTOS DOS AUTOS E OS LIVROS CONTÁBEIS DAS PARTES, PODE-SE DIZER QUE AS CONCLUSÕES DO BANCO CENTRAL

ESTAVAM CORRETAS? CASO POSITIVO, É POSSÍVEL AFIRMAR QUE A RÉ NÃO TERIA QUALQUER RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS?"

O Sr. Perito informou que não conseguiu aferir na contabilidade da "Consulente" qualquer fato contábil a respeito das cessões mencionadas no quesito em tela. Aduz que os contratos de Assunção de Dívidas não fazem menção ao "X", que não comparece assinando, concordando ou anuindo com tais cessões, não sendo possível afirmar se a "Consulente" teria liquidado suas operações com aquele banco.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

O Sr. Perito fugiu à parte mais importante do conteúdo da questão, ou seja, se, à luz da documentação acostada aos autos, as conclusões do Banco Central do Brasil sobre a participação do "X" e da "C" em tais operações poderiam ser confirmadas, a par da indagação a respeito de sua liquidação.

O Sr. perito omitiu a demonstração feita pelo Banco Central do Brasil no Relatório da Comissão de Inquérito da existência de estreita ligação entre o "X" e a "C", conforme se lê nos autos, entre outros trechos daquele Relatório:

5.9.5 A análise dessa conta corrente evidencia o elevado grau de concentração e/ou vinculação das operações do Banco "X" S/A com a "C", situação esta já delineada pelo elevado montante e características dos ajustes efetuados. Este relacionamento com a "C" deu-se de forma direta, como nas operações em que a instituição figura como cessionária em contratos de cessão de créditos, ou indiretamente quando dívidas originárias de operações de crédito da instituição são assumidas pela "C".

5.9.6 Observa-se, também, que o fluxo de créditos correspondentes às cessões de crédito apresenta-se, em diversas datas, coincidente com o dos débitos relativos à liquidação dos Contra-

tos de Assunção de Dívidas, com valores bastante aproximados. Nesses casos, o Banco "X" S/A, através da compra de direitos creditórios (*export-notes*) disponibiliza recursos à "C", para liquidação de operações originárias da própria instituição, cujas obrigações foram assumidas pela "C" através de contratos de Assunção de Dívidas, conforme abaixo: (passando o BCB a reproduzir a tabela comprobatória de suas afirmações).

De forma muito oportuna, a "C" apresentava como controladores duas empresas situadas em paraísos fiscais (item 5.2.1 do Relatório da Comissão de Inquérito), fato que dificultou o aprofundamento das investigações a respeito das suas ligações com o "X". Mas, por tudo quanto se demonstrou no inquérito do BCB, há indícios mais do que gritantes em tal sentido, conforme se verificou acima.

"6. PODE-SE AFIRMAR QUE O AUTOR OFERECEU À RÉ UM PRODUTO BANCÁRIO, MAIS PRECISAMENTE, UMA APLICAÇÃO FINANCEIRA. CASO AFIRMATIVO, DE ACORDO COM OS INDÍCIOS DOS AUTOS, ALUDIDA APLICAÇÃO ESTARIA CAMUFLANDO A OPERAÇÃO FINANCEIRA ENTRE A "C" E O AUTOR?"

"7. O INTERVENTOR NOMEADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL, SR. AM, APUROU, A PARTIR DA VERIFICAÇÃO DE CASOS SEMELHANTES, QUE A EMPRESA RÉ REPRESENTAVA UM MERO ARTIFÍCIO PARA EXIBIR UMA HIPOTÉTICA DIVERSIFICAÇÃO DE RISCO, MAS QUE NA VERDADE, HAVERIA UM ÚNICO CEDENTE, A "C" DE ACORDO COM A ANÁLISE DAS OPERAÇÕES CONBÁBEIS QUE EXISTIRAM ENTRE AS PARTES, PODE O SR. PERITO CONFIRMAR O QUE FOI APURADO PELO INTERVENTOR?"

O Sr. Perito alega estar prejudicada a segunda parte da perquirição porque, segundo ele, a "Consulente" era a proprietária dos títulos (*export-notes*) e os cedeu ao

“X”, não se podendo afirmar que se tratava de um produto bancário.

COMENTÁRIO DO PARECERISTA

Mais uma vez o Sr. Perito negou-se a enxergar a evidência dos autos, tanto a partir dos documentos juntados, quanto das conclusões do BCB, absolutamente inafastáveis.

A existência de um “produto” oferecido pelo “X” a diversos clientes, entre os quais a “Consulente” está claramente demonstrada pela leitura do item 5.3.3 do Relatório da Comissão de Inquérito e fundamentada nos documentos ali mencionados.

