



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



01551215

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRADO DE INSTRUMENTO nº 506.509-4/7-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante BANCO SANTOS S. A. (FALIDA). sendo agravada COMPANHIA ALBERTINA MERCANTIL E INDUSTRIAL.:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente), ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 19 de dezembro de 2007.

JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1

Agravo de Instrumento nº 506.509.4/7-00

Agravante : Banco Santos S.A. (falido)

Agravada : Companhia Albertina Mercantil e Industrial

Comarca : São Paulo (2ª Vara de Falências – Proc. 65.208/05-166)

VOTO Nº 9.182

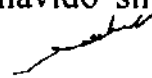
Agravo de instrumento – Falência – Impugnação de crédito – Contrato de operação flexível.

Razoável, à vista do disposto no art. 103, caput e seu parágrafo único da NLF, o diferimento do recolhimento da taxa judiciária pelo falido agravante - Sabido que a intervenção extrajudicial no Banco Santos S.A. foi decretada em 12 de novembro de 2004, só pode ter sido de má-fé a realização, em 27 de setembro de 2004, de uma operação na qual o próprio banco, que diz ter agido em nome de seu correntista, figura como contraparte, em operação de opções flexíveis com barreira dificilmente alcançável.

Agravo improvido.

Vistos.

Agravo de instrumento contra a r. decisão trasladada a fls. 427/431, proferida nos autos de falência, na qual foi acolhida impugnação ao crédito da agravada, uma vez que “a aplicação financeira realizada entre a Reqte. e o falido encobria, em verdade, uma operação de renda fixa”. Argúi não ter havido simulação no negócio



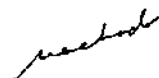
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

jurídico efetuado. Alega, ainda, que, mesmo se simulação houvesse, essa não pode ser invocada por um dos simuladores, principalmente perante terceiro de boa-fé, assim considerada, no caso, a massa falida. Vieram contraminuta da agravada, pelo improvimento do recurso; manifestação da massa falida de estar impedida de contrariar o resultado buscado pelo agravante, uma vez que também agravou de instrumento da decisão ora impugnada para o fim de que seja excluída da execução concursal crédito que teria origem em contrato de opção flexível de compra sobre Ibovespa; e parecer da douta Promotora de Justiça designa em segunda instância Juang Yuh Yu, no sentido de que seja reformada a r. decisão, determinando-se aguardar a solução nos processos referidos pela agravada “ou, em contrário, diante da precariedade de elementos, negar a impugnação ofertada pela Cia. Albertina que deverá se valer das vias adequadas primeiro a comprovar o alegado, conferindo-se provimento ao presente agravo neste sentido” (fl. 473).

É o relatório.

Tem razão o agravante quando raciocina com as disposições do art. 103, *caput*, e de seu parágrafo único, da NLF, para justificar a interposição do recurso sem prévio preparo. Se não tem o direito de administrar os seus bens ou dele dispor, mas pode “requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis”, é razoável que seja beneficiado com o diferimento do recolhimento da taxa judiciária correspondente à medida processual adotada. De aplicar-se, por interpretação analógica, o disposto no art. 5º da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Em sua manifestação, a douta Promotora de Justiça oficiante pugna pela reforma da r. decisão agravada a fim de que a impugnação de crédito fique suspensa, à espera do julgamento de ação cautelar e ação ordinária movidas pela agravada contra a massa falida. No entanto, quando em curso duas ações em que haja possibilidade de julgamento conjunto por força da conexão, esta deixa de existir se advém o julgamento em uma delas (Súmula 235 do STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”). Além disso, tanto a ação cautelar como a ação ordinária (ver cópia das iniciais a fls. 80/115) referidas pela ilustre Promotora de Justiça não terão prejuízo com a solução, desde logo, do alegado crédito da agravada perante a massa falida: na ação cautelar, a autora postula suspensão da exigibilidade de suposta dívida dela para com a massa, bem como suspensão de sanções pelo Banco Central do Brasil; na ação ordinária, postula declaração de não ter se aperfeiçoado o adiantamento sobre o contrato de câmbio entre as partes, com declaração de nada dever ao réu - , bem como, sucessivamente, se não atendido o pedido principal, cancelamento do contrato de câmbio entre as partes, e reconhecimento de que é credora do réu, “seja pelos valores que a Ré aplicou em Certificado de Depósito Bancário, seja pelos valores que, irregularmente, foram aplicados em Operações Flexíveis com Índice Bovespa”, e ainda que, “com relação a este último”, seja “expressamente reconhecido que o mesmo é um empréstimo que tem como contraparte a própria Ré” (fl. 115, último parágrafo); também pleiteia compensação de créditos e débitos. Como se vê, apenas em parte ambas as ações se sobrepõem, mas sem que o exame feito pela r. decisão agravada prejudique o desfecho da ação ordinária ou da ação cautelar (pelo contrário, a definição da existência ou não do crédito da agravada perante a massa falida só pode



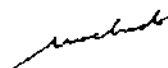
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

colaborar na solução daquelas outras duas ações, das quais as partes não trouxeram notícia de julgamento).

