

Pareceres

RESTITUIÇÃO FALIMENTAR, EM CASO DE BANCOS ESTRANGEIROS, DE LINHAS DE CRÉDITO INTERNACIONAIS DESTINADAS AO FINANCIAMENTO À EXPORTAÇÃO CONCEDIDAS A BANCOS NACIONAIS CUJA QUEBRA FOI POSTERIORMENTE DECRETADA

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. A estrutura da operação financeira sob análise e seus objetivos político-econômicos. 2. O regime jurídico da restituição falimentar: 2.1 No Decreto-lei 7.661/1945 – 2.2 Na Lei 4.728, de 14.7.1965, na redação original e segundo a que resultou da introdução do § 4º ao seu art. 75 pela Lei 9.450, de 14.3.1997 – 2.3 Na Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e de Recuperação de Empresas) – 2.4 As Circulares 2.231, de 25.9.1992, e 2.632, de 16.11.1995, do Banco Central do Brasil. 3. Resposta aos quesitos apresentados.

PARECER

Interessados ou Bancos: Towerbank International, Inc., Zürcher Kantonalbank; Landesbank Baden-Württemberg; Banco de la Nación Argentina; e Nordea Bank AB; Bayerische Landesbanke, RZB Finance LLC, Natexis Banques Populaires, Wachovia Bank N.A., Orix USA Corporation, Banco Latinoamericano de Exportaciones S/A, The Export-Import Bank of The Republic of China, Banco Comercial Português S/A, em conjunto designados Sindicato de Bancos estrangeiros organizado por Orix Corporation; Rabobank International Netherlands; Banco do Co-

mércio Exterior da Colômbia S/A; e Pacific National Bank. (publ.)

Seus advogados: Ana Lúcia Vidiagal Lopes da Silva, Bocuzzi Advogados Associados, Barreto Ferreira, Kujawski, Brancher e Gonçalves, Pinheiro Neto Advogados e Tozzini Freire Advogados

Solicitam-nos os Interessados, por intermédio dos seus Advogados, um parecer conjunto a respeito de diversos pontos jurídicos respeitantes à sua situação como credores da massa falida do antigo Banco Santos S/A no campo da restituição falimentar dos recursos repassados pelos primeiros ao segundo, voltados para a ce-

lebração interna de Adiantamentos sobre Contratos de Câmbio/ACCs.

Adiante-se a definição dada pelo Banco Central do Brasil ao instituto em causa, conforme normativo vigente à época das operações a serem examinadas (Consolidação das Normas Cambiais, Capítulo 5, Título 3, objeto da Circular 2.231, de 25.9.1992): "O Adiantamento sobre Contrato de Câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada a termo, devendo ter a sua concessão, pelos bancos, e utilização, pelos exportadores, dirigida para o fim precípuo de apoio financeiro à exportação".

Iniciemos o estudo do tema pela análise da operação como um todo, dividida em suas partes.

1. A estrutura da operação financeira sob análise e seus objetivos político-econômicos

A estrutura da operação objeto da presente análise não apresenta maior dificuldade. Trata-se de operações efetuadas pelos Bancos ao Banco Santos S/A, ao tempo em que operava normalmente, antes de haver sofrido medida interventiva por parte do Banco Central do Brasil, encontrando-se atualmente em regime de falência.

Como se pode verificar, os recursos fornecidos pelos Interessados ao Banco Santos S/A eram destinados ao financiamento de empresas exportadoras nacionais, seguidos os seguintes passos: (i) concessão de linhas de crédito pelos Interessados ao Banco Santos S/A com a utilização de linhas de crédito internacionais em moeda estrangeira; (ii) conversão desses recursos em Reais e ingresso dos mesmos no país; (iii) realização de operações pelo Banco Santos S/A aos seus clientes exportadores, por meio do qual aquela instituição financeira comprava a moeda estrangeira a ser futuramente entregue aos

mutuários como pagamento das exportações a serem efetuadas, entregando-lhes Reais em contrapartida; (iv) conclusão de Adiantamentos por Conta de Contrato de Câmbio/ACCs pelo Banco Santos S/A com os clientes acima, na forma de antecipação do preço da moeda estrangeira futura; (v) realização das exportações pelos empresários nacionais e pagamento dos contratos de câmbio de exportação (anteriormente firmados) ao Banco Santos S/A, descontando-se os ACCs recebidos, dando-se a liquidação da operação no plano interno; e (vi) pagamento a ser feito pelo Banco Santos S/A aos Bancos estrangeiros provedores de tais linhas com a moeda estrangeira recebida dos exportadores clientes, fechando-se o ciclo da operação.

Cumprê notar, em observação extremamente importante para a resposta de alguns dos quesitos apresentados, que *há dois momentos em que são fechados contratos de câmbio dentro do conjunto da operação*: (a) pelo ingresso dos recursos estrangeiros no Brasil, entre os Bancos estrangeiros e nacionais; e (b) entre os Bancos nacionais e cada um dos exportadores clientes, na modalidade de contrato de câmbio de exportação para liquidação futura, ou seja, entrega da moeda estrangeira recebida do importador externo contra os Reais a serem pagos pelo Banco nacional.

É precisamente em relação ao segundo momento acima citado que são realizados os ACCs, por meio dos quais o Banco brasileiro paga antecipadamente ao exportador uma parte da moeda estrangeira que será recebida oportunamente quando da conclusão da exportação.

No caso concreto, dada a falência do Banco Santos S/A, a fase "(v)", acima indicada, não veio a ser completada, remanescendo os Bancos insatisfeitos quanto ao recebimento dos recursos concedidos àquele. Diante da justa pretensão quanto a esse pagamento, surgiram, precisamente, dúvidas a respeito de alegadas condições que deveriam ser preenchidas na operação para que os Bancos estrangeiros tivessem

direito à restituição falimentar, prevista na lei. Além disto, também têm sido defendidas opiniões no sentido de que aspectos da fase “(v)” deveriam ser também atendidos para a mesma finalidade. Todas estas questões estão presentes nos quesitos formulados e serão respondidas ao final do estudo.

