

A vulnerabilidade dos bens brasileiros no Exterior

É a seguinte a íntegra do documento preparado pelo Banco Central e entregue ao presidente da República para orientá-lo sobre possíveis represálias à moratória brasileira:

DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA HIPÓTESE DE INTERRUÇÃO DO PAGAMENTO DO PRINCIPAL E DOS JUROS — EXTENSÃO DA VULNERABILIDADE DOS BENS BRASILEIROS NO EXTERIOR — MEIOS DE SE ELIMINAR OU REDUZIR ESSA VULNERABILIDADE.

Senhor Presidente,

ASSUNTO

No contexto de situação (I) em que seja adotada decisão "política" de interrupção dos pagamentos, contratualmente previstos, do principal e dos juros da dívida externa brasileira, ou (II) em que se afigure impossível ao Brasil honrar aludidos compromissos e não haja, por qualquer motivo, acordo com os credores para seu refinanciamento ou reescalonamento, e da qual decorram, por parte dos bancos estrangeiros, como meio de satisfação de seus créditos, atitudes tendentes à apropriação de ativos brasileiros localizados no Exterior, pede-se v. exa. dizer, à luz dos instrumentos contratuais existentes, da extensão da vulnerabilidade dos referidos ativos a tais procedimentos e das medidas que possam ser tomadas pelo governo brasileiro para reduzir ou eliminar essa vulnerabilidade.

APRECIACÃO

2. Em regra, qualificam os bens e regulam as relações a eles concernentes às leis do país em que estiverem situados — princípio da Lex Rei Sitee, expressamente adotado pelo direito brasileiro — Lei de Introdução ao Código Civil, art. 8., caput.

3. Elemento preliminar belizador da análise que se requer será, pois, saber do local da situação dos chamados ativos brasileiros.

4. O segundo fator a ser levado em consideração tem a ver com a pessoa, pública ou privada, que detém a propriedade de tais bens (ou em cujo nome são eles mantidos no Exterior) e que deve, naturalmente, estar contratualmente vinculada ao cumprimento das mencionadas obrigações.

5. O Brasil tem adotado, a propósito, como método de reescalonamento de suas obrigações de transferências financeiras para o Exterior, o sistema "serial pick up deposit", pelo qual as obrigações originais passam à responsabilidade do Banco Central do Brasil (como principal devedor, no caso dos bancos) e da República Federativa do Brasil (como garantidora, no caso dos bancos, e como principal devedora, no caso do "Clube de Paris"), a partir do seu pagamento, em moeda local, pelo devedor original, junto à rede bancária autorizada a operar em câmbio, e concomitante depósito, pelo valor equivalente em moeda estrangeira, em nome dos respectivos credores, junto ao Banco Central do Brasil.

6. Merecem enfoque, pois, os valores mantidos em nome do Banco Central do Brasil no Exterior, aí incluídas as reservas internacionais do país, das quais é, por força da lei, depositário (Lei n.º 4.595/64, art. 10, VII), os bens em nome da República Federativa do Brasil e das entidades de sua administração indireta, sobretudo quando suas obrigações se ligam por cláusulas de "cross default" (BB, BNCC, BNDES, CVRD e Petrobrás — DFA de 84, 6.01. "e"), bem assim os ativos das agências de bancos brasileiros no Exterior, agências que têm, como parcela de seu passivo, depósitos mantidos por bancos estrangeiros por força de expresse compromisso com o governo brasileiro ("Interbank Commitment Letter").

7. Pois bem. Na hipótese de interrupção dos pagamentos, contratualmente ajustados, do principal e do "serviço" da dívida externa brasileira, quer por decisão "política" do governo brasileiro, quer pela insuportabilidade das reservas disponíveis, teríamos como caracterizada situação de "default" (inadimplemento) da(s) parte(s) brasileira(s) situada(s) no pólo passivo das respectivas obrigações. O "default" acarretaria o vencimento antecipado ("acceleration") das obrigações vencidas, seja as constantes do mesmo instrumento contratual, seja as dos demais contratos eventualmente ligados por cláusula de "cross default". O vencimento antecipado dessas obrigações torná-las-ia de imediato exigíveis, em sua totalidade, o que possibilitaria aos bancos adotar medidas, judiciais ou não, objetivando o recebimento de seus créditos, inclusive via apropriação de ativos brasileiros localizados no Exterior ou no Brasil.