Tampouco impede ser apreciada a impugnação à relação de credores oposta pela agravada o fato de ter sido indeferida divergência por ela apresentada anteriormente (ver fl. 267). Tenha-se em conta a lição de Fábio Ulhoa Coelho: “Aquele credor que suscitara divergência e constata, ao checar a relação republicada, que seu ponto de vista não foi acolhido, deve apresentar a impugnação. É este o instrumento processual adequado para aduzir judicialmente a pretensão de ingressar no quadro de credores ou ver o valor do crédito ou sua classificação alterados. Como a divergência suscitada perante o administrador judicial não teve acolhida, o assunto é, pela impugnação, submetido ao juiz” (*Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* – 2ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 45).

Por fim, em relação às objeções levantadas pela douta Promotora de Justiça oficiante, não há nenhuma dúvida, nem entre as partes, incluídos o falido e a massa falida, de que o valor da aplicação feita em mercado de futuros seja o acolhido pela r. decisão agravada (a elevação da quantia de R\$1.453.000,00 para R\$1.716.994,17 justifica-se pela atualização monetária até a data da decretação da falência, 20 de setembro de 2005; ver fls. 31, 32 e 39: a r. decisão agravada não deixa dúvidas ao determinar “a inclusão, no rol de credores quirografários, a favor da Reqte., além do que já constou, do valor de R\$1.716.994,17, vigente à data da decretação da falência”). De notar-se que o Comitê de Credores, em suas manifestações copiadas a fls. 280/282 e 346/347, embora contrário à pretensão da impugnante, nada argúi quanto ao valor do crédito decorrente de aplicação no mercado de futuros, cuja inclusão foi pleiteada. O Promotor de Justiça em primeiro

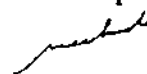


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

grau, Alberto Camiña Moreira, em parecer emprestado de impugnação de crédito oposta por outra suposta credora, mas versando questão semelhante à versada nestes autos, após ter afirmado haver “divórcio entre a realidade e a documentação forjada para conferir aos investidores a rentabilidade do CDI” (fl. 389, antepenúltimo parágrafo), manifestou-se pela procedência da impugnação: “Na espécie, o comportamento do banco falido deu ao negócio entre as partes a configuração de aplicação em renda fixa. Essa regra jurídica formada entre as partes deve prevalecer agora na falência, embora o falido, o Administrador e o Comitê, no afã de diminuir o passivo da falência, procurem afastar tais credores legítimos” (fl. 391, último parágrafo), pois, “toda a documentação amealhada no interior da instituição financeira falida demonstra, satisfatoriamente, a captação de recursos para remuneração segundo a variação do CDI” (fl. 392, primeiro parágrafo). Arremata: “No estágio pré-capitalista de nossa sociedade, a cláusula de boa-fé objetiva é um oásis: quando o banco falido ofereceu, prometeu renda fixa segundo a variação do CDI, vinculou-se à oferta e criou a legítima expectativa no aplicador de receber tal e qual remuneração. Na falência, continua vigorando tal pacto, como não poderia deixar de ser” (fl. 393, segundo parágrafo).

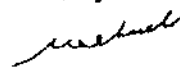
Em resposta, datada de 6 de setembro de 2006, a carta encaminhada pelo administrador judicial à Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo, explicou o seu Diretor Geral, Edemir Pinto, como funcionam as operações de opções flexíveis (fls. 366/369). Dentre outros esclarecimentos, observa: (1) “Opções flexíveis são as opções negociadas no mercado de balcão, registradas em sistemas autorizados pelo Banco Central do Brasil nos termos da Resolução CMN 2.873/00. A denominação de tais operações decorre do fato de que, ao contrário do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