Atente-se, ainda, como fator extremamente importante, para os aspectos político-econômicos relacionados ao sistema operacional sob exame. Eles têm a ver com o fato de que, invariavelmente, na história do comércio exterior brasileiro tem havido premente necessidade de *divisas* para o adimplemento de obrigações financeiras internacionais. As referidas *divisas* – ou seja, recursos em moeda estrangeira conversível e internacionalmente aceita – são obtidas pelo Brasil fundamentalmente por meio de endividamento externo e pelas exportações de bens e de serviços.

Na realidade, é somente por meio de exportações que o país tem condições de pagar sua dívida contraída no Exterior, representando as operações externas tão-somente um meio provisório para o levantamento da moeda estrangeira a ser paga por operações externas de empréstimo. Ou seja, as exportações são a única forma de entrada líquida de *divisas*. Os empréstimos, como se sabe, devem ser pagos no seu vencimento ou renovados repetidamente; e, conseqüentemente, não é com um empréstimo que se paga outro em caráter definitivo. Esta *rolagem* apenas faz aumentar a “bola-de-neve” da dívida externa.

Dentro deste contexto é que foram engendradas as operações de que se trata, as quais mereceram do legislador, de longa data (desde 1965, pela promulgação da Lei 4.728, com seu art. 75), uma proteção jurídica especial, concernente ao benefício da restituição falimentar dos ACCs à qual têm direito os Bancos nacionais diante dos seus devedores a tal título. Claramente o objetivo deste benefício especial foi o de se proteger o acesso dos exportadores bra-

sileiros à moeda estrangeira necessária à realização de suas atividades, em benefício do país como um todo. Para tanto, por sua vez, era necessário salvaguardar tais importâncias do processo regular da falência dos exportadores, afastando os créditos correspondentes da fila formada no quadro geral de credores. Isto ocorreu pela instituição de um tipo especial de restituição falimentar, conforme será examinado mais adiante.

Posteriormente foi completado o ciclo de proteção ao sistema em causa pela extensão do benefício da restituição em favor dos Bancos externos credores quando da quebra de Bancos nacionais devedores pela captação de linhas de crédito internacionais.

A confiança do sistema financeiro internacional quanto à segurança do recebimento dos recursos concedidos a Bancos brasileiros é extremamente fundamental para a manutenção do ciclo econômico correspondente. A isto se agrega o fato de que, respeitadas as condições inerentes a este modelo de financiamento internacional, as taxas de juros cobradas serão estabelecidas em patamares mais favoráveis, dentro de um contexto conhecido como “Risco Brasil”, o qual abarca fatores ligados aos riscos político, cambial, jurídico/judicial etc.

Como se verifica, caso o Judiciário Brasileiro venha a entender (a nosso ver, erroneamente, como será demonstrado) que os Bancos estrangeiros estão sujeitos a determinadas condições para que possam alcançar o direito à restituição falimentar, então, o modelo sob exame sofrerá prejuízos significativos. Isto se dará em termos de redução das linhas de crédito internacionais e da elevação da taxa de juros, com dano geral para a economia brasileira. A este resultado os economistas chamam de “externalidades negativas” e de “efeitos de segunda ordem”.

E as conseqüências em tela se darão de forma extremamente rápida, pois o sistema financeiro internacional funciona

como *vasos comunicantes* praticamente instantâneos, municiados prontamente com informações próprias ou originadas de agências de análise de riscos nacionais.

O problema apresenta-se em um nível de gravidade ímpar, lembrando-se que o mundo atravessa atualmente a maior crise econômica e financeira dos últimos 80 anos, superado até mesmo o grande *crash* experimentado pelos Estados Unidos da América a começar da segunda década do século passado. Certamente esta não é, absolutamente, a hora de se “brincar com fogo”, pois ele pode se alastrar ainda mais para dentro das fronteiras nacionais, com perdas inimagináveis.

Permita-se, aqui, um depoimento pessoal. Em mais de 40 anos de vivência dentro do Sistema Financeiro Nacional, 30 deles passados como servidor do Banco Central do Brasil, jamais nos deparamos com crise de tamanhas proporções como a que presentemente atinge praticamente todas as economias nacionais em um processo de “infecção generalizada”. Os Bancos brasileiros têm sido poupados da quebra que foi deflagrada em muitos países porque sua *alavancagem operacional* havia sido extremamente limitada pela autoridade monetária, que não lhes permitiu grandes vôos *especulativos*.

Contudo, dada a redução já intensa da atividade econômica interna, em grande parte sentida pelo setor exportador, é absolutamente imprescindível a manutenção da fonte de recursos externos para o fim de não se cortar o fluxo de moeda forte para o Brasil via operações entre Bancos estrangeiros e nacionais. Esta corrente poderá ficar extremamente prejudicada, caso aqueles Bancos venham a perder sua confiança quanto ao quadro de garantias que reconhecem presentes na lei, no caso em que o direito à restituição falimentar de que aqui se trata vier a ser condicionado aos efeitos ligados ao adimplemento das empresas exportadoras junto aos Bancos internos com os quais celebraram ACCs.

2. O regime jurídico da restituição falimentar

Examinados os aspectos gerais da equação a ser solucionada, passemos ao estudo dos ângulos estritamente jurídicos, iniciando com uma rápida abordagem histórica, que se revela necessária.

Antes disso, insta fortalecer no plano jurídico a existência de operações distintas quanto aos Bancos estrangeiros diante dos Bancos nacionais receptores de linhas de crédito para financiamento à exportação e as operações destes com os seus clientes exportadores.

No sentido acima, embora muitas vezes se utilize o termo “repasso” para tal tipo de operação, na verdade não existe uma unidade jurídica no ciclo que começa no Banco estrangeiro e termina no exportador nacional. O primeiro é formado pelo contrato do Banco estrangeiro com o Banco nacional; o segundo corresponde ao negócio entre este com seu cliente exportador. A invalidade ou ineficácia de um negócio não afeta a do outro. O que existe, conforme será demonstrado mais adiante, é *uma ligação teleológica abstrata*, fixada no plano dos princípios da operação. Se o Banco estrangeiro disponibiliza em confiança uma linha de crédito a Banco nacional, destinada declaradamente ao financiamento de exportações por empresários brasileiros, seu direito à restituição não é afetado por eventual desvio de recursos pelo Banco mutuário ou *retorno* destes recursos ao Banco quando do adimplemento das obrigações dos seus clientes.