No caso de ativos localizados no Brasil o seguinte quadro, desde já, pode ser delineado:

1. — eventual decisão condenatória, judicial ou arbitral, proferida no Exterior, necessitaria, para ser executada no Brasil, de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei brasileira (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 15 e 17);

2. — se devedora pessoa pública: pela lei brasileira os bens públicos são inalienáveis (Cod. Civil, art. 67). Da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade e, como consequência, a impossibilidade de tais bens serem objeto de medidas constritivas em execução forçada;

3. — nessa hipótese, ainda que teoricamente possível a utilização do procedimento do precatório ("Constituição Federal, art. 117"), sendo a pretensão reclamada o pagamento de dívidas em moedas estrangeiras e não tendo a autoridade brasileira meios de converter, eficazmente, para fins de sua transferência para o Exterior, valores em cruzados para valores em moedas estrangeiras, e não existência de reservas disponíveis suficientes em tais moedas significará, no caso, a absoluta impossibilidade material de satisfação da pretensão reclamada;

4. — se devedora pessoa privada: a necessidade de pagamento da obrigação na moeda local ("cruzados") e, se for o caso, de realização, no Brasil, de bem eventualmente arremastado (salvo a hipótese de adjudicação), significará, não havendo reservas em moeda estrangeira no montante da pretensão reclamada, a mesma impossibilidade acima descrita.

9. No caso de ativos localizados no Exterior, conforme já observado, a extensão de vulnerabilidade de tais bens dependerá do tratamento que lhes seja dispensado pela lei aplicável, a lei do local da situação do bem, tratamento que, por isso mesmo, pode variar de país para país e mesmo no interior de um só país. Tendo em vista governar a maioria dos contratos internacionais de que o Brasil participa e incidir sobre parcela preponderante dos ativos brasileiros localizados no Exterior, toma-se por base no presente estudo a lei de Nova York, que nos pontos a seguir enfocados guarda estreita similitude com as leis dos demais estados americanos (cf. Arnold & Porter, memorandum on "Possible Measures to Protect Assets from Creditors", July 15, 1985).

10. Abstraida a hipótese de decisão judicial ou arbitral condenatória definitiva — que presuppõe procedimentos em cujo curso o Brasil teria oportunidade de produzir suas razões e defesa —, de uma maneira geral pode-se dizer que três tipos de medidas expropriatórias imediatas estariam sujeitos os bens brasileiros: (I) setoff, (II) banker's lien e (III) prejudgment attachments.

SETOFF

11. O direito de compensar créditos com débitos até o montante em que se igualmente existe, com algumas variantes, em praticamente todos os sistemas jurídicos conhecidos. É um procedimento não judicial e pode ser efetuado automaticamente, sem notificação prévia ao devedor. Os dois requisitos que se exigem são (I) o vencimento ("maturity") da obrigação e (II) a condição de devedoras/credoras recíprocas ("mutuality") das partes.

12. Independentemente, assim, de qualquer previsão contratual, há a possibilidade de compensação de depósitos mantidos em nome do Banco Central do Brasil junto a bancos que ostentem a qualidade de credores em contratos onde venha a se configurar "default" desta Autarquia, quer diretamente quer por vencimento antecipado ("acceleration"), ocasionado por inadimplemento em outros contratos ligados por cláusulas de "cross default".

13. Três medidas, teoricamente, poderia adotar o Banco Central do Brasil para, afastando o requisito da "mutuality", reduzir os riscos de "setoff" de seus depósitos no Exterior.

1. — transferi-los para bancos centrais de outros países (US Federal Reserv Banks, Bank for International Settlements, na Suíça etc), onde só não estariam a salvo de compensação se também tais entidades forem suas credoras.