que acontece com as opções negociadas em bolsa, os termos dos contratos não são padronizados. Trata-se de operações destinadas a atender necessidades específicas, nas quais as partes têm maior liberdade para definir data de vencimento, preço de exercício e outras disposições”. (2) “Dentre as cláusulas que podem ser inseridas em tais opções, estão as chamadas ‘barreiras’, que são preços ou taxas que funcionam como ‘gatilhos’ para aquisição ou perda de direitos.” (3) Tipos de barreira: *knock in*: “a opção só poderá ser exercida se o preço à vista do ativo subjacente alcançar o preço de barreira”; será *knock-in-and-up*: “o direito de exercer a opção surge se o preço à vista do ativo se iguala a tal preço ou o ultrapassa, em qualquer momento entre a data de registro da operação e a data do vencimento da opção”; ou será *knock-in-and-down*: o direito de exercício da opção “passa a existir se, em algum momento, o preço à vista do ativo se iguala ao preço da barreira ou cai abaixo deste”; *knock-out*: “o direito ao exercício deixa de existir se o preço de barreira é atingido ou ultrapassado”; será *knock-up-and-out* se o direito de exercício “deixa de existir se o preço à vista do ativo subjacente atinge ou ultrapassa o preço de barreira”; ou será *knock-down-and-out* se o direito de exercício da opção “deixa de existir se o preço à vista do ativo subjacente atinge ou cai abaixo do preço de barreira” (fl. 366); (3) “A rigor, os mercados de derivativos não têm como função principal a captação ou aplicação de recursos, mas sim a contratação de *hedge*, ou seja, a busca de proteção contra as oscilações de determinados preços e taxas. Não obstante, as operações de arbitragem de taxas implicam a captação ou a aplicação de recursos – operações de *box* no mercado de opções, por exemplo – e não só podem ser realizadas como são importantes para o funcionamento do mercado”; (4) “Entretanto, por vezes, as partes buscam, por meio de outras



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

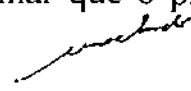
7

estratégias, alcançar resultados equivalentes aos de uma operação de renda fixa. Por exemplo, a venda de uma opção de compra, com barreira do tipo *knock-in-and-up* com características especiais: preço de barreira muito difícil de ser atingido e ‘prêmio de rebate’ (valor a ser devolvido caso não se atinja a barreira) igual ao prêmio original acrescido de correção a uma taxa de juro específica. A opção provavelmente não será acionada e, com isso, haverá o pagamento do prêmio de rebate previamente negociado, produzindo resultado igual à renda fixa” (fls. 367/368); (5) “Se, em uma opção com barreira do tipo *knock-in-and-up*, o preço de barreira não for atingido, a opção não será acionada. Dessa maneira, inexistirão direitos para o comprador da opção no que diz respeito ao seu exercício. O direito do comprador resumir-se-á ao prêmio de rebate, se este tiver sido negociado” (fl. 369).

O falido, ora agravante, assim descreve, segundo sua versão, o negócio havido entre as partes:

“O vendedor da opção (no caso, o Banco falido), que toma o risco da variação de cotações, recebe por isso uma remuneração adrede estipulada, denominada *prêmio*. Naturalmente, o comprador da opção (no caso destes autos, o recorrido) só a exercerá se o preço previsto na opção estiver vantajoso no dia de vencimento – assim, se alguém tem uma opção de compra de dólar a R\$2,00 e ele está cotado, na data do exercício, a R\$2,20, a opção será exercida.

No caso concreto, a agravada se vinculou, na opção, ao índice da Bolsa de São Paulo – BOVESPA, e esse índice não atingiu o patamar estabelecido, razão pela qual a recorrida perdeu o prêmio que pagou pela opção. Simples como isso: fez uma aposta errada (e os derivativos têm muito de jogo, *jogo financeiro* com índices e ativos a termo), e perdeu, não podendo agora reclamar que o prêmio pago (a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

aposta) seja inscrita no quadro geral de credores” (fl. 8, primeiro e segundo parágrafos).

Segundo a r.decisão agravada, “a aplicação financeira realizada entre a Reqte. e o falido encobria, em verdade, uma operação de renda fixa, com taxas extremamente atraentes – principalmente porque não recolhia os impostos exigidos por lei federal (IR e CPMF)”. Para isso, “realizava-se uma operação a termo, com índice Bovespa que muito dificilmente seria atingido, para burlar a legislação e, não há negar, dada à evidência, ambas as partes agiram maliciosamente para a obtenção deste desiderato”. Por isso, “a situação narrada caracterizou, em verdade, simulação, fulminada de nulidade pelo art. 167 do Código Civil, mas o reconhecimento puro e simples disto implicaria inegavelmente em enriquecimento ilícito da massa falida, em detrimento da aplicadora de recursos, ora Reqte.”

