

Parecer

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Cervejaria Petrópolis S.A. e Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda., por seu ilustre advogado, Dr. Fernando Jacob Netto, formulam-me consulta referente a questão de direito falimentar, relevante para a responsabilização do *Fundo Garantidor de Créditos* (“FGC”) pelo crédito decorrente de operação financeira na modalidade *Depósitos a Prazo com Garantia Especial* (“DPGE”), contratada com o *Banco BVA S.A.* (“BVA”).

1. Da consulta apresentada extrai-se:

Em 30.10.2009, a CERVEJARIA PETRÓPOLIS S.A. e a CERVEJARIA PETRÓPOLIS DO CENTRO OESTE LTDA. firmaram com o BANCO BVA S.A. contratos de aplicações financeiras na modalidade “Depósitos a Prazo com Garantia

Fábio Ulhoa Coelho

Titular de Direito Comercial da PUC-SP

Especial” (DPGE), títulos de renda fixa representativos de depósito a prazo, conforme previsto na Resolução 3.692/09 do Conselho Monetário Nacional (CMN), vigentes na época sob os números de ativo DPGE09000OZ e DPGE09000P1, cada um no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

O “Depósito a Prazo com Garantia Especial” (DPGE) foi criado pela Resolução CMN 3.692, vigente à época da realização do investimento das requerentes em 2009.

Por sua vez, a Resolução CMN nº 3.251/2004, que menciona as hipóteses em que haverá cobertura do “FGC”, estabelece, em seu artigo 2º que “o FGC tem por objeto prestar garantia de créditos contra as instituições associadas, referidas no art. 6º, nas hipóteses de [...] decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição associada”.

A Resolução nº 3.692/09 estabelece, em seu artigo 2º, que o total dos créditos garantidos pelo FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS – FGC no caso de DPGE’s será de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Portanto, o valor integral dos investimentos das requerentes estava coberto pela garantia especial, que evidentemente foi determinante para que as empresas escolhessem essa modalidade de investimento (DPGE).

Ocorre que os títulos das empresas CERVEJARIA PETRÓPOLIS S.A. e a CERVEJARIA PETRÓPOLIS DO CENTRO OESTE LTDA. venceram-se em 15.10.2012, e em 19.10.2012 – 4 (quatro) dias após – foi decretada a intervenção do BVA por meio do ATO-PRESIDENCIAL nº 1.238/2012.

Muito embora as empresas investidoras tenham sido diligentes ao solicitar, em 15.10.2012, a devolução do dinheiro investido no BVA, esta instituição financeira agiu de má-fé e “preendeu” o valor dos investimentos até o dia da intervenção.

Após a intervenção ocorrida no dia 19.10.2012, e diante da inércia do Banco BVA frente às solicitações da CERVEJARIA PETRÓPOLIS S.A e da CERVEJARIA PETRÓPOLIS DO CENTRO OESTE LTDA., as empresas enviaram requerimento ao FGC para pagamento dos valores integrais aplicados naquela Instituição, em razão da garantia dos títulos, até o limite previsto na normatização do Conselho Monetário Nacional.

Fábio Ulhoa Coelho

Titular de Direito Comercial da PUC-SP

No entanto, o FGC se negou a fazer tal pagamento, tendo em vista que garantia especial atrelada ao DPGE se venceu dias antes da intervenção, não estando mais registrada na escrituração do Banco BVA S.A ou da CETIP a partir do dia 15.10.2012.

Em 19.06.2013 foi instituído o Ato do Presidente do Banco Central do Brasil nº 1.251, nos termos da competência que lhe foi atribuída, decretando a liquidação extrajudicial do Banco BVA S.A., que se encontrava sob regime de intervenção desde 12.10.2012, indicando como “termo legal” da liquidação extrajudicial a data de 20.08.2012.