2. — transferi-los para bancos comerciais que não sejam credores do Brasil, ou para agências (fora dos EUA, ou subsidiárias (não credoras) dos bancos credores; nas duas últimas hipóteses, porém, há o risco de o banco credor efetuar o "setoff", ainda que irregular (a agência no Exterior está sujeita a outra lei e a subsidiária tem personalidade jurídica distinta da matriz, deixando o ônus da discussão no Judiciário para o devedor, já privado de seus bens;

3. — colocá-lo em "special accounts", mesmo junto a bancos credores. Segundo a jurisprudência americana "a special deposit is made for a special purpose that, unlike a general deposit, it is not merged with the general funds of the bank, but instead is held separately and retained by the depositor" e "In such an instance no debtor-creditor relationship arises between the bank and the depositor, as would be the case with an ordinary depositor. Instead, the bank holds the funds in the special deposit as bailee" (Arnold & Porter, trab. cit.). Aqui, no entanto, também há o risco de "setoffs", ainda que irregular, como sucedeu no conflito dos EUA com o Irã. Os bancos preferiram agir primeiro e discutir depois.

Conforme John Hoffman (Shearman & Sterling), advogado do Citibank no caso iraniano (idem): "The formidable legal arguments to the effect that the setoffs were invalid could be dealt with later, and with greater comfort, if the deposits had not disappeared in the meantime".

14. Com base no mesmo argumento tenderiam os bancos a ignorar, no primeiro momento, o fato de serem pessoas jurídicas distintas à República, ao Banco Central e às demais entidades da administração brasileira, compensando débitos de umas contra depósitos de outras. Por fim, bancos participantes de empréstimos "sindicados" poderiam compensar depósitos até o total do empréstimo e não apenas até o montante de sua participação, com base nas sharing clauses constantes de tais instrumentos.

BANKER'S LIEN

15. De acordo com a lei de Nova York têm os bancos direito de retenção sobre bens que se encontram em seu poder, no curso regular do negócio, de pessoas contra as quais tenham créditos em condições de exigibilidade.

16. Assim, embora não privado definitivamente de tais bens, como sucede no setoff, o devedor deles fica privado até a solução da pendência com o banco credor.

17. À tal medida estariam sujeitas, por exemplo, as reservas em ouro custodiadas pelo Banco Central do Brasil junto a bancos comerciais que ostentem também a qualidade de credores desta Autarquia, na hipótese de default brasileiro generalizado.

18. O meio de se eliminar os riscos de procedimentos dessa natureza será, pois, colocar tais bens fora do alcance dos bancos credores, seja:

(I) transferindo-os, fisicamente, para o Brasil;

(II) colocando-os em custódia junto a bancos centrais de outros países;

(III) colocando-os em custódia junto a entidades não credoras do Brasil.

PREJUDGMENT ATTACHMENTS

19. A Teoria da Imunidade Relativa procura fazer distinção, no que diz respeito à atividade estatal no plano internacional, entre atos "jus imperiti" e atos "jus gestionis", distinção que pode ser entendida como atos praticados enquanto poder público e atos de natureza privada. De acordo com tal teoria somente quando da prática de atos "jus imperiti" gozam os Estados de imunidades.

20. A lei americana sobre imunidades soberanas — Foreign Sovereign Immunities Act 1976 — adota a referida distinção, negando imunidade a Estados soberanos na medida em que estejam envolvidos, ou suas propriedades, em atividades comerciais nos Estados Unidos.

21. Pela mesma lei, no entanto, "the property of a foreign state shall be immune from attachment and execution, if the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority (...) has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution (...)"

22. Não se referindo a lei americana, no dispositivo transcrito, a "waiver" a "prejudgment attachments", embora com oposição há forte corrente doutrinária e jurisprudencial nos EUA no sentido de que não seriam eficazes renúncias a "prejudgment attachments" por parte de bancos centrais, no que toca a bens "held for its own account".