Segundo o BCB, de acordo com os contratos de cessão de crédito firmados entre diversas empresas exportadoras (cedentes) e a “C”, os exportadores recebiam somente um “prêmio”, sobre as cessões efetuadas, na faixa de 0,25% sobre o valor do crédito cedido. Na data dos respectivos vencimentos não havia desembolso por parte dos contratantes, pois as operações eram liquidadas por compensação.

A lista das empresas “clientes” de tal produto é encontrada no item 5.4.1 do Relatório da Comissão de Inquérito, em número de 17 (dezessete), todas elas independentes entre si, pertencentes aos mais diversos ramos da atividade econômica privada. E uma das empresas cedentes de tais papéis é, justamente, a (...), de quem a “Consulente” adquiriu as *export-notes* de que se trata. Note-se que a documentação comprobatória foi levantada pelo BCB precisamente pela “C” (item 5.3.3.7.2 do Relatório da Comissão de Inquérito).

Afirma o BCB, ainda, que a “C” figura como cessionária na totalidade das cessões de crédito efetuadas pelas empresas exportadoras, sendo que parcela desses créditos (51%) aquela empresa cedeu diretamente ao Banco “X” S/A e o restante (49%) foi cedido pela “C” a diversas empresas que NA MESMA DATA TRANSFEREM OS DIREITOS CREDITÓRIOS

PARA O BANCO “X”, recebendo um “prêmio” (itens 5.3.5.1 e 5.3.5.2 do Relatório da Comissão de Inquérito).

Em outro trecho do seu relatório, o BCB demonstra por outros caminhos, a “estranha ligação” entre o “X” e a “C” (item 5.9.6 do Relatório da Comissão de Inquérito):

Observa-se, também, que o fluxo dos créditos correspondentes às cessões de crédito apresenta-se, em diversas datas, coincidente com o dos débitos relativos à liquidação dos Contratos de Assunção de Dívidas, com valores bastante aproximados. Nesses casos, Banco “X” S/A, através da compra de direitos creditórios (*export-notes*) disponibiliza recursos à “C” para liquidação de operações de crédito originárias da própria instituição, cujas obrigações foram assumidas pela “C” através de contratos de Assunção de Dívidas, conforme abaixo (passando o BCB a demonstrar o alegado por meio de uma tabela).

Já se dizia antigamente que *o pior cego é aquele que não quer ver*. Parece ser este o caso do Sr. Perito, que teve todos estes elementos em suas mãos e deles não foi capaz de extrair a prova evidente da ligação do “X” com a “C” e a existência de um “produto” de cuja colocação no mercado ambas as empresas claramente participavam.

O volume de tais operações foi tão elevado que correspondia ao patrimônio líquido do “X”, conforme apurado no balancete de 30.10.1998, não sendo à toa que aquela instituição veio a quebrar logo depois (tem 5.3.6.4 do Relatório da Comissão de Inquérito).

Sim, é a resposta, o “X” ofereceu um “produto” bancário não somente à “Consulente”, mas a diversas outras empresas.

Quanto ao quesito de número 8, o Sr. Perito alegou que ele estava prejudicado, não lhe cabendo emitir juízo de valor. Mas em seguida, contra as provas dos autos, toma posição contrária a uma ligação entre o “X” e a “C”.

Conforme se viu acima, 100% (cem por cento) das operações ali referidas tinham como partes reais o "X" e a "C", do que somente se pode concluir em favor da afirmativa da "Consulente", no sentido de que, entre outros motivos, sua participação inconsciente nos negócios de *export-notes* tinha em vista ser utilizada pelo "X" para encobrir o fato de que esta instituição financeira estava altamente entrelaçada com a "C", a qual, por sua vez, tornou-se inadimplente perante aquele Banco, gerando a sua quebra. Para a "Consulente" a operação em tela revelava-se inteiramente regular.

Esclareça-se que, no caso de ter o BCB descoberto a concentração excessiva de operações do "X" com "C", teria, conforme as normas vigentes, determinado o provisionamento de 100% das operações com aquela empresa, do que resultaria fatalmente a antecipação de sua quebra.

CONCLUSÕES DO PARECERISTA SOBRE O LAUDO PERICIAL

Por tudo quanto foi exposto, o laudo pericial apresenta-se extremamente falho, tendencioso e omissivo na apreciação de fatos e documentos constantes dos autos.

É inegável a estreita relação entre o "X" e a "C", companheiros de uma orquestração destinada a omitir uma elevada concentração de recursos direcionados para esta última, havendo sido montado um esquema operacional para atrair clientes sob a promessa da aplicação lucrativa em um "produto financeiro".