2.1 No Decreto-lei 7.661/1945

Na história mais recente do direito falimentar brasileiro verificamos que o instituto da restituição era tratado entre outros e no que presentemente nos interessa pelo art. 76 do Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945, de acordo com os seguintes termos:

“Art 76. Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

“§ 1º. A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa.

“§ 2º. Também pode ser reclamada a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa.”

A regra geral do instituto em causa corresponderia à efetivação de uma *devolução de coisa* que tivesse sido objeto de um direito real (alienação fiduciária, por exemplo) ou de um contrato (bens alugados pelo falido). Além disto, o bem em questão deveria ter sido encontrado em poder do falido (a título de mera posse; conseqüentemente, não integrando seu patrimônio) e em seguida arrecadado pelo síndico da falência. Por este motivo, evidentemente, tais bens não poderiam ser utilizados para o pagamento de credores do falido. Desta sorte, o proprietário era revestido do direito de pedir sua entrega de volta.

De um lado, portanto, cabia ao síndico arrecadar todos os bens que se encontravam na posse do falido, sem fazer, naquele momento, qualquer juízo a respeito de sua condição jurídica. Em contraposição, entre outras situações, encontravam-se os verdadeiros proprietários de bens arrecadados, que deviam pedir seu *retorno*, reivindicando-os da massa falida. Na verdade, conforme informa Waldemar Ferreira, a Lei Falimentar de 1945, sob o nome de “restituição”, havia mantido o instituto da *reivindicação* do Direito anterior.¹

A hipótese da venda pela massa, mencionada na lei, constituiria um caso de alienação de bem não próprio, cabendo ao credor sub-rogar-se no preço correspon-

dente — direito, este, que lhe foi reconhecido para que não se caracterizasse um prejuízo indevido mediante enriquecimento sem causa da massa falida.

Ainda no mesmo sentido de *devolução*, o § 2º do artigo em tela permitia o pedido de restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência, desde que não alienadas pela massa. Se alienadas, a *restituição* daria lugar à habilitação do crédito correspondente pelo credor. Na verdade, a lei procurou afastar negócios dolosos feitos pelo falido às vésperas da decretação de sua falência, realizados com a finalidade de “engordar” seu patrimônio em detrimento de credores e, eventualmente, de permitir ao *dono* ou controlador da empresa falida locupletar-se pessoalmente à custa dos credores, mediante o desvio de bens recentemente adquiridos.

2.2 Na Lei 4.728, de 14.7.1965, na redação original e segundo a que resultou da introdução do § 4º ao seu art. 75 pela Lei 9.450, de 14.3.1997

O art. 75 da lei em questão (incluído na seção “Das Disposições Diversas” de uma lei reguladora do mercado de capitais — e, portanto, representando mais um caso de má técnica legislativa no Direito pátrio) veio a cuidar do contrato de câmbio e de alguns aspectos a este relacionados, entre os quais a introdução de mais uma hipótese de restituição falimentar. Esta foi direcionada às importâncias adiantadas por Bancos a empresas exportadoras, mais tarde declaradas falidas ou concordatárias, relativamente a Adiantamentos sobre Contratos de Câmbio/ACCs. Para tal finalidade eram exigidos três pré-requisitos fundamentais: (i) celebração de um contrato de câmbio pelo Banco com um exportador; (ii) posterior protesto em razão de falta de pagamento; e (ii) averbação do ACC no instrumento de contrato de câmbio.

1. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1966.

A *ratio* do legislador estava fundada na busca de proteção para os Bancos que celebravam operações de câmbio voltadas para o fortalecimento do setor exportador com a finalidade de que o país pudesse ser beneficiado pelo recebimento de *divisas* (ou seja, de moeda forte) decorrentes de operações de comércio exterior, para o fim de poder honrar seus pagamentos internacionais.

Conforme visto acima, os Bancos em atividade no Brasil, não dispondo de recursos abundantes em moeda estrangeira para suas operações internas de câmbio, costumam obtê-la no Exterior mediante o recurso a linhas de crédito internacionais. Na medida em que os devedores, favorecidos com o *repassé* de recursos externos, vinham posteriormente a se encontrar em situação de concordata ou falência, surgia prejuízo direto para os Bancos nacionais credores, os quais precisavam buscar em outras fontes e mediante um elevado custo a moeda estrangeira vendida e não paga pelos devedores exportadores por ACCs inadimplidos, a fim de que, por sua vez, pudessem pagar seus débitos perante os Bancos estrangeiros a quem deviam.

Sempre esteve muito claro na lei que o direito do Banco nacional à restituição vertente era completamente alheio a quaisquer exigências relativas ao cumprimento das obrigações pertinentes aos ACCs, diretas ou indiretas. Tratava-se, neste sentido, de um caso especial de restituição. Observe-se que o legislador houve por bem instituir esta modalidade de restituição de forma completamente alheia à Lei de Falências, que nem sequer é citada no art. 75 da Lei 4.728/1965. Como se sabe, onde o legislador não fez restrições está o intérprete impedido de fazê-las.

Desta maneira, sempre foi absolutamente desligado do direito à restituição em causa o fato de não ter sido a importância do ACC destinada, por exemplo, a uma operação efetiva de exportação, não cabendo ao Banco nacional fiscalizar o tomador quanto aos recursos *repassados* a

este. O mesmo se diga com relação ao pagamento posterior da exportação e a conseqüente liquidação do ACC junto ao Banco nacional. Muito menos se exigia que o valor da exportação tivesse sido pago ao devedor falido pelo importador estrangeiro e que as importâncias correspondentes tivessem sido arrecadadas pelo síndico. Mesmo porque, neste último caso, não se saberia dizer como poderiam ser identificados nas contas bancárias do falido quais recursos precisamente eram correspondentes a pagamentos específicos de ACCs. Afinal de contas, o dinheiro é o bem mais fungível que se conhece, e as operações bancárias não apresentam, evidentemente, condições de seu rastreamento material.