Desta forma, utilizando-se como parâmetro a data determinada pelo Presidente do Banco Central do Brasil (20.08.2012), autoridade competente para emanar determinações sobre o caso, ainda era vigente a garantia especial atrelada ao DPGE contratado pelas investidoras, devendo o FGC ser responsabilizado pelos valores devidos.

Diante disso, as empresas CERVEJARIA PETRÓPOLIS S.A. e a CERVEJARIA PETRÓPOLIS DO CENTRO OESTE LTDA. ajuizaram ação de anulação de ato jurídico cumulada com cobrança, em trâmite perante a 38ª Vara Cível da Comarca de São Paulo-SP sob o número 1061731-83.2014.8.26.0100, requerendo a declaração de responsabilidade do corréu Fundo Garantidor de Crédito (FGC) pela garantia das DPGE's das autoras desde o “termo da intervenção” do réu BVA (20.08.2012) e, por consequência, a sua condenação ao pagamento do valor total dos investimentos realizado pelas demandantes, qual seja, R\$ 10.953.926,15 (dez milhões, novecentos e cinquenta e três mil, novecentos e vinte e seis reais e quinze centavos), com a devida atualização.

Subsidiariamente, foi postulada a declaração de nulidade do ato jurídico que modificou unilateral e dolosamente a garantia das requerentes, de DPGE (garantido pelo FGC até R\$ 20.000.000,00) para CDB (garantido pelo FGC até R\$ 70.000,00), bem como a natureza do investimento das requerentes como DPGE tal qual contratado com o Banco BVA em liquidação e, conseqüentemente, a condenação do FGC, responsável solidário nos termos do CDC, ao ressarcimento do valor integral dos DPGE's, corrigidos até a data do respectivo pagamento.

O FGC apresentou contestação em 04.11.2014 alegando, em síntese, que os pedidos da ação são absolutamente infundados, não podendo de forma alguma prosperar, “não só pelo fato do FGC não ter qualquer responsabilidade com relação às modalidades de investimento

Fábio Ulhoa Coelho

Titular de Direito Comercial da PUC-SP

contratados pelas autoras com o corréu BVA, incluindo-se os valores investidos, as datas de resgate e modalidades de aplicações, como também em razão dos documentos por elas próprias apresentados demonstrarem, de forma inequívoca, que antes da decretação da intervenção da mencionada instituição financeira, ambas tinham ciência de que o vencimento de tais investimentos ocorreria em 15.10.12, além do fato de que tais valores, de acordo com as próprias autoras, seriam por elas utilizados para finalidade diversa (manutenção de fluxo de caixa)”.

O BVA apresentou sua defesa em 01.07.2015, e sustentou que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, e que a Massa Falida do BVA não tem responsabilidade pelos atos praticados pela antiga administração do banco.

2. As consulentes submetem-me os seguintes quesitos:
 1. O Fundo Garantidor de Crédito deve ser responsabilizado pelo pagamento dos investimentos feitos pelas empresas Cervejaria Petrópolis S.A. e Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda. em DPGE's, considerando-se, para tanto, a data do “termo legal” da liquidação do réu BVA (20.08.2012), e não a data da intervenção (19.10.2012)?
 2. A massa falida do BVA responde pelas obrigações do BVA, incluindo as decorrentes de atos dos administradores deste banco antes da decretação da intervenção judicial?
3. O Parecer está dividido em quatro seções, além desta introdução. A primeira diz respeito ao “termo legal da liquidação extrajudicial” e discute seus relevantes efeitos. Na segunda seção, examina-se a responsabilidade da massa falida pelos atos praticados pelo falido ou por seus

administradores. Consta da terceira seção a análise do caso objeto de Parecer e o questionamento da validade e eficácia da baixa dos investimentos na CETIP. Por fim, a quarta seção abriga as respostas aos quesitos propostos.