Nos ajustes das Fases I e II houve renúncia do Banco Central do Brasil tanto a "prejudgment" como a "postjudgment attachments". A renúncia do Banco Central, no entanto, é qualificada, limita-se aos bens de sua propriedade "used in commercial activities". Como observado por Arnold & Porter (trab. cit.), "It is not clear whether Banco Central property 'used in commercial activities' is in a category exclusive of property 'held for Banco Central's own account', but it would seem possible that some Banco Central property would fall within both categories. To the extent that property would be regarded as being held for Banco Central's 'own account', even if it is used in commercial activities, there is a reasonably strong argument that, under the FSIA, the waiver of immunity from prejudgment attachment would be ineffective".

Ainda com Arnold & Porter, "where assets are used or held by a central bank in connection with central banking activities, such as the issuance of notes, and/or legal tender; the custody and administration of the sovereign's monetary reserves through the holding of precious metals, foreign securities and foreign exchange and other credit instruments; the establishment and maintenance of reserves of depository institutions receipt of deposits from the sovereign or depository institutions; and the like, such assets should probably be considered to be held for the account of a central bank. E. Patrikis, Foreign Central Bank Property; Immunity from Attachment in the United States, 1982 U.I.L. Rev. 265, 274 (1982). Such funds arguably would not be subject to prejudgment attachment either under the Phase II agreements or the FSIA. To the extent, however, that Banco Central holds assets for non-central banking purposes, such assets could arguably be subject to prejudgment attachment under the Phase II agreements and the FSIA. In this regard it should be noted that foreign exchange used to service commercial lending agreements would probably be regarded as held for non-central banking purposes, and thus be subject to prejudgment attachment".

Os meios, assim, de se reduzir os riscos de "prejudgment attachments" contra bens ("used in commercial activities") do Banco Central do Brasil e de outras entidades do Governo brasileiro na mesma situação, em princípio seriam:

1. — Transferi-los para outros Bancos Centrais — FED, BIS, etc., onde haveria a presunção, juris tantum, de sua utilização em "central banking functions", e onde também estariam a salvo de "setoffs" e "liens".

2. — transferir sua titularidade para a República Federativa do Brasil, que nos contratos das Fases I e II não renunciou à imunidade a "prejud-

gement attachmente": nesse caso, no entanto, em vindo a se caracterizar "default" da própria República, não estariam eles imunes a "setoffs" e "liens".

3. — transferi-los para "jurisdição" que se possa dizer imune a "attachments" promovidos por credores, possibilidade, no entanto, que se nos afigura remota, dado o fato de situarem-se no pólo credor das obrigações brasileiras mais de 700 bancos, sediados nas mais diversas praças do mundo.

26. A caracterização do cenário de "default" brasileiro generalizado liberaria, outrossim, os bancos estrangeiros (1) do compromisso de manutenção de depósitos nas agências de bancos brasileiros no exterior, o que acarretaria, para estas últimas, a obrigação de resgatá-las nos respectivos vencimentos (tais agências, é bom lembrar, estão sujeitas à lei e à jurisdição locais), bem assim (11) do compromisso de manutenção de linhas de crédito comercial de curto prazo para exportações e importações brasileiras, obviamente com direitos e imediatos reflexos nessa área.

27. Quanto às entidades privadas brasileiras, embora sem direito a quaisquer imunidades para seus bens no exterior, não correm elas, em contrapartida, o risco do "setoff", "liens" e "prejudgment attachments", a menos, é evidente, que também em "default" com os respectivos credores.

28. De alertar, por fim, para os amplos e quase ilimitados poderes conferidos ao Presidente dos Estados Unidos pelo "International Emergency Economic Powers Act" ("IEEPA"), de 1977, dentre os quais o de congelar bens de outras nações naquele país, na hipótese de ocorrência de eventos que possam ser caracterizados, por aquela autoridade, como ameaça à segurança nacional, à política externa ou à economia dos Estados Unidos (casos recentes do Irã, Nicarágua e Líbia). Tal medida, na hipótese de vir a ser adotada em relação ao Brasil, alcançaria os bens da própria República Federativa do Brasil, do Banco Central do Brasil e das demais entidades governamentais brasileiras, e o único meio, a rigor, de se afastar tal risco será deixá-los fora do alcance da autoridade e de bancos (mesmo fora dos EUA) americanos.