Em 14.3.1997 a Lei 9.450 acrescentou ao art. 75 da Lei 4.728/1965 o atual § 4º, com a seguinte redação: “§ 4º. As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil”.

Uma importante observação inicial deve ser feita a respeito desta alteração legislativa. Ao tempo da promulgação da lei em questão (por sua vez, originada da Medida Provisória 1.113, de 12.9.1995) era ainda vigente o art. 192 da CF com a redação originária, nos termos a seguir, no tocante à parte que nos interessa: “Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado *em lei complementar*, que disporá, inclusive, sobre: (...) IV – a *organização, o funcionamento e as atribuições do banco central* e das demais instituições financeiras públicas e privadas (...); (...)” (grifos nossos).

Assim sendo, ao haver o legislador ordinário outorgado uma atribuição ao Banco Central do Brasil quanto à matéria regulada no novo § 4º do art. 75 da Lei

4.728/1965, tal iniciativa revelou-se inconstitucional. Desta forma, aproveitando-se o restante do dispositivo sob comento, quanto ao seu mérito, e expurgada a inconstitucionalidade ali presente, a redação válida passou a ser: “§ 4º. As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem”.

O exame da norma em causa apresenta uma única condição para o direito à restituição, como seja, *o direcionamento tão-somente declarado das linhas de crédito internacional para a finalidade de celebração de ACCs pelos Bancos receptores* (combinando-se os §§ 4º e 2º do art. 75 da Lei 4.728/1965). Como é facilmente percebido, não teria o Banco estrangeiro condições de verificar se o Banco brasileiro efetivamente destinou os recursos externos recebidos para tal finalidade ou os desviou para outra. Este ônus corresponderia a um dever fático e jurídico impossível imposto ao Banco estrangeiro. Tratar-se-ia, no caso – isto, sim –, de uma responsabilidade administrativa do Banco local perante o Banco Central do Brasil, que, sendo o caso de desvio de finalidade, aplicaria àquele as penalidades cabíveis no plano administrativo.

Quanto a eventuais termos e condições que o Banco Central do Brasil houvesse estabelecido para a restituição devida pelos Bancos nacionais aos Bancos estrangeiros credores, eles não teriam qualquer validade, por se revelarem inconstitucionais em segunda ordem.

Na forma acima, tendo havido a concessão por um Banco nacional de um ACC a cliente exportador, no caso de haver sido decretada posteriormente sua falência ou se encontrar sob regime de liquidação extrajudicial ou de intervenção, o Banco credor no Exterior que concedeu linha de crédito ao Banco nacional tem direito à restituição de tais valores.

A respeito da inconstitucionalidade aqui defendida já havia se manifestado o STF na ADI/MC 1.357-DF, relator o Min. Moreira Alves, julgamento pelo Pleno em 19.12.1995 (DJU 19.4.1996, p. 12.212): “*Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Arguição de inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei n. 919/1995 do Distrito Federal – Pedido de liminar. Embora essas normas digam respeito especificamente ao Banco Regional de Brasília, que fica autorizado a fazer tal conversão observados esses requisitos legais, são elas disciplinadoras de operação de crédito de instituição financeira, razão por que é relevante o fundamento da arguição de inconstitucionalidade com base na alegação de invasão de competência privativa da União para legislar sobre política de crédito (art. 22, VII, da CF), competência, essa, que, conjugada com as de fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito (art. 21, VIII, da Carta Magna), e de, por lei complementar, regular ‘a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas’ (art. 192, IV, da Constituição), permite à União, de forma privativa, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades, regulamentando, inclusive, com a fixação de limites, prazos e condições, as operações de empréstimo efetuadas com as instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária – Ocorrência, no caso, do requisito da conveniência da suspensão dos dispositivos impugnados – Pedido de liminar deferido, para suspender, ex nunc e até final decisão, os arts. 1º, 2º, 3º e 4º da n. Lei 919, de 13.9.1995, do Distrito Federal” (grifos nossos).*

Espancada, portanto, qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da atribuição ao Banco Central do Brasil do poder de estabelecer termos e condições quanto à restituição prevista no § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965, deve ser enfatizado tratar-se a restituição em tela de modalidade nova do instituto, acrescida ao rol

das já anteriormente existentes. E isto se deu para um fim específico, que não se confunde com os ACCs feitos pelos Bancos nacionais aos exportadores, embora a origem final dos recursos seja a mesma. No caso, cuidou o legislador pátrio de proteger os Bancos estrangeiros contra a quebra dos Bancos nacionais seus devedores, porque aqueles até então se achavam a descoberto nesta circunstância.

A afirmação acima fica definitivamente comprovada a partir da verificação do intuito do legislador. Neste caso, a interpretação autêntica e histórica revela-se um fator determinante do entendimento da lei. Este ponto já foi levantado em douto parecer acostado a estes autos, mas que convém reforçar. Nestes termos, assim dizia a Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.113/1995: “A redação atual do referido art. 75 [da Lei 4.728/1965] já contém mecanismo parcial de proteção dos Adiantamentos por Conta de Contratos de Câmbio/ACCs, ao assegurar, em seu § 3º, às instituições financeiras nacionais, em caso de falência ou concordata dos exportadores brasileiros, a restituição dos valores adiantados. Esse mecanismo, *no entanto, não protege a operação em seu ciclo completo, já que não alcança a operação inicial, materializada na linha de crédito comercial entre o Banco estrangeiro e o nacional, que dá suporte à operação subsequente, de financiamento ao exportador pelo Banco nacional, através de adiantamentos por conta do contrato de câmbio.* As linhas de crédito colocadas à disposição dos exportadores pelas instituições financeiras desempenham papel de crucial importância para o fluxo comercial do país. Daí a necessidade de mecanismo que proteja tais linhas de crédito de eventuais traumas no mercado causados por intervenções ou liquidações extrajudiciais de instituições financeiras no país. Esse mecanismo resume-se a *estabelecer, legalmente, a regra de que as importâncias adiantadas aos exportadores serão destinadas, na hipótese de falência,*

liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento de linhas de crédito comercial que lhes deram origem” (grifos nossos).