1. Termo legal da liquidação extrajudicial

4. O termo legal da liquidação extrajudicial, fixado pelo Banco Central no ato que a decreta (Lei n. 6.024/74, art. 15, § 2º), tem os mesmos efeitos que o termo legal da falência⁽¹⁾. Sendo parca, como lamentavelmente é, a literatura jurídica sobre os procedimentos de liquidação específicos das instituições financeiras, cabe examiná-lo à luz da doutrina produzida em torno do termo legal da falência, cujos ensinamentos são inteiramente aplicáveis.

5. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA diz sobre a importância do termo legal da falência:

A fixação deste termo [na sentença declaratória da falência] é tão importante como a própria declaração da falência. Trata-se de reconhecer a ocasião exata em que as dificuldades, ou o procedimento incorreto do devedor começaram a perturbar os seus negócios e a depositar nêles o germen da falência, influenciando diretamente nas relações dos credores entre si e também entre terceiros.⁽²⁾

¹ Cfr. RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 2, pg. 501.

² *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 3ª edição posta em dia por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, vol. VII, pg. 337.

6. A origem do instituto remonta ao direito estatutário italiano, assentado no brocardo *inter decoctum et esse proximum decoctioni in jure nulla adest differentia* (“entre o falido e o próximo a falir não há diferença jurídica”) ⁽³⁾.
7. A falência nunca é uma surpresa para o falido. A deterioração das condições econômicas e financeiras é um processo, que, mais ou menos célere, nunca se mostra abrupto. Por isso, às vésperas da falência, nenhum falido ignorava a aproximação da quebra. Por tal razão, os atos então praticados são *suspeitos* e devem ser investigados ⁽⁴⁾.
8. Mais que isto, os atos que o “próximo a falir” pratica *não* podem ser tratados do mesmo modo como se não houvesse a perspectiva de imediata quebra. Se, em geral, presume-se a boa-fé, durante o termo legal, a presunção é a oposta, a de que pode ter havido fraude ⁽⁵⁾.

³ MIRANDA VALVERDE, *Comentários à lei de falências*. 4ª edição. Atualizadores J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, pg. 180.

⁴ Ressalta RUBENS REQUIÃO: “[o] termo legal da falência, fixado na sentença pelo juiz, compreende um espaço de tempo imediatamente anterior à declaração da falência, no qual os atos do devedor são considerados suspeitos de fraude e, por isso, suscetíveis de investigação, podendo ser declarados ineficazes em relação à massa. A expressão usada por Carvalho de Mendonça – *período suspeito* – é de extrema felicidade. Dá a noção clara do bruxulear da plena capacidade do devedor e de seu ingresso num período cinzento, no qual, embora civilmente capaz, sofre uma *capitis diminutio*, estando inabilitado para dispor de seus bens, de locomover-se livremente e atos seus são suscetíveis de serem declarados ineficazes, sem outra indagação, se praticados dentro do termo legal da falência” (*Obra citada*, vol. 1, pg. 110).

⁵ Segundo SÉRGIO CAMPINHO: “[o termo legal] é um conceito eminentemente temporal, presumindo a lei que o estado de falência já havia por antecedência se manifestado. Daí determinar que retroaja para atingir determinados atos dentro do interregno. Parte a lei de uma presunção absoluta que aqueles atos por ela discriminados, uma vez positivados no termo legal, são, por si sós, prejudiciais aos credores, porquanto implementados pelo devedor quando já em total estado de desequilíbrio, pressionado pelos reflexos nocivos da sua crise econômico-financeira aguda. Já não tinha mais isenção na prática de certos atos, os quais se mostram, muitas vezes, discriminatórios e lesivos aos interesses dos credores” (*Falência e recuperação de empresa*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pg. 301).

9. A ineficácia perante os credores de certos atos praticados (pelo falido ou pela instituição financeira em liquidação extrajudicial) durante o termo legal é uma das consequências da fixação deste (pelo juiz ou pelo Banco Central). Talvez, a mais notável. Mas a relevância do termo legal não se resume à delimitação de umas tantas hipóteses de ineficácia objetiva, transcendendo este âmbito ⁽⁶⁾.