CONCLUSÃO

29. Resumindo os principais pontos abordados:

1. — o direito a "setoff" exige o vencimento ("maturity") da obrigação e a condição de credores/devedores recíprocos ("mutuality") das partes; com o vencimento antecipado ("acceleration") das obrigações brasileiras ter-se-ia que tentar afastar o segundo dos requisitos, a "mutuality"; o meio de se evitar "setoffs" contra depósitos em nome do Banco Central do Brasil no Exterior será, pois, mantê-lo em instituições não credoras do Brasil, seja bancos comerciais, seja bancos centrais de outros países (como o FED e o BIS, por exemplo); mantê-los junto a agências (fora dos EUA) ou subsidiárias (não credoras) de bancos credores, ou mesmo nestes em "special

accounts", trará sempre o risco de o banco credor efetuar o "setoff", ainda que irregular, e deixar o ônus da discussão no Judiciário para o devedor, já privado de seus bens;

2. — também têm os bancos direito de retenção ("liens") sobre bens que se encontrem em seu poder, no curso regular de negócio, pertencentes a pessoas contra as quais tenham créditos em condições de exigibilidade; a esse risco estariam sujeitas, por exemplo, as reservas em ouro custodiadas junto a bancos comerciais credores do Brasil; da mesma forma que no "setoff" o meio de se evitar a medida será a manutenção desses bens em instituições não credoras do Brasil (de preferência em bancos centrais de outros países), ou transferi-los, fisicamente, para o Brasil;

3. — a lei americana assegura imunidade a bens de bancos centrais utilizados em "central banking functions" ("held for its own account"); O Banco Central do Brasil, nos contratos das Fases I e II, renunciou a "prejudgment attachment" mas somente quanto a bens "utilizados em atividades comerciais": não está claro se bens de bancos centrais "utilizados em atividades comerciais" podem ser considerados como "held for (Banco Central's) own account; em caso positivo a renúncia do Banco Central terá sido totalmente ineficaz; em caso negativo, a fim de se evitar "prejudgment attachments" contra bens que possam ser considerados como "utilizados em atividades comerciais", devem eles ou (i) ser depositados no FED, onde haveria a presunção, juris tantum, de utilização em "central banking functions" e onde também estariam a salvo de "setoffs" e "liens", ou (ii) ser transferidos para jurisdição que se possa dizer imune a tais medidas, possibilidade que se nos afigura remota, ou (iii) ser depositados, mesmo em bancos comerciais, em nome da República Federativa do Brasil, já que esta não renunciou a "prejudgment attachments" nos contratos das Fases I e II; nessa última hipótese, no entanto, a exemplo dos demais bens em nome da República, se o banco depositário for credor do Brasil, e se se configurar também "default" da própria República, não estariam eles imunes a "setoffs" e "banker's liens";

4. — A não ser retirando-os do território americano não há como se evitar os riscos do "International Emergency Economic Powers Act" ("IEEPA") quanto a bens de entidades do governo brasileiro no território dos EUA;

5. — Os ativos das agências de bancos brasileiros no Exterior (que estão sujeitos à lei e à jurisdição locais) devem responder pelas obrigações constantes de seu passivo, aí abrangidos os depósitos dos bancos estrangeiros mantidos por força da "Interbank Commitment Letter", dos quais estariam desobrigados na hipótese de "default" brasileiro;

6. — qualquer dos passos apontados nos itens precedentes como aptos a reduzir ou eliminar os riscos de apropriação de bens brasileiros no Exterior há de ser dado com cautela, para que não acarrete, ele mesmo, os problemas que se quer ver evitados.

Dentro da urgência recomendada, é o que me cumpre ponderar a v.exa.