Cuida-se, portanto, de uma nova situação jurídica na qual a restituição é devida. E, para que o objetivo do legislador seja alcançado, tanto quanto já disposto na norma que veio a ser criada, não se pode aceitar que esta restituição esteja fadada a sofrer os azares diversos que podem ocorrer quanto às operações dos Bancos nacionais receptores de linhas de crédito comerciais externas. Ou seja, o que acontece com os recursos em tela, na realização de operações de financiamento a exportadores nacionais, não é capaz de afetar o direito dos Bancos estrangeiros credores à restituição.

Do ponto de vista econômico, o objetivo do legislador não poderia ter sido demonstrado de forma mais clara. Quanto à interpretação jurídico-sistemática da legislação, tal como restou após o acréscimo do § 4º ao art. 75 da Lei 4.728/1965 e o advento da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, estes pontos ficarão determinadamente resolvidos mais adiante, no confronto da legislação aplicável.

O fato de se encontrar no texto do dispositivo acima a expressão “importâncias adiantadas” em nada prejudica a linha de argumentação que vem sendo defendida neste parecer, no sentido da presença de uma independência das operações entre o Banco estrangeiro, o Banco nacional e o exportador beneficiário do ACC. Dado que o § 4º do art. 75 se volta, fundamentalmente, para a restituição especial que o Banco estrangeiro tem na falência do Banco nacional, quando o legislador faz referência às “importâncias adiantadas” ele está simplesmente lembrando o aspecto teleológico abstrato do negócio complexo como um todo, de que se falou acima. Sobre este aspecto já ficou demonstrado à saciedade que se trata de operações distintas com partes distintas entre si.

Sob este ponto de vista mostra-se inteiramente correta a manifestação do Ministério Público em relação ao contrato celebrado entre o Interessado Landes-Bank Baden e o Banco Santos S/A, onde fica cabalmente demonstrado que fez o legislador *uso de uma imagem*, porque seu significado jurídico é o da venda antecipada da moeda estrangeira que o exportador receberá futuramente do Banco nacional no que se convencionou denominar de Adiantamento por Conta de Contrato de Câmbio/ACC. Nas acertadas palavras do Ministério Público, “nenhuma vinculação existe entre o provedor de *funding* e a empresa brasileira final da linha de crédito”.

2.3 Na Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e de Recuperação de Empresas)

A Lei de Falências e de Recuperação de Empresas acolheu o instituto da restituição nos seus arts. 85 a 93, referindo-se, no inciso II do art. 86, expressamente aos ACCs, trazendo algumas modificações em relação ao regime anterior, conforme se verá em seguida. Interessa-nos especialmente o inciso II do art. 86:

“Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

“Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

“Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro: I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado; II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e

4º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente; III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

“Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.”

Conforme se verifica, não há, fundamentalmente, qualquer mudança quanto aos aspectos históricos da restituição tal como se encontrava tratada no Decreto-lei 7.661/1945, exceto o disposto no parágrafo único, que exige, como condição prévia inafastável para qualquer modalidade de restituição, o pagamento de créditos trabalhistas exclusivamente salariais vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por empregado.

Mais uma vez o legislador manifestou uma ordem hierárquica de favorecimentos quanto às obrigações da massa falida, exercendo um juízo político e econômico de valor. Quanto a este ponto não se cogita absolutamente de tachar tais escolhas de inconstitucionais tanto no direito falimentar anterior como no atual.²

2. Quanto à restituição falimentar dos ACCs houve alguma discussão acadêmica sobre sua constitucionalidade, inteiramente superada desde muitos anos em vista do entendimento adotado pelo STF no sentido de que aquele instituto tem a natureza jurídica de pagamento antecipado do preço do contrato de câmbio de exportação, dele descontando-se futuramente o ACC concedido (RE 88.156-RS, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, RTJ 86/704, com a seguinte ementa: “Lei de Mercado de Capitais – Adiantamento feito por instituição financeira a exportador, por conta do valor do contrato de câmbio – Concordata. A restituição a que alude o § 3º do art. 75 da Lei n. 4.728, de 14.7.1965, não viola o princípio da isonomia (§ 1º do art. 153 da CF) – Inexistência de dissídio com a Súmula n. 417, que, por ser anterior à Lei de Mercado de Capitais, não se refere à restituição em causa – Recurso extraordinário não conhecido”).

Contudo, nota-se um ponto extremamente importante para o deslinde das indagações apresentadas pelos Bancos no presente parecer.

Veja-se que, ao baixar uma nova lei reguladora da falência e do moderno instituto da recuperação da empresa, o legislador poderia haver com ela abarcado todas as situações de restituição que pretendia resguardar, revogando a legislação extravagante.

Mas não!

O art. 75 da Lei 4.728/1965 permaneceu vigente, inclusive quanto à tutela da proteção dos créditos fornecidos por Bancos estrangeiros a instituições financeiras

nacionais falidas, objeto da nova redação determinada pela Lei 9.450/1997.

A opção em vista somente se justifica quando se aceita que a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas reconheceu a autonomia da restituição prevista no art. 75 da Lei 4.728/1965, inserida entre os demais casos da primeira, tendo estabelecido algumas condições básicas comuns para o instituto de que se trata.