10. Ademais, em vista de seus fundamentos, o termo legal dá abrigo não somente aos interesses e direitos da comunhão de credores (massa falida) como também a credores individuais. Estes, no exercício de seus direitos perante coobrigados e garantidores, igualmente se amparam na equiparação jurídica entre o estado de falência e o que o antecede decorrente da fixação do termo legal.

11. Todos os atos praticados pela instituição financeira em liquidação extrajudicial durante o termo legal fixado pelo Banco Central estão sob suspeita, vale dizer, foram *presumivelmente* fraudulentos. Devem ser, por isso, criteriosamente investigados, para que as fraudes engendradas às vésperas

⁶ “O termo legal da falência é o período anterior à decretação da quebra, que serve de referência para a auditoria dos atos praticados pela sociedade falida. Como é fácil perceber, a falência não costuma surpreender os responsáveis pela empresa falida, já que normalmente a degradação da situação econômica, patrimonial e financeira é paulatina, e o sócio controlador e administradores antevêm o desfecho desastroso para o negócio. Nesse contexto, pode-se verificar a prática de atos que frustram os objetivos do antevisto processo falimentar. De qualquer forma, é necessário investigar se ocorreram irregularidades nas vésperas da declaração da falência, auditando-se os atos da sociedade falida. Para a realização dessa auditoria, é necessário adotar uma referência temporal que circunscreva os atos a serem investigados. É o juiz que deve, se possível, na própria sentença de quebra, estabelecer esse parâmetro investigativo, por meio da fixação do termo legal da falência. Esse termo tem importância também para a ineficácia perante a massa de alguns dos atos que frustram os objetivos do processo falimentar” (meu *Curso de direito comercial*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, vol. 3, pg. 279; grifo acrescido).

da quebra não se perpetuem em prejuízo dos que se relacionavam com a instituição financeira desconhecendo o seu real estado.

12. Em especial, deve-se presumir a fraude particularmente quando se trata de atos unilaterais de registros em contabilidade e em assentamentos das contas correntes bancárias. São tais atos praticados sem a necessidade de qualquer conduta ou atuação convergente por parte do correntista; mais que isto, são atos cuja prática o correntista não consegue minimamente impedir.

13. Se, durante o termo legal da liquidação, a instituição financeira desobedece despidoradamente ordem expressa do correntista e deixa de lhe entregar o dinheiro depositado, registrando unilateralmente movimentos bancários e investimentos contrários à inequívoca declaração do titular dos recursos, confirma-se a fraude que a lei, em razão do período suspeito, havia presumido.

14. Pela invalidade e ineficácia de tais atos responde a massa falida, na hipótese em que a liquidação extrajudicial se transforma em falência, como no caso do BVA.

15. Responde igualmente o FGC. O regulamento aplicável aos DPGE's prevê a responsabilidade do FGC em caso de intervenção, liquidação extrajudicial e falência da instituição financeira, servindo de referência temporal o termo legal da liquidação extrajudicial.

2. A massa falida como sucessora do falido

16. De início, convém afastar uma ambiguidade encerrada na expressão “massa falida”, para que o argumento possa se desenvolver com precisão. É assente na doutrina que “massa falida” pode significar tanto a comunhão dos interesses dos credores como o conjunto de bens arrecadados do patrimônio e posse do falido.

17. Quando a lei menciona, por exemplo, que as ações contra o falido terão prosseguimento com o administrador judicial representando a massa falida (Lei n. 11.101/05 – LF, art. 76, parágrafo único), usa a expressão no sentido de comunhão de interesses dos credores. Já ao prescrever que entra para a massa “o produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos” (LF, art. 108, § 3º), a lei se refere ao conjunto de bens arrecadados.

18. A superação da ambiguidade faz-se mediante a adjetivação do conceito. Assim, *massa falida subjetiva* (ou *passiva*) é a comunhão dos interesses dos credores, enquanto *massa falida objetiva* (ou *ativa*) é o conjunto de bens arrecadados no processo de falência.