O douto Promotor de Justiça Marco Antonio Marcondes Pereira, designado para atuar neste grau de jurisdição, nos autos do Agravo de Instrumento nº 512.347.4/6, vê a questão por outro prisma: “Bem se verifica que, de duas situações uma, ou o falido BANCO SANTOS S.A. passou a adotar a oferta de *opções de compra* no mercado, sem a cláusula de *prêmio de rebate* na operação com barreira do tipo *knock-in-and-up*, omitindo sua situação econômica dos contratantes, ou prometeu a recompra, sem revelar sua insolvência” (fl. 100, primeiro parágrafo dos autos referidos), de tal modo que sua ação se enquadra na hipótese prevista no art. 147 do CC de 2002, pois “competia ao falido o dever de informar sobre suas condições ou, no mínimo, sobre a necessidade de embutir no *Contrato de Opção Flexível de Compra sobre Ibovespa* a cláusula *prêmio de rebate* para assegurar o investidor, na hipótese de não ser atingida a barreira, situação previsível dado o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

negócio ter sido utilizado para captação de recursos no mercado, com vantagem equivalente ao investimento em renda fixa” (fl. 100, último parágrafo, dos autos referidos). Não tendo assim agido o falido, segundo está dito no segundo parágrafo de fl. 101, dos autos referidos “violou a cláusula geral de boa-fé contratual, agasalhada pelo Código de Defesa do Consumidor muito antes da disposição do artigo 422 do Código Civil, merecendo realce o fato de o diploma consumerista gozar do *caráter de norma pública* (REsp nº 292.942/MG – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJ 07.05.2001)”, disso decorrendo que “o negócio entabulado – *Contrato de Opção Flexível de Compra sobre Ibovespa* – é passível do reconhecimento da prática de dolo pelo falido”, de tal arte que “a impugnação apresentada pela parte agravada (*leia-se: agravante nos autos apensos*), sob o manto de nulidade ou omissão do falido que a induziu a negócio diverso do pretendido, pode ser considerada como pleito de anulação”. Prossegue: “Anulado o contrato, subsiste como obrigação regular do falido a devolução do valor recebido por conta do contrato aleatório, violado por seu dolo, competindo à Massa Falida, assim receber como quirografário o crédito a ser devolvido pelo falido, pois da mesma forma que ela, é o agravado(a) – *leia-se. a agravante nos autos apensos* – ente qualificado pela boa-fé” (ver fl. 101 dos autos referidos).

Em que pese o brilhantismo das razões de decidir expostas na r. decisão agravada, as quais encontrariam respaldo adicional no disposto no art. 167, *caput*, do CC de 2002, penso estar em maior conformidade com a realidade dos fatos a interpretação do negócio dada pelo douto Promotor de Justiça oficiante no agravo supra mencionado. Sabido que a intervenção extrajudicial no Banco Santos S.A. foi decretada em 12 de novembro de 2004, só pode ter sido de má-

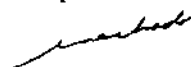


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10

fê a realização de uma operação na qual o próprio banco, que diz ter agido em nome de seu correntista, figura como contraparte, em operação de opções flexíveis com barreira dificilmente alcançável (na resposta a pedido de informações do administrador judicial, com dados da situação sob exame, o Diretor Geral da BM&F, Edemir Pinto, esclarece: “a probabilidade de exercício de opções registradas sob tais condições, considerando prazos de até um ano e as barreiras acima referidas, era muito baixa”; ver fl. 369), com data de início em 27 de setembro de 2004 (menos de dois meses da intervenção) e termo final em 30 de setembro de 2005 (fl. 290). Além disso, embora o contrato de abertura de conta corrente tenha previsto, na sua cláusula 17, estar o banco autorizado por seu correntista a efetivar operações de investimento por instruções transmitidas por telefone, fax e internet (fl. 308), cabia ao falido demonstrar ter recebido tal autorização, do que não se tem notícia nos autos.

Como está dito no art. 497, *caput*, I, do CC de 2002, “sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública”, pelos administradores, “os bens confiados à sua guarda ou administração” (de modo nenhum pode-se ver na cláusula 17 do contrato de abertura de conta corrente, cujas cláusulas estão copiadas à fl. 67, mandato com cláusula “em causa própria”, previsto no art. 685 do CC). Já o art. 662, *caput*, do CC prescreve a ineficácia dos atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, em “relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este o ratificar”. Não haja dúvida: “O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante não lhe ratificar os atos” (art. 665 do CC). Tenha-se em conta que o gestor responde até mesmo pelo caso

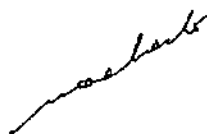


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

fortuito “quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus” (art. 686, *caput*, do CC).

Por conseguinte, embora por outros fundamentos que não os acolhidos na r. decisão agravada, nego provimento ao agravo.



LINO MACHADO
RELATOR