A fim de melhor perceber-se a vivência comum das duas leis citadas e sua interseção recíproca no que diz respeito aos recursos obtidos no Exterior para o financiamento de empresas exportadoras brasileiras, examinemo-las em paralelo:

LEI 4.728/1965, ART. 75	LEI 11.101/2005, ARTS. 85, 86 E 151
<p><i>Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.</i></p> <p><i>§ 1º. Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.</i></p> <p><i>§ 2º. Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.</i></p> <p><i>§ 3º. No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.</i></p> <p><i>§ 4º. As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falên-</i></p>	<p><i>Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.</i></p> <p><i>Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.</i></p> <p><i>Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:</i></p> <p><i>I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;</i></p> <p><i>II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;</i></p> <p><i>III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.</i></p> <p><i>Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.</i></p> <p><i>(...).</i></p>

LEI 4.728/1965, ART. 75	LEI 11.101/2005, ARTS. 85, 86 E 151
<p><i>cia, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil. (Esta última parte foi por nós considerada inconstitucional, conforme visto acima.)</i></p>	<p>Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.</p>

O estudo paralelo da restituição falimentar nos termos acima nos leva às seguintes conclusões:

(a) O art. 85 e o inciso I do art. 86 da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas reproduzem os casos de restituição tradicionais do Direito Brasileiro. No primeiro trata-se da restituição do bem em si, enquanto no segundo de sua sub-rogação em dinheiro.

(b) O inciso III do art. 86 da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas explicitou uma situação de restituição decorrente da ineficácia de atos praticados na falência (art. 136), de forma a se dar maior segurança aos interessados.

(c) O inciso II do art. 86 da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, em aplicação conjunta com o art. 75 da Lei 4.728/1965, cuida da restituição de importâncias destinadas ao financiamento de exportadores brasileiros mediante celebração de ACCs. E:

(d) O § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965 versa sobre a restituição das importâncias emprestadas aos Bancos nacionais por Bancos estrangeiros, destinadas ao financiamento do comércio exterior brasileiro.

Como se verifica, *há uma perfeita distinção de tratamento entre as operações dos Bancos estrangeiros com os*

Bancos nacionais e as destes com seus clientes exportadores.

No primeiro caso o direito à restituição nasce pura e simplesmente de operações de crédito internacional entre um Banco estrangeiro e um Banco brasileiro, que tem o objetivo do fornecimento, a este último, de recursos destinados ao financiamento de exportadores brasileiros. Para que a restituição tenha lugar exige a lei tão-somente que seja celebrado contrato de câmbio entre o Banco estrangeiro e o nacional como resultado de uma operação de concessão de linha de crédito internacional voltada para o favorecimento das exportações brasileiras. Daí para a frente o Banco estrangeiro está completamente imune à existência, validade e eficácia dos negócios seguintes, o que alcança também eventuais hipóteses de inadimplemento total ou parcial de qualquer das partes no plano interno.

Para a finalidade acima uma única condição necessita ser atendida, ou seja, a verificação de que tenham sido pagos os créditos trabalhistas de natureza salarial, limitados a cinco salários mínimos por empregado, conforme disposto no art. 151 da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.

Não existe, por conseguinte, qualquer exigência referente às operações dos Ban-

cos nacionais com seus clientes para que o direito à restituição dos Bancos estrangeiros esteja consolidado. Não há como pensar diferentemente diante da evidência legal.

Outro é o tratamento dos recursos internados pelos Bancos nacionais no tocante às suas relações com os clientes exportadores. Para este caso nota-se a presença de alguns requisitos cumulativos, necessários à configuração do direito à restituição.

*2.4 As Circulares 2.231, de 25.9.1992,
e 2.632, de 16.11.1995,
do Banco Central do Brasil*

Há uma controvérsia nos autos a respeito da interpretação e do alcance dos normativos acima. Como se verifica, a douta sentença da 2ª Vara de Falências e de Recuperações Judiciais entendeu que, com base em tais dispositivos, o pagamento das linhas de crédito obtidas no Exterior aos bancos credores de instituição nacional falida dependeria de que, por sua vez, os exportadores favorecidos com ACCs houvessem pago suas obrigações àquela instituição financeira.

Suponha-se, inicialmente, que as circulares do Banco Central do Brasil estivessem em pleno vigor: qual teria sido, no fundo, o seu papel? Tão-somente o de repetir princípio já existente no Decreto-lei 7.661/1945 no sentido de que, “quando diversos reclamantes houverem de ser satisfeitos em dinheiro e não existir dinheiro bastante para o pagamento integral, far-se-á rateio entre eles” (§ 3º do art. 78).

É de se notar por relevante, o fato de que as circulares em questão não se referem (e nem poderiam fazê-lo, por falta de competência legal correspondente ao Banco Central do Brasil) às questões atinentes a contratos de câmbio, performados ou não-performados. Portanto, a matéria tratada pelas circulares do Banco Central do

Brasil é distinta daquela objeto do § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965.

Entretanto, ainda que as circulares do Banco Central do Brasil tratassem da matéria do aludido § 4º (direito do Banco estrangeiro em decorrência do financiamento de ACCs), mesmo assim o disposto naqueles normativos não deveria prevalecer sobre a norma contida no parágrafo vertente.

Isto porque um ponto de substancial importância deve ser observado quanto aos normativos acima: *trata-se do fato de que as duas circulares acima citadas são anteriores à promulgação da Medida Provisória 1.331/1995, convertida na Lei 9.450/1997, quando se introduziu o § 4º ao art. 75 da Lei 4.728/1965.*

Assim sendo, é preciso verificar se, caso tivessem tratado da mesma matéria que o § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965, tais circulares teriam sido recepcionadas pelo mencionado § 4º (e, portanto, continuaram vigentes) ou se não o teriam, devendo neste último caso a matéria da restituição dos recursos fornecidos pelos Bancos estrangeiros aos Bancos nacionais ser regida inteiramente pelo mesmo § 4º e pelas normas às quais expressamente remete.

Como se recorda, as interferências recíprocas da lei no tempo são ainda regidas pelo Decreto-lei 4.667, de 4.9.1942, a conhecida Lei de Introdução do Código Civil/LICC. No que nos interessa precisamente, assim dispõem o *caput* do art. 2º e seus dois primeiros parágrafos, tão conhecidos mas aqui reproduzidos, para melhor reforço da argumentação:

“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

“§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.

“§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Conforme pode se verificar, a situação na qual se insere a questão em foco corresponderia à do § 1º, supra, na parte em que dispõe que a lei posterior revoga a anterior – no caso, as mencionadas circulares do Banco Central do Brasil, lei anterior: caso tratassem das mesmas matérias do § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965, teriam sido revogadas pelo novo § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965, porque este dispositivo teria regulado inteiramente a matéria que é o seu objeto.