19. A massa falida subjetiva classifica-se como um *sujeito de direito despersonalizado*⁽⁷⁾, enquanto a objetiva tem a natureza de *coisa*.

⁷ Como ensina FÁBIO KONDER COMPARATO: “O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece

20. Pois bem, a massa falida subjetiva tanto pode ser uma *extensão do falido* (sua continuação), como um *sujeito distinto do falido* (até mesmo titulando direitos perante este).

21. Na hipótese, já lembrada, de substituição do falido pela massa falida em todas as ações em que o primeiro é ou deve ser parte (LF, art. 76, parágrafo único), o ente despersonalizado atua como extensão do falido – é o “sucessor” deste. Já ao requerer a declaração de ineficácia de atos objetivamente prejudiciais à comunidade de credores (LF, art. 129), atua como sujeito de direito diferente do falido, inconfundível com este.

22. No primeiro caso, quando é *continuidade do falido*, a massa falida obviamente responde por todos os atos praticados por ele. É sucessora deste e suas obrigações não podem ser menores que as de quem está sucedendo. Somente no segundo caso, quando age *contra o falido*, não terá evidentemente as obrigações deste ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾.

direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los. E o direito comercial tem, nesse particular, importantes exemplos históricos, com a parceria marítima, as sociedades ditas irregulares ou a sociedade em conta de participação” (*Poder de controle da sociedade anônima*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1977, pág. 268).

⁸ Trata-se de lição assente na doutrina de direito falimentar. JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA dissertava a respeito do tema: “A massa dos credores, no exercício de sua actividade, funciona em dupla qualidade: a) como representante do fallido, subrogando-se nos direitos destes, ou b) como terceiro, exercendo direitos que lhe são próprios. Como representante do fallido, a massa o substitue em seus direitos, não por effeito da vontade d'elle mas por força da lei. É um representante *in omnibus et per omnia*. Dahi a conseqüência seguinte: o direito da massa mede-se pelo direito do fallido, ou, mais claramente: a massa não tem mais direitos do que o devedor que ella substitue. Este principio está de acordo com a Lei 175, Dig, de *regulis jûris*: ‘*non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus a quo jus in me transit*’” (*Obra citada*, pág. 378).

⁹ No mesmo sentido é o entendimento de OCTAVIO MENDES, que foi Catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “A comunhão de credores do fallido chama-se *massa fallida subjectiva*, porque é o sujeito dos direitos que competem á comunhão dos credores. A massa formada pela totalidade dos bens arrecadados chama-se *massa fallida objectiva*, porque é o objecto dos

23. Na síntese de RUBENS REQUIÃO:

Tendo em vista o processo de falência ser uma execução coletiva, sujeito ao princípio da par condicio creditorum, que proporciona tratamento igualitário a todos os credores da mesma categoria, devem todos eles concorrer ao juízo indivisível da falência, sejam comerciantes ou civis. São reunidos, em consequência, numa coletividade, conhecida como massa falida subjetiva. Como expõe o Prof. Octávio Mendes, é integrada pelos sujeitos dos direitos que compõem a comunhão dos credores, formada paralelamente à massa falida objetiva, que constitui o patrimônio do falido. Ensina ainda aquele jurista, que a massa subjetiva dos credores ‘oferece a particularidade curiosa, que ora é uma continuação da pessoa do falido, ora é considerada terceiro em relação ao falido, para ter direito de atacar certos atos deste, praticados em prejuízo da massa geral dos credores’.⁽¹⁰⁾

24. Como extensão do falido, sua sucessora, a massa falida responde pelas obrigações decorrentes de atos inválidos e ineficazes por ele praticados. Quando o falido é pessoa jurídica, evidentemente, quem praticou *materialmente* os atos foram os seus administradores. Deste modo, não há como

direitos que competem à massa falida subjetiva. A massa falida objetiva é sempre uma continuação do patrimônio do falido. A massa falida subjetiva oferece esta particularidade curiosa, que ora é uma continuação da pessoa do falido, ora é considerada *terceiro* em relação ao falido, para ter o direito de atacar certos atos deste, praticados em prejuízo da massa geral dos credores. Considerada como prolongamento da pessoa do falido, a massa subjetiva não tem mais nem menos direitos do que o falido. É apenas um subrogado deste, com os mesmos direitos e obrigações que cabiam ao seu antecessor” (*Falências e Concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930, pág. 133).