III. CONCLUSÕES GERAIS

O estudo das questões que foram apresentadas ao Parecerista leva às seguintes conclusões, em resumo:

(a) A ação ajuizada pelo "X" está claramente revestida de ampla má-fé, na qual procura criar a aparência de um crédito que

possuiria contra a "Consulente" jamais configurado;

(b) As operações que deram origem à ação judicial, embora não tipificada em normas legais e/ou regulamentares, eram perfeitamente lícitas no quadro da liberdade constitucional das convenções e foram contratadas válida e eficazmente;

(c) A "Consulente" não se houve de forma imprudente na contratação de que se trata;

(d) O "prêmio", correspondente ao ganho auferido pela "Consulente" está claramente dentro do padrão praticado pelo mercado, ou seja, correspondente ao parâmetro de 0,25% do valor do principal;

(e) O "X" ofereceu um "produto" conhecido largamente no mercado e o fez por pessoas que o representavam legitimamente tanto na contratação quanto na liquidação de tais operações;

(f) Há evidências claríssimas que existiam motivos escusos por parte do "X" nas operações vertentes que, a par de serem legítimas e comuns no mercado, serviram para esconder a concentração irregular de riscos que apresentava perante a "C", situação que o levaria a sofrer severas penalidades pelo Banco Central do Brasil.

(g) Nota-se a aparência de que se está diante de "duas instituições nas operações de que se cuida, escondidas sob o mesmo nome e em épocas distintas": a primeira é o "X" sob intervenção, em relação à qual o BCB, no Inquérito, traçou um quadro negro, cheio de irregularidades que a levaram à quebra; a segunda é o "X" ora em liquidação extrajudicial, que teria se transmutado magicamente de algo em vítima, mas, na verdade, procurando locupletar-se contra empresas com as quais legitimamente contratou ao tempo em que estava operando livremente.

Ora, o liquidante de uma instituição financeira deve ocupar essa posição a serviço de um duplo interesse. Primeiro, *ele não pode se esquecer do interesse da sociedade em geral, sendo esta a razão da exis-*

tência de um sistema extrajudicial, mas ainda estatal de lidar com a insolvência de instituições financeiras. Este interesse deve prevalecer sobre qualquer outro. Em segundo lugar, ele deve procurar minimizar os prejuízos que a instituição sofreu nas mãos dos seus ex-administradores e do seu ex-controlador. No entanto, na defesa da massa falida, não pode o liquidante criar fatos inexistentes para prejudicar terceiros em favorecimento dos credores da instituição insolvente, até mesmo contrariando a própria visão que o BCB teve de toda história do "X", que o levou à quebra.

No primeiro dos sentidos acima (o do interesse público), George Marcondes Coelho de Souza, ilustre jurista e antigo chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, afirmou em sua tese de doutoramento apresentada na

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que: "a liquidação de uma instituição financeira está ligada ao fenômeno intervencionista, caracterizando-se a atividade das instituições financeiras em geral, para além da faixa dos estritos interesses privados, relacionando-se com o interesse coletivo ou público, cuja tutela só o Estado pode exercer com eficácia, sendo esse instituto uma das formas de tal tutela" (*Liquidação de Bancos no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1972, p. 88, não publicada).

A ação movida pelo "X" contra a "Consulente" não tem, portanto, como prosperar e deve ser extinta sem julgamento de mérito, atribuindo-se àquela instituição financeira o peso de uma litigância de má-fé.

É minha opinião.

São Paulo, 24 de outubro de 2005.

1. *Condição preliminar*

1.1 *Conceito*

O conceito preliminar é aquele que tem como conteúdo a obrigação de contratar ou um contrato (este que será o contrato definitivo).

Vários são os conceitos dados pela doutrina ao conceito preliminar, por exemplo, para Leonardo Covello é "um contrato

que há por objeto um futuro contrato obrigatório".

Para Frederico de Castro y Bravo é "convencão pela qual as partes entram em favor de uma delas, no tocante qual a facultade de exigir é imediata e eficaz de contrato que se projetará".

Para Casso Mário de Silva Pereira é "aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato que será contrato principal".

Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação de Faculdade de Direito de USP, na disciplina de DEX15715-1 - Contrato seu Direito Constitucional - Capítulos em Epitome, ministrada no 2º semestre de 2004 pelo Professor Associado Dr. Mauro Rodrigues Pereira.

1. *Do Contrato Preliminar* - De Frederico de Castro y Bravo, tradução de 1911.
 2. *La Promessa de Contratto* - Di. degli Scrittori Giuristi, Giustiniani, p. 142.
 3. *Instituições de Direito Civil* - tradução de A. 12º ed. p. 31.