Além disso, recorde-se que foi demonstrada acima a inconstitucionalidade da parte final do § 4º, no que dizia respeito às atribuições outorgadas à autoridade monetária para disciplinar esta matéria. Este aspecto não pode ser absolutamente omitido na análise vertente, já se havendo aqui destacado o preciso intuito do legislador na Medida Provisória 1.113/1995, de criar um mecanismo destinado a proteger os Bancos estrangeiros contra a quebra de Bancos nacionais devedores de linhas de crédito destinadas ao financiamento às exportações brasileiras por via de ACCs.

Assim sendo, as circulares em questão, ainda que dispusessem sobre a mesma matéria que o § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965, teriam sido revogadas, e suas disposições, por conseguinte, não mais regulamentariam a matéria de que teriam tratado.

Mas, ainda que assim não se entenda (ou seja, tais circulares diriam respeito à matéria sob exame e se encontravam em vigor), e trazendo o argumento a seguir tão-somente para argumentar, pode-se indagar se o Banco Central do Brasil teria competência legal para regular questões atinentes à falência de instituições financeiras, criando mecanismos próprios e afastando ou modificando, assim, a legislação falimentar em vigor.

A resposta seria afirmativa caso esta competência fosse originalmente própria

daquele órgão, segundo a lei que o criou, ou, ainda, caso se lhe houvesse sido atribuída expressamente *por meio de lei complementar*, dentro do regime da Constituição Federal de 1988. Mas absolutamente não é o que ocorreu. Nem a Lei 4.595/1964, criadora daquela autoridade monetária e instituidora de suas atribuições, nem lei complementar especial do Sistema Financeiro Nacional (que até hoje jamais foi promulgada) estabeleceram qualquer competência nesta área para aquela autarquia.

Desta forma, ao regular a forma da realização de pagamentos na falência de instituições financeiras, o Banco Central do Brasil extravasou o limite de sua competência, não se encontrando qualquer norma que o autorizasse a tanto seja na Lei 4.595/1964 (Lei do Sistema Financeiro Nacional), seja na Lei 6.024/1974 (que trata da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras).

Tenha-se em conta, a propósito, que a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas é regedora subsidiária da falência de instituições financeiras, nos termos do seu art. 197, que se remete, enquanto não modificada, à Lei 6.024/1974. Como, segundo afirmado no parágrafo anterior, esta lei não trata da falência de instituições financeiras, ela mesma no art. 34 remetia-se ao Decreto-lei 7.661/1945 na qualidade de norma subsidiária, tendo sido a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas recepcionada pela Lei 6.024/1974.

Nestes termos, conclui-se que falece ao Banco Central competência originária ou especial para legislar sobre a restituição falimentar, encontrando-se equivocada na douta sentença da 2ª Vara de Falências e de Recuperações Judiciais a fundamentação em tal sentido.

Desta maneira, não há qualquer ligação entre a concessão de crédito aos Bancos nacionais por Bancos estrangeiros no financiamento à exportação por via de ACCs e o direito dos segundos à restituição, exceto pelos pontos já apresentados no item 2.3, acima.

3. Resposta aos quesitos apresentados

Segue-se a apresentação dos quesitos trazidos pelos Bancos, com as respostas correspondentes

1. *Qual o tratamento conferido por lei ao crédito de Banco estrangeiro, na falência de Banco nacional, em relação aos recursos fornecidos de maneira vinculada por aquele para que o Banco nacional celebrasse com seus clientes exportadores contratos de adiantamento de câmbio?*

Trata-se de uma hipótese autônoma de restituição falimentar, correspondente a um tratamento diferenciado, fundado na proteção direta dos Bancos estrangeiros, que, assim, ficam protegidos diante da quebra do Banco nacional devedor. Seu caráter excepcional decorre dos aspectos teleológicos que orientam as operações em causa. Isto diz respeito à necessidade da garantia permanente do acesso do setor bancário nacional a linhas de crédito internacionais. Indiretamente protege-se também a permanente existência de fontes externas de moeda estrangeira em benefício da economia nacional.

Neste sentido, tem toda razão o Ministério Público do Estado de São Paulo quando, em cota nos autos do Processo 05.065208-5/80 (referente ao pedido de restituição formulado pelo LandesBank Dresden na Massa Falida do Banco Santos S/A), afirmou *que nenhuma vinculação existe entre o provedor de "funding" e a empresa beneficiária final da linha de crédito*. Em conclusão acertada, afirma que a lei pretendeu claramente beneficiar o financiador externo, como expressão de uma política governamental.

Seu fundamento legal está no § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965 decorrente da nova redação introduzida pela Lei 9.450/1997. Esta hipótese de restituição é completamente desvinculada da anteriormente já existente no Direito Brasileiro, referida no § 3º do mesmo dispositivo le-

gal; e, portanto, infensa aos seus condicionamentos.

2. *As normas legais impõem, como condição ao direito à restituição de referidas quantias na falência do Banco nacional, que o contrato de adiantamento de câmbio celebrado entre o Banco nacional e o exportador seja cumprido pelo exportador e liquidado pelo importador ou pelo próprio exportador? Há alguma disposição legal que exige que os recursos adiantados pelo Banco nacional sejam arrecadados para que o Banco estrangeiro tenha direito à restituição?*

Não, em ambos os casos. Para o Banco estrangeiro de forma alguma se coloca a questão da *performance* dos ACCs pelos exportadores junto ao Banco nacional. Deve-se entender que há algumas situações diversificadas nos §§ do art. 75 da Lei 4.728/1965. Entre elas a distinção verificada entre os §§ 3º e 4º. O primeiro diz respeito às relações do Banco nacional com seus clientes, e o outro àquelas concernentes aos Bancos estrangeiros diante do Banco nacional. Mas elas não se comunicam.

Desta forma, não há qualquer condição imposta ao Banco estrangeiro para que possa ter direito à restituição em tela, a não ser que, perante aquele, o Banco nacional haja declarado que o levantamento de tais recursos é destinado ao financiamento de exportações brasileiras.