¹⁰ *Obra citada*, vol. 1, pág. 137.

deixar de reconhecer a plena responsabilidade da massa falida pelos atos dos administradores do falido.

25. É precisamente o caso objeto desse Parecer. Como se examina na próxima seção, administradores do BVA praticaram atos fraudulentos que resultaram na invalidade e ineficácia da baixa indevida do registro na CETIP dos DPGE's das consulentes. Não há como a massa falida do BVA pretender-se irresponsável por tais atos.

3. A baixa do registro na CETIP – inválida e ineficaz

26. Desde a Idade Média até recentemente, os títulos de crédito eram documentados em papel, no qual se lançavam as assinaturas do devedor e demais coobrigados. O papel (a cártula) ficava na posse do credor, que só o entregava ao devedor mediante o recebimento do pagamento, sendo esta “técnica” uma das garantias do adimplemento das obrigações documentadas no título. Se o título se encontrasse na posse do credor, é porque ainda não tinha sido pago.

27. O registro do crédito em papel (título de crédito) proporcionava esta situação de fato com muito bem delimitadas consequências jurídicas. Afinal, uma das cautelas do pagamento dos títulos de crédito consistia exatamente em o adimplente exigir que lhe fosse entregue a cártula juntamente com a quitação ⁽¹¹⁾. Como assim era, enquanto o título

¹¹ Tratando da “letra de câmbio”, em lição aplicável a todos os títulos, Rubens Requião destaca: “o sacado que pagou a letra pode exigir que ela lhe seja entregue, devidamente quitada. Como o portador, credor

ainda estivesse na posse do credor, o seu pagamento (“resgate”) não havia sido feito.

28. Quer dizer, *ad argumentandum*, se o crédito das consulentes perante o BVA tivesse sido documentado em títulos papelizados, certamente elas ainda os teriam em sua posse. Consequentemente, ninguém tentaria argumentar que teriam sido resgatados (pagos) no vencimento.

29. Em outros termos, na data da intervenção no BVA, quatro dias depois do vencimento, os títulos impagos ainda estariam na posse das consulentes. Em vista disto, o FGC não teria argumentos para tentar fugir à sua responsabilidade de garantidor, porque o BVA estava inadimplente quando da decretação da intervenção.

30. Mas, o fato é que o crédito das consulentes não foi documentado em papel, mas, sim, em meio eletrônico (no sistema CETIP).

31. Esta circunstância (ser eletrônico e não papelizado o registro do crédito) evidentemente não pode ter o alcance de reduzir os direitos das consulentes, tampouco o de desconstituir a garantia dada pelo FGC. Seria anacrônico e demasiado apego às formalidades estéreis.

cambiário, é obrigado a exibir a letra – documento necessário para o exercício do direito nela incorporado – o devedor deve recusar o pagamento, se o credor não a exibir e nela não passar a quitação. O devedor, dessa forma, tira a letra de circulação, se for o aceitante ou o sacador, impedindo que lhe seja novamente exigido o pagamento por terceiros de boa fé, em cujas mãos venha ela cair” (*Curso de direito comercial*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, 2º vol., pg. 358). No mesmo sentido, FERNANDO NETTO BOITEUX: “O obrigado que paga pode exigir que a letra de câmbio lhe seja entregue quitada (com declaração de recebimento no verso), podendo recusar o pagamento, se o portador se negar a exibir ou a quitar (Lei Uniforme, art. 39). A consequência dessa regra é que o obrigado que pagou tira a letra de câmbio de circulação” (*Títulos de crédito – em conformidade com o Novo Código Civil*. São Paulo: Dialética, 2002, pg. 95).

32. Ao pagamento mediante a entrega de quitação e do próprio título (do mundo dos papéis) corresponde a baixa no registro da CETIP (no mundo dos sistemas de informação).

33. Mas quando não está acompanhada do efetivo pagamento, a baixa no registro da CETIP do investimento é uma mentira! Trata-se, portanto, de ato inválido e ineficaz.

34. É fato que, quatro dias antes da intervenção, foi dada baixa dos DPGE's das consulentes *como se tivessem sido disponibilizados* os recursos correspondentes. A baixa foi dada *como se* as consulentes tivessem efetivamente recebido o seu pagamento, isto é, tivessem realmente assumido a livre disponibilidade dos recursos financeiros de sua titularidade.

35. A contabilidade do BVA e os assentamentos nas contas de depósito registram a disponibilização. Ela, contudo, não aconteceu porque também neles se registra novo investimento dos recursos de titularidade das consulentes, desta vez em CDB's. Este novo investimento foi feito *contra* a expressa determinação das consulentes, que haviam ordenado a transferência dos recursos para outra instituição financeira.

36. Estes atos *unilaterais* (escrituração da disponibilização e investimento em CDB's contra a vontade do investidor) são claramente fraudulentos e comprometem a validade e eficácia da baixa do registro na CETIP. Este se tornou inválido e ineficaz porque, em razão dos atos

unilaterais fraudulentos praticados pelo BVA, a baixa na CETIP passou a registrar um resgate inexistente, um pagamento que simplesmente não aconteceu.

37. Praticados às vésperas da intervenção, durante o termo legal da liquidação extrajudicial que a seguiria, foram meros comandos no teclado de um computador, aos quais não se pode reconhecer a validade e eficácia jurídica pretendida pelo FGC.

38. Não tendo havido válido resgate dos investimentos e efetiva disponibilização dos recursos correspondentes, o que aconteceu foram meras declarações unilaterais em registros eletrônicos (crédito em conta corrente e imediato novo investimento em CDB) desprovidas de qualquer eficácia jurídica, inclusive a de validar a baixa dos DPGE's na CETIP.

39. Recuperando o paralelo com o “mundo dos papéis”, a baixa no sistema eletrônico desacompanhado da efetiva disponibilização dos recursos corresponderia à situação em que o devedor do título, ao recebê-lo das mãos do credor no dia do vencimento, *rassgasse* o documento sem entregar nenhum dinheiro. Claro que não se poderia considerar pago o título, mesmo este não existindo mais.

40. O FGC continuou, portanto, a garantir os DPGE's das consulentes porque eles venceram e não foram pagos pelo BVA e este, logo em seguida, veio a ter sua intervenção decretada.

41. A inexistência de registro na CETIP dos DPGE's à data da intervenção não exclui a responsabilidade do FGC neste caso por ter sido a baixa inválida e ineficaz.

42. Em outros termos, em vista da inequívoca invalidade e ineficácia da baixa, deve-se considerar *para todos os efeitos jurídicos* que, na data da decretação da liquidação extrajudicial do BVA, o registro dos DPGE's na CETIP ainda permanecia em aberto. E, conseqüentemente, nos termos da regulamentação (Resolução CMN 3.251/04, art. 2º, I), o FGC tornou-se devedor da garantia em favor das consulentes.

4. Resposta aos quesitos

43. Assentadas as premissas acima, pode-se responder aos quesitos propostos pelas consulentes de modo sucinto e objetivo.

1. O Fundo Garantidor de Crédito deve ser responsabilizado pelo pagamento dos investimentos feitos pelas empresas Cervejaria Petrópolis S.A. e Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda. em DPGE's, considerando-se, para tanto, a data do "termo legal" da liquidação do réu BVA (20.08.2012), e não a data da intervenção (19.10.2012)?