Não existe qualquer exigência de arrecadação pelo síndico da falência (hoje, seu administrador judicial) de recursos pagos pelos exportadores aos Bancos nacionais para que a restituição prevista no § 4º do art. 75 da Lei 4.728/1965 tenha lugar.

3. *É possível afirmar que a mera entrega pelas instituições financeiras estrangeiras ao Banco Santos S/A dos valores destinados ao financiamento de adiantamentos a contratos de câmbio faz nascer o*

direito de restituição, independentemente de qualquer outra condição, inclusive a de efetivação do próprio adiantamento, desde que caracterizada a vinculação do numerário entregue aos adiantamentos a contratos de câmbio a serem celebrados (indicação dos exportadores que receberiam os recursos mutuados)?

Tal afirmação é inteiramente verdadeira. Conforme se verificou ao longo do estudo aqui feito, a lei exige tão-somente que haja uma *vinculação de intenções* entre os Bancos estrangeiros e os nacionais no sentido da aplicação dos recursos recebidos por estes em operações de financiamento à exportação.

Ou seja, reconhece-se, a partir do estudo acima efetuado, que as importâncias relativas às linhas de crédito externas recebidas pelos Bancos nacionais devem ser *direcionadas em confiança* para a concessão futura de ACCs pelos Bancos nacionais, conforme se depreende pela leitura conjunta dos §§ 4º e 2º do art. 75 da Lei 4.728/1965.

A respeito da afirmação destacada do parágrafo anterior, nunca se pode esquecer que não há qualquer estranheza em se conceder às instituições financeiras nacionais uma responsabilidade em confiança no sentido da destinação de recursos para o financiamento à exportação. Afinal de contas, a autorização para seu funcionamento condiciona-as ao atendimento da política outorgada ao Conselho Monetário Nacional quanto ao destino dos recursos de que elas fazem uso (Lei 4.728/1965, art. 3º, IV). O pano de fundo deste nível de responsabilidade das instituições financeiras é precisamente o art. 192, *caput*, da CF, onde está determinado que o Sistema Financeiro Nacional (do qual aquelas fazem parte integrante) foi estruturado para o fim de promover o desenvolvimento equilibrado do país e para servir aos interesses da coletividade.

De outro lado, a resposta à hipótese alternativa da segunda parte do quesito demanda algumas considerações, pela

sua peculiaridade. No caso, cuida-se do levantamento de uma linha internacional de crédito pelo Banco nacional, a qual declaradamente deverá ser dirigida para o financiamento a exportadores brasileiros relacionados na solicitação feita ao Exterior dos recursos correspondentes. Embora a operação tenha sido feita sob estas circunstâncias, os ACCs não vieram a ser celebrados, seja porque o Banco nacional desviou as importâncias correspondentes, seja porque “quebrou” antes de dar andamento às operações em tela.

Ainda neste caso, tendo em conta os aspectos teleológicos voltados para a proteção dos Bancos estrangeiros e para a garantia do modelo em causa, entendemos que a restituição seja devida. No primeiro caso porque ao Banco estrangeiro falecem as condições para fiscalizar o Banco nacional quanto ao destino dos recursos a este concedidos. Na segunda hipótese porque ocorreu tão-somente um fator temporal que impediu a prática daquelas operações.

Mesmo porque, conforme se tem visto durante toda a presente exposição, não há ligação entre um e outro dos dois pedaços da operação econômica, um no plano externo, outro no âmbito interno.

4. O Banco Central do Brasil tem competência para estabelecer condições restritivas ao direito material dos Bancos estrangeiros à restituição estabelecido nos arts. 86, II, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e 75, § 4º, da Lei de Mercado de Capitais?

O Banco Central do Brasil não tem a referida competência. A resposta neste sentido está centrada na análise sistemática das normas aplicáveis e – extremamente importante – na verificação da inconstitucionalidade das atribuições outorgadas ao Banco Central do Brasil pelo § 4º, *in fine*, do art. 75. Lembre-se que esta mudança foi feita pela Lei 9.450, de 14.3.1987, quando ainda se encontrava em vigor a redação

original do art. 192 da CF de 1988. Ali se previa o requisito essencial da promulgação de *uma lei complementar* reguladora do Sistema Financeiro Nacional. Entre os objetivos expressos da lei complementar mencionada encontravam-se, no inciso IV, os relacionados às atribuições do banco central (com minúsculas). Tal tema já foi versado em diversas oportunidades pela jurisprudência contemporânea do STF. Desta maneira, a parte final do referido § 4º é inconstitucional, por haver criado indevidamente nova atribuição para o Banco Central do Brasil.

5. A Circular 2.632/1995 do Banco Central do Brasil impõe alguma condição ao direito dos Bancos estrangeiros à restituição? A referida circular regula a questão em análise?

Não impõe. E, mesmo que assim tivesse ocorrido, faltaria ao Banco Central competência legal para dispor a respeito do instituto da restituição, matéria privativa de lei complementar, conforme visto acima.

Conforme examinado, o foco daquele normativo estava em esclarecer a hierarquia dos dispêndios a serem feitos pela massa falida, inclusive no caso das restituições objeto deste parecer, ou seja, um rateio entre beneficiados que estejam

colocados na mesma condição jurídica quando os recursos são insuficientes para a satisfação de todos.

Não há como deixar de reconhecer tratar-se de norma de natureza procedimental, e não de direito material.

6. Na hipótese de os recursos adiantados pelo Banco Santos não terem sido arrecadados ou, de alguma forma, recebidos ou recuperados pela massa falida, quais os recursos que deveriam ser utilizados para pagamento dos créditos dos Bancos estrangeiros passíveis de restituição?

Como se trata de restituição, devem ser utilizados quaisquer recursos encontrados em caixa e eventuais recursos originados da realização do ativo, tão-somente devendo ser preterido o direito dos credores estrangeiros ao pagamento dos créditos salariais trabalhistas de que já se falou, bem como das obrigações consideradas créditos extraconcursais, previstos no art. 84 da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.

É nossa opinião, s.m.j.

São Paulo, 9 de março de 2009.

* * *