44. Sim. O FGC é responsável pelo pagamento dos investimentos feitos pelas consulentes, porque se deve considerar o termo legal da liquidação

extrajudicial e não a data da intervenção, na aplicação da regulamentação administrativa da garantia.

45. Entre o estado “regular” e o de “falência”, interpõe-se um intermediário, em que o devedor já sabe que, em razão da deterioração de sua situação econômico-financeira, ele não conseguirá cumprir todas as suas obrigações.

46. Neste estado intermediário entre a “regularidade” e a “falência”, desconstitui-se a presunção geral de boa-fé. Ao contrário, a lei presume exatamente o oposto, vale dizer, a má-fé do devedor premido pelas circunstâncias adversas.

47. O termo legal da liquidação extrajudicial delimita este período, que antecede as providências do Banco Central (no caso presente, a intervenção), em que a presunção jurídica é a da má-fé.

48. Não são necessárias maiores digressões para perceber-se que a presunção legal foi confirmada no presente caso.

49. O BVA, no período abrangido pelo termo legal, praticou atos unilaterais que registravam, na contabilidade e nos assentamentos das contas bancárias, a disponibilização de recursos em favor das consulentes e o imediato novo investimento destes em CDB's.

50. Estes movimentos bancários simplesmente não existiram. Em nenhum momento, ficaram os recursos realmente disponíveis às consulentes. Comprova a indisponibilidade até mesmo a despudorada desobediência às ordens expressas de transferência de tais recursos para outra instituição financeira.

51. Deste modo, na data da intervenção do BVA, o pagamento do devido por esta instituição financeira em razão dos DPGE's simplesmente não havia sido realizado. As *formalidades* realizadas (baixa na CETIP, contabilização, lançamentos em contas correntes e novo investimento) devem ser desconsideradas, diante da *essência* dos fatos, que é a absoluta falta de disponibilidade, por parte das consulentes, dos recursos de sua titularidade.

52. Sem disponibilidade dos recursos pelas consulentes, não houve pagamento dos DPGE's.

53. E o inadimplemento dos DPGE's perdurou pelos quatro dias seguintes, quando foi decretada a intervenção no BVA.

54. A baixa na CETIP dos DPGE's é ato inválido e ineficaz, exatamente por não corresponder a nenhum efetivo pagamento, nenhum resgate, nenhuma disponibilização efetiva das consulentes sobre os recursos de sua titularidade.

55. Para todos os efeitos jurídicos, em suma, na data da intervenção do BVA, deve-se considerar totalmente inadimplidos os DPGE's garantidos pelo FGC.

56. Como os atos praticados pelo BVA para *simular* o pagamento dos DPGE's, bem como *simular* o novo investimento, ocorreram no termo legal, FGC não pode se recusar a fazer boa a garantia a que está obrigado.

2. A massa falida do BVA responde pelas obrigações do BVA, incluindo as decorrentes de atos dos administradores deste banco antes da decretação da intervenção judicial?

57. Sim. A massa falida do BVA não pode pretender-se irresponsável pelos atos fraudulentos praticados pelos administradores do BVA durante o período suspeito.

58. Conforme elucidado na seção segunda do Parecer, a massa falida subjetiva, quando demandada por terceiros, é sucessora do falido, tendo os mesmos direitos, obrigações, deveres e responsabilidades deste.

59. Deste modo, pelas fraudes perpetradas pelos administradores do BVA, às vésperas da intervenção, com o objetivo de *simular* um pagamento (resgate de investimento) que não existiu, responde a massa falida, na qualidade de sucessora.

Fábio Ulhoa Coelho

Titular de Direito Comercial da PUC-SP

60. A massa falida do BVA, portanto, é parte legítima para ser demandada pelas consulentes, na ação proposta contra ela e o FGC (38ª Vara Cível de São Paulo, processo 1061731-83.2014.8.26.0100).

São Paulo, 25 de setembro de 2015

Fábio Ulhoa